

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXIX ° Mayo-Junio 1993 ° Núm. 616

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 Albasa.
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

SUMARIO

Págs

ESTUDIOS

«Apuntes al procedimiento ejecutivo extrajudicial hipotecario», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS	831
«El régimen jurídico de las obligaciones indivisibles», por ANGEL CRISTÓBAL MONTES	851
«El régimen preferencial en materia de extranjería y los nacionales iberoamericanos», por JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD	875
«Venta de terrenos afectados por vínculo de inedificabilidad», por JOSÉ LUIS LASO MARTINEZ	935
«¿Es abstracto el consentimiento formal en el sistema inmobiliario alemán?», por ARTURO MERINO GUTIÉRREZ	975

DICTAMENES Y NOTAS

«Las repercusiones del arrendamiento del Hotel-Residencia “Los Astures”, por ARTURO MERINO GUTIÉRREZ	991
--	-----

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	1021
--	------

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1029
--	------

	<i>Págs.</i>
II. Resoluciones de la Dirección General, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ y EMILIANO CANO FERNÁNDEZ	1047
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho Civil:	
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA	1063
e) Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	1071

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«Publicidad registral», de L. MOISSET DE ESPANES, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1101
«De la experiencia jurídica», de A. HERNÁNDEZ GIL, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1104
«Precedentes romanos del tráfico de influencias», de MANUEL JESÚS GARCÍA GARRIDO, por JOSÉ M. ^a CASTÁN VÁZQUEZ	1107
«El Ombudsman», de LUIS ERNESTO SALOMÓN DELGADO, por JOSÉ M. ^a CORRAL GUJÓN	1108
«Las actividades molestas: en especial el ruido», de CARLOS LASARTE ALVAREZ y otros, por FERNANDO BONDÍA ROMÁN	1109
«Estudios sobre jurisprudencia civil, sobre Derecho de familia y sobre Codificación y Derechos civiles territoriales», de JOSÉ CERDÁ GIMENO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1112
«La emisión de obligaciones por sociedad anónima (Estudio de la legislación mercantil y del mercado de valores)», de SALVADOR TORRES ESCÁMEZ, por ALFONSO VENTOSO ESCRIBANO	1115
REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	1121

ESTUDIOS

Apuntes al procedimiento ejecutivo extrajudicial hipotecario

SUMARIO: INTRODUCCION.—ANTECEDENTES. Introducción. El procedimiento antes de la Reforma de 1992.—LA REFORMA DE 1992: 1. Introducción.—FASES DEL PROCEDIMIENTO 1. Concepto y características. 2. Requisitos. 3. En cuanto al ámbito de aplicación material. 4. Notario competente. 5. Carácter imperativo de procedimiento. 6. Iniciación del procedimiento. Acta Notarial. 7. Notificaciones y requerimientos: a) Requerimiento de pago al deudor; b) Notificación a los titulares posteriores; c) Comunicación de la subasta. 8. Subasta: a) Anuncio de la subasta; b) Celebración de la subasta. 9. Consignación del precio de remate, destino del mismo. 10. Escritura y protocolización del acta. 11 Cancelación de cargas. 12. Suspensión del procedimiento.—CONCLUSION.

INTRODUCCION

Las reformas legislativas recientes ponen de manifiesto la necesidad por parte de los juristas de realizar un examen reflexivo de las mismas, y no una simple aplicación automática.

Es función de aquellos el advertir al legislador que las leyes no son simplemente un conjunto de letras, más o menos ordenadas. Cuando se produce una «verborrea legislativa» tan impresionante queda poco tiempo para el sosiego de quienes diariamente deben aplicarlas e interpretarlas en sus despachos profesionales, pero a pesar de la dificultad que entraña, hay que intentarlo.

En el caso que nos va a ocupar, referido al procedimiento ejecutivo extrajudicial hipotecario, esta necesidad se hace más patente, ya que el Notario desde el día siguiente a su publicación debe poner en marcha los mecanismos para su aplicación.

En este caso también entran en juego otros parámetros añadidos, que no se dan en otros textos legislativos como son: los referentes a la propia

esencia de la institución en él contempladas, y si en consecuencia está correctamente atribuida la función encomendada a unos sujetos que deben llevarla a cabo: los notarios.

El reto que nos brinda el legislador es difícil, no porque la realización práctica de esta norma en sí lo sea, cosa que ocurre en muchas otras, sino más bien porque se nos atribuyen parcelas que estructuralmente están situadas en otros ámbitos, pero que por necesidades de «programación» se adjudican a la función notarial.

En este pequeño estudio se van a tener en cuenta todos estos argumentos, pasando por los antecedentes históricos, y centrándonos en el texto actual.

ANTECEDENTES

Introducción

Para hacer efectivo el crédito hipotecario existen diversos procedimientos (1), que son:

El juicio ordinario de carácter declarativo que regulan los artículos 481 y ss. de la LEC.

El juicio ejecutivo ordinario de los artículos 1.429 y ss. de la LEC.

El ejecutivo especial o sumario regulado en los artículos 129 a 135 de la Ley Hipotecaria y 225 y ss. de su Reglamento y,

El procedimiento extrajudicial, que es el objeto de nuestro estudio.

EL PROCEDIMIENTO ANTES DE LA REFORMA DE 1992

En general, podemos decir que este procedimiento ha sido casi siempre considerado como especial, tanto por sus orígenes como por la aplicación práctica que de él se ha hecho. Su admisión se produjo por vía jurisprudencial, a la vista de su introducción en las cláusulas de constitución de hipotecas, en las escrituras públicas, a pesar de haber tenido antecedentes en el Derecho clásico (2).

(1) Reseñados por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ, en *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid 1982, págs. 960-961.

(2) En este sentido ROCA SASTRE, «(.) En Derecho Romano, si bien imperaba la prohibición del pacto comissorium, no obstante, se facultaba al acreedor para proceder por sí, a la venta de la cosa pignorada, caso de impago del crédito hipotecario, e incluso se permitió que el mismo acreedor se quedara dueño de la cosa por el valor estimado en el momento del vencimiento del débito y abonando la diferencia (.).». *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, 2.º, séptima edición, Editorial Bosch, Barcelona 1979, págs 1077 y 1078.

Efectivamente, fue la práctica la que configuró su nacimiento, dando base a ello el artículo 1.872 del CC, en donde sin necesidad de pacto se faculta al acreedor, en materia de prenda, para proceder ante Notario, y mediante doble subasta en su caso y con citación del dueño, a la enajenación de la cosa pignorada (3).

Tanto el *Tribunal Supremo* como la *Dirección General de los Registros y del Notariado* dieron su visto bueno a este procedimiento (4).

Desde el punto de vista *del legislador*, este procedimiento fue visto en general con bastante recelo, y su primera aparición se produce en el Reglamento Hipotecario de 1915, en donde se prevé su utilización, siempre que no existan terceros, quedando plasmado en su artículo 201. Posteriormente, la LH en su artículo 129 consagró el mismo, y el RH vigente, antes de la última reforma de 1992, lo reguló en los artículos 234 a 236, aunque existiesen terceros.

La doctrina también fue bastante recelosa con este procedimiento por ver en el fondo del mismo la temida figura del pacto comisorio (5). Ahí pues, todo este conjunto de factores han determinado que este procedimiento no haya sido muy utilizado en la práctica, siendo el judicial sumario, la estrella de los procedimientos para hacer efectivo el crédito hipotecario (6).

Con estos antecedentes vamos a analizar la regulación actual de este procedimiento.

LA REFORMA DE 1992

1. *Introducción.* Por Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo, se modifica el Reglamento Hipotecario, en materia de ejecución extrajudicial de hipoteca. Se mantiene el texto del artículo 129 de la LH, y se da nueva redacción a los del Reglamento, artículos 234, 235 y 236, introduciendo del artículo 236-a al 236-o.

(3) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 1078.

(4) Así, las Sentencias de 21 de octubre y 3 de noviembre de 1902, y las Resoluciones, entre otras de 28 de noviembre de 1893, 5 de diciembre de 1903, 19 de septiembre de 1906, 12 de noviembre de 1913, 2 de junio de 1914, y otras. Reseñadas por ROCA SASTRE, en la *ob. cit.*, pág. 1078.

(5) En este sentido, LA RICA indica. «Aplicar el procedimiento extrajudicial cuando existen terceros equivale a correr el riesgo de desnaturalizar la función notarial, obligándola a invadir campos acotados, reservados hasta ahora al poder judicial». Reseñado por CHICO Y ORTIZ, *ob. cit.*, pág. 977.

(6) A pesar de ello se han planteado muchos problemas a la hora de su aplicación, y buena muestra de ello son las Resoluciones de la DGRN, entre otras, las de 3 de julio de 1920, 2 de diciembre de 1922, 1 de octubre de 1928, 14 de junio de 1933, 25 de agosto de 1933, 28 de julio de 1934, 16 de junio de 1936, 21 de julio de 1939, 4 de agosto de 1939, y otras

La Exposición de motivos intenta reflejar la necesidad de descargar de la Administración de Justicia todo un conjunto de actuaciones, que provoquen un colapso en los tribunales. Asimismo, se pone de manifiesto que la ejecución de la hipoteca constituye el ejercicio de un derecho privado, y que éste a través de la gran certeza que ofrecen la documentación pública y la publicidad registral puede realizarse plenamente sin merma de las debidas garantías del deudor. Todo ello mezclado con la insuficiente regulación anterior, o mejor dicho, con la falta de unas normas que pudieran dar solución satisfactoria y adecuada, es por lo que se hace necesario concebir una nueva norma que solucione satisfactoriamente toda esta temática (7).

El cuarto Congreso Notarial, celebrado en Madrid en abril de 1991, debatió muchos temas fundamentales para la función notarial y su significado presente y futuro. Uno de los problemas planteados fue el que nos ocupa en este trabajo. La Ponencia Primera del Congreso versaba sobre: «La función notarial y otras funciones» (administrativa, jurisdiccional y registral), cuyo ponente fue el compañero FRANCISCO CARPIO MATEOS. Tanto en la redacción primera dada a los congresistas, como en el texto final de conclusiones definitivas, subyacía la idea de que aunque existiese congestión en los órganos jurisdiccionales, ésta no se podía solucionar, «(...) confiriendo o delegando en el Notario atribuciones que nítidamente son de la competencia judicial.

Tampoco, por lo dicho, asignándole misiones que corresponden a la fe pública judicial o incluso a los Agentes Judiciales, como sería la práctica de requerimientos o incluso emplazamientos. 2. Sí cabe, por el contrario, la posibilidad de poner en práctica el ejercicio extrajudicial de un derecho privado, no enteramente libre, sino sometido a unas limitaciones (...).

Por su parte, el texto último sacado de las discusiones y posteriores votaciones, indicaba: «(...) Ello no obstante, el Notariado, que tiene entre sus misiones la de servir a la seguridad jurídica, es consciente de que el actual estado de congestión de los órganos jurisdiccionales origina grave daño (...) está dispuesto a desempeñar las competencias que en esta concreta materia le encomienda el Anteproyecto (...) y ello con carácter transitorio, al propio tiempo que facultativo para los interesados (...)» (8).

(7) Así, en la Exposición de Motivos, entresacamos algunos párrafos: «El incremento del crédito hipotecario en nuestro país (...) se ha cuadruplicado en el período 1982-1989 (...) Esta circunstancia determina una enorme presión sobre la Administración de Justicia (...) La gran certeza que ofrecen la documentación pública y la publicidad registral de las relaciones hipotecarias hacen que este objetivo sea plenamente viable sin merma de las debidas garantías del deudor (...) El propósito no ha sido otro que el de arbitrar un dispositivo viable, equilibrado y seguro que ofrezca un cauce alternativo para la satisfacción del derecho del acreedor»

(8) Por nuestra parte coincidimos en la esencia del texto de la ponencia, así como en el definitivo. No obstante, vistos los acontecimientos y por la teoría de los hechos

FASES DEL PROCEDIMIENTO

1. *Concepto y características.* De la combinación de los artículos 129 de la LH y 234 del Reglamento, se puede indicar lo siguiente (9): Es aquel proceso de ejecución hipotecaria que se sustancia o desenvuelve todo él ante Notario, y no ante la autoridad judicial, de ahí que se denomine extrajudicial.

En cuanto a sus *características*, y siguiendo a ROCA SASTRE, se trata de un proceso de ejecución pura que ha de sujetarse necesariamente a los trámites establecidos en el Reglamento Hipotecario, aplicable aún cuando existan terceros, o sea, incluso si la finca hipotecada ha pasado a poder de un tercer poseedor o se hubiera constituido sobre ella algún derecho real.

2. *Requisitos.* Se deducen los mismos del artículo 234 del RH:

1.º Que en la escritura de constitución de la hipoteca se haya estipulado por los otorgantes la sujeción a este procedimiento.

2.º En dicha escritura debe constar el valor en que los interesados tasan la finca, que no podrá ser distinto al que se haya pactado para el judicial sumario.

3.º El domicilio señalado por el hipotecante para la práctica de los requerimientos y las notificaciones. Este no podrá ser distinto al establecido en el judicial sumario, pudiéndose modificar en los supuestos del artículo 130 de la Ley Hipotecaria, del que se desprende, que el deudor podrá cambiar *a posteriori* el domicilio siempre que el cambio tenga lugar dentro de la misma población designada en la escritura, o de cualquiera otra que esté enclavada en el término en que radiquen las fincas; para cambiarlo a un punto diferente de los expresados será necesaria la conformidad del acreedor). *Posteriormente volveremos a tratar este tema delicado del domicilio a la hora de estudiar el requerimiento de pago al deudor, y los problemas que se plantean en torno a su fijación por el hipotecante o por el deudor y su modificación.*

Hacemos notar que antes de la reforma nada se decía acerca del domicilio; ahora en cambio sí es necesario, pero con el límite de que debe ser igual al pactado en el sumario. La doctrina antes, pensaba que el legislador así estableció el no consignar el domicilio para no dar excesivas facilidades en este procedimiento, siempre visto de forma recelosa; entendiéndose también que no cabía pactar el domicilio en el procedimiento extrajudicial (10).

consumados, es preciso empezar a acostumbrarse y familiarizarse con el procedimiento en su conjunto. En cuanto al texto transcrito ha sido publicado por la Editorial Aranzadi junto con todo el contenido del Congreso, págs. 253, 254, 362 y 363.

(9) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, págs. 1077 y 1082

(10) En este sentido, LA RICA, citado por ROCA SASTRE, y este mismo autor, en la *ob. cit.*, pág. 1085. En cuanto a la obra reseñada, *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*

Por último, indicar que la disposición transitoria del texto establece que el domicilio que se determinó para notificaciones y requerimientos para el procedimiento judicial sumario, en las escrituras otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto, servirá igualmente para el extrajudicial.

4.º La persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante, pudiéndose designar al mismo acreedor. La técnica ha sido más depurada por el legislador en la reforma, ya que antes se hablaba de un mandatario que representaría al deudor. Se decía que más correcto hubiera sido decir que representaría al propietario hipotecante, ya que la previsión del legislador era correcta cuando el deudor fuera el hipotecante, más no cuando fuese un fiador real (11). «Este mandato es contractual e irrevocable, no pudiéndose conceder al Notario que haya de autorizar la escritura» (12).

5.º Que la estipulación, en la que se pacte la sujeción al procedimiento extrajudicial, deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura.

Este párrafo del artículo 234 del RH, planteó desde un principio muchas dudas a la hora de su aplicación práctica. Hay que distinguir los supuestos de Derecho transitorio recogidos en la disposición adicional (13). En estas ocasiones estaba claro que en la mayoría de los casos la estipulación de sujeción al procedimiento no se habría hecho separadamente.

La solución nos la da la propia DGRN, en contestación a una consulta elevada por el Consejo General del Notariado. La contestación es de 7 de julio de 1992, y tiene dos partes diferenciadas.

En cuanto a la primera indica: «(...) 1.º El requisito de la constancia separada del pacto de sujeción al procedimiento de ejecución extrajudicial de la hipoteca *carece de eficacia retroactiva* por las siguientes razones: (...), las leyes no tendrán eficacia retroactiva si no dispusieren lo contrario. 2.º El Real Decreto... prevé su aplicación a las ejecuciones que se inicien con posterioridad a su vigencia y que tengan su base en escritura anterior (...) la aplicabilidad del Real Decreto desde el momento de su entrada en vigor con relación a las escrituras anteriores («cualquiera que fuese la fecha en que se hubiere otorgado la escritura de constitución de hipoteca»), se

(11) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 1083.

(12) CHICO Y ORTIZ, *ob. cit.*, págs. 980 y 981, deducido de la jurisprudencia de la DGRN, en Resoluciones de 12 de junio de 1920, 24 de octubre de 1899 y 2 de junio de 1914.

(13) «Las disposiciones del Reglamento Hipotecario modificadas e introducidas por el presente Real Decreto, se aplicarán exclusivamente a las ejecuciones extrajudiciales que se inicien con posterioridad a la entrada en vigor del mismo, cualquiera que sea la fecha en que se hubiera otorgado la escritura de constitución de la hipoteca».

limita a las «ejecuciones extrajudiciales», es decir, a los procedimientos de ejecución y no a los requisitos que determinan el derecho a la ejecución que están sujetos a las normas vigentes en el momento en que se pactó (...), la no aplicación del artículo 234.2 a las escrituras anteriores se deduce también de que el criterio contrario conduce a un absurdo práctico: si se exigiese el requisito de la constancia separada a las escrituras anteriores (...) resultaría que este procedimiento no sería aplicable (...)».

La segunda parte de la cuestión planteada hace referencia al futuro que tendrían las escrituras de hipoteca, otorgadas después de la entrada en vigor del nuevo texto, en las que la cláusula de sujeción al procedimiento no se establezca en estipulación separada como exige el propio texto legal. La misma resolución establece: «... 2. En cuanto al alcance para el futuro del nuevo artículo 234.2 del Reglamento Hipotecario, ha de entenderse que el requisito de la constancia separada es una simple exigencia de técnica notarial que no afecta al surgimiento del derecho a la ejecución por vía extrajudicial, y ello por las siguientes razones: 1.ª El propio artículo 234 (...) distingue claramente, dedicando a cada materia apartados distintos y numerados separadamente, entre requisitos que son presupuestos para que nazca el derecho a la realización extrajudicial y exigencia de configuración documental. Los primeros son, como revela con claridad la redacción del precepto, los únicos requisitos impuestos para que proceda la tramitación de la ejecución extrajudicial. La exigencia de constancia separada queda al margen de los expresados requisitos (...). No se trata, por ello, de un requisito de validez o de eficacia del negocio documentado. Su infracción carece de transcendencia sustantiva, como sucede con numerosas normas de técnica notarial (...) y puede originar, únicamente, la responsabilidad del fedatario infractor (...)».

Sentimos discrepar rotundamente con esta Resolución y con su interpretación. La norma del artículo 234.2 del Reglamento es clara como el agua. Otra cosa es que nos demos cuenta *a posteriori*, que no deberíamos haber redactado ese párrafo segundo, pero esa es otra cuestión diferente. Además, para justificar esto, la Resolución en nuestra opinión, se está contradiciendo, por lo siguiente: para justificar la no aplicación de dicho párrafo a las escrituras anteriores a la fecha de entrada en vigor del nuevo texto, indica que la aplicabilidad del nuevo texto a esas escrituras, o mejor, a los procedimientos pactados en las mismas, se limitan a las ejecuciones extrajudiciales, es decir, a los procedimientos de ejecución, y *no a los requisitos que determinan el derecho a la ejecución*, entre los que se encuentran según se desprende del texto de la resolución en esa parte, la estipulación separada. Pero líneas más abajo y de manera milagrosa, para justificar otra argumentación, la propia resolución expresa: (...) *que el requisito de la constancia separada es una simple exigencia de técnica notarial que no*

afecta al surgimiento del derecho a la ejecución por la vía extrajudicial...» Sinceramente, no lo entiendo, y me parece muy delicado el utilizar este tipo de argumentos para arreglar lo que una norma establece, sobre todo en lo referente a las hipotecas que se constituyan después de la entrada en vigor de la ley, aún en las constituidas con anterioridad.

3. *En cuanto al ámbito de aplicación material.* El nuevo texto aclara definitivamente la cuestión, pues indica en el artículo 235.1 del Reglamento, «(...) que sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios, y de demora liquidados, de conformidad con lo previsto en el título (...)».

Anteriormente ya la jurisprudencia registral había matizado este punto, ante el silencio de la ley, estableciendo que el mismo no podía ser aplicado a las hipotecas de seguridad, de máximo o de fianza (14).

4. *Notario competente.* La nueva regulación es ahora más precisa y deja menos en el aire determinadas cuestiones que antes no se encontraban aclaradas por el legislador, ya que el actual artículo 236.1 establece dicha competencia en primer lugar, al Notario hábil para actuar en el lugar en que radique la finca, y si existen varios será el que corresponda con arreglo al turno. Si existiesen varias fincas, radicantes en diversos lugares, la competencia se determina por aquel lugar que las partes hayan fijado convencionalmente (15), y en su defecto, la competencia notarial vendrá determinada por la finca que a efectos de subasta haya sido tasada con un mayor valor.

5. *Carácter imperativo del procedimiento.* La ejecución extrajudicial habrá de sujetarse necesariamente a lo previsto por el legislador, no pudiendo las partes alterar el contenido ni sustanciación del procedimiento por vía convencional o paccionada. En definitiva, se trata de normas de Derecho imperativo o de «ius cogens», y no de Derecho dispositivo (art. 235.2) (16).

(14) Así, la Resolución de 21 de marzo de 1917, reseñada por ROCA SASTRE en la *ob. cit.*, pág. 1083

(15) Ya la doctrina anteriormente había llegado a esta solución. En este sentido, LA RICA, en su obra *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, pág. 253, reseñado por ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 1086.

(16) Este fue ya un triunfo que se consiguió con el artículo 129 de la LH, y la anterior modificación del Reglamento de 1944. En este sentido, TOMÁS ALBI AGERO escribía: «(.) El artículo 201 citado se halla concebido en términos de tal vaguedad que ha sido objeto de distintas interpretaciones, muchas de las cuales han dado lugar a recursos gubernativos (...). Así, la Resolución de 12 de septiembre de 1935 declara que las disposiciones del artículo 201, más bien que de carácter coactivo, son permisivas, y como el encabezamiento del mismo expresa, se hallan consignadas *ad exemplum*, de suerte que el apartarse de su contenido en algún extremo, no lleva consigo la presunción de ilicitud (.)». El artículo 201 del Reglamento, al que hace referencia el autor, es el

6. *Iniciación del Procedimiento.—Acta Notarial.* Con mayor precisión que el anterior texto, el nuevo especifica que el comienzo del procedimiento se inicia mediante el requerimiento dirigido al Notario (17). Como cuestión previa hay que indicar que el requirente puede entregar al Notario una provisión de fondos para todos los gastos, que serán muchos, o bien, encargarse él mismo de realizarlos (18).

De los artículos 236-a y 236-b deducimos el siguiente «*modus operandi*»: Deberá expresarse las circunstancias y exigibilidad del crédito y la cantidad exacta objeto de la reclamación en el momento del requerimiento, y expresando por supuesto, el importe de cada uno de esos conceptos. Pudiera ocurrir que la iniciación del procedimiento no sea por la falta de pago, puede ser que haya otra causa de vencimiento anticipado (19).

Por las características del procedimiento, si se actúa en *representación*, ésta debe ser acreditada suficientemente, pudiendo ser suficiente un poder general para pleitos (20), aunque por estas mismas características será más conveniente un poder especial.

El requirente deberá entregar al Notario *la copia* de la escritura inscrita, o bien, deberá acompañarse a la copia, si en ésta no consta la inscripción, una nota simple del Registro que acredite la inscripción. De los términos del artículo parece que no será suficiente una copia simple, sino que ésta debe ser autorizada.

Una vez que el Notario crea cumplido correctamente estos trámites deberá solicitar al Registro una *certificación* en la que se haga constar: la inserción literal de la última inscripción de dominio y que continúe vigente,

de la redacción dada en 1915 TOMÁS ALBI AGERO en su trabajo, «Aportación al estudio del procedimiento extrajudicial para el ejercicio de la acción hipotecaria», en *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXVI, número 304, junio de 1942, pág. 400

(17) Antes de la Reforma, algún autor, entre ellos ROCA SASTRE, decía: «(...) El Reglamento Hipotecario había de dar más importancia a este primer trámite y establecer que el procedimiento extrajudicial se debía promover mediante requerimiento. al efecto, al Notario competente, efectuado por el acreedor ejecutante o por su representante (...). Es de esperar que así se hará en la práctica

(18) En opinión de los notarios FRANCISCO PIZARRO MORENO y ADOLFO CALATAYUD SIERRA, en el primer caso no será necesario hacer constar nada en el acta, mientras que en el segundo: «(...) resulta conveniente que el compromiso del requirente de realizar tales actos quede en el requerimiento (...).», en «Formulario del Procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial», en *La Notaria*, Boletín Informativo, Colegio Notarial de Barcelona, junio 1992, págs 65 y 66.

(19) En este sentido, PIZARRO MORENO y CALATAYUD SIERRA: «(..) A estos efectos habrá que examinar muy cuidadosamente la causa alegada para ver si es de las que pueden determinar el vencimiento de la hipoteca. Lo que no procederá será entrar a comprobar si esa causa concurre efectivamente, como no puede entrarse a examinar si la cantidad que el acreedor dice que se le debe (.) es efectivamente cierta, ya que para todo ello está el procedimiento previsto en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria (...)» Cifra nota a pie n.º 8 de la *ob. cit.*, pág. 70

(20) En este sentido, PIZARRO y CALATAYUD, *ob. cit.*, pág. 69.

así como de la inscripción de la hipoteca, la relación de todos los censos, hipotecas, gravámenes y derechos reales a que estén afectos los bienes. Como consecuencia de lo anterior, de todo ello debe quedar reflejo en el Registro por medio de *nota al margen de la inscripción*.

En cuanto al *Acta notarial* en la que se va a plasmar todo el procedimiento, no requiere unidad de acto ni de contexto, incorporándose al protocolo bajo la fecha y número que corresponda al día de su terminación.

7. *Notificaciones y requerimientos*. No cabe duda de que uno de los temas más delicados que se plantean en este procedimiento es el de las notificaciones y requerimientos, tanto que el propio artículo 236-c.3 establece que si no se ha podido practicar el requerimiento en algunas de las formas establecidas en el precepto, se dará por terminada la actuación del Notario, quedando expedita la vía judicial correspondiente. Por todo ello, habrá que tener un cuidado exquisito en su realización. Vamos a analizar en este epígrafe los que deben practicarse al deudor y a los titulares posteriores.

a) *Requerimiento de pago al deudor*

Según se desprende del artículo 236-c, una vez realizadas todas las operaciones previas, y no existiendo ningún obstáculo, el Notario requerirá el pago del deudor con indicación expresa de la causa y fecha del vencimiento del crédito y de la cantidad reclamada, dándole un plazo de diez días para que realice el pago, y haciendo constar en el mismo que si no lo hace se ejecutarán los bienes y serán de su cuenta los gastos que ello ocasione.

Los problemas van a surgir, cuando no coincidan, la persona del hipotecante y del deudor, cosa que cada vez es menos extraña, y ello debido a que el artículo 234.1.2.º prevé la posibilidad de que el domicilio fijado pueda ser variado conforme a lo establecido en el artículo 130 de la LH; pero este último artículo indica que el domicilio sea fijado por el deudor para el procedimiento judicial sumario, pero no dice nada del hipotecante, a diferencia del ya citado artículo 234, que indica que el domicilio será fijado por el hipotecante.

De una interpretación literal del texto pudiera deducirse que la modificación del domicilio, cuando no coincidieran la persona del hipotecante y del deudor, necesitaría del consentimiento de aquél, cuando quien lo variase fuese el deudor. No obstante, pensamos que en las escrituras de compraventa con subrogación de hipoteca se debe utilizar la posibilidad de modificación del domicilio. De ahí la importancia de fijar en la escritura un domicilio adecuado, y no como muchas veces se hace, el hacerlo en lugares como la propia finca rústica.

Otro problema importante es el de la *realización práctica del requerimiento*; todo se hubiera solucionado si el legislador se hubiese limitado a remitirse a la normativa notarial, pues es el Notario el encargado de hacerlo, y tiene perfectamente establecida en su regulación la manera de actuar.

Está claro que deberá practicarse mediante la personación del Notario, y si éste no es competente, para actuar en el lugar del domicilio, se realizará por medio de otro que sí lo sea (21).

La cuestión problemática radica en la diferencia de las personas, que establece el texto del RH, y las que establece el Reglamento Notarial.

El Reglamento Notarial, en su artículo 202, indica claramente que si no se encuentra a la persona con quien ha de practicarse la notificación o requerimiento, se podrá realizar «con cualquier persona que allí se encuentre, y en su defecto con el portero o conserje del inmueble o con un vecino del mismo o de los más próximos, si se prestare a ello». En cambio, el RH habla del «pariente más próximo, familiar o dependiente mayor de catorce años que se hallasen en el mismo y, si no se encontrase nadie en él, al portero o a uno de los vecinos más próximos».

En mi opinión, el problema más grave que se nos presenta será el del supuesto en que la persona allí encontrada no sea ni pariente, ni familiar, ni dependiente; como bien sabemos, el Reglamento Notarial permite practicar la diligencia con la persona que allí se encuentre. Una primera solución, la más estricta y menos comprometida, es el entender, que como conforme al artículo 235.2 del RH, la ejecución extrajudicial habrá de ajustarse necesariamente a lo dispuesto en la norma, no se podrá variar ni un ápice su contenido, y por lo tanto, no se podrá practicar con otra persona distinta de las establecidas en el RH. La otra, el admitirlo en base, a que nos estamos apoyando en el Reglamento Notarial, que es el Derecho específico, en esta materia, e incluso, como ha hecho «milagrosamente» la resolución de la Dirección, anteriormente comentada, en relación con lo referente a la cláusula separada; si en la misma se permite, o mejor dicho, no se pena como del texto legal se deducía, el que la estipulación del procedimiento no se hiciera en cláusula separada, con mucha mayor razón podríamos salvar el tema que estamos aquí analizando. Asimismo, me parecería absurdo que no se pudiese aplicar el último párrafo del artículo 202 del Reglamento Notarial en el sentido que el Notario pueda realizar la notificación, en cualquier lugar, si se presta el requerido, y es identificado por el Notario; y digo que resultaría absurdo porque lo que se pretende es que el deudor se entere de lo que pasa,

(21) En este caso, el legislador ha sido más claro que en la anterior redacción. En cuanto a que el requerimiento deba ser hecho mediante la personación del Notario, y no en otra forma, se deduce *a sensu contrario* del artículo 236-d.2, donde se prevé la posibilidad de realizarlo, por correo con acuse de recibo para los titulares posteriores, circunstancia esta que no está prevista para el caso del requerimiento de pago al deudor.

y que mejor, si el Notario se lo comunica a él directamente. No obstante, se trata de una simple opinión que el tiempo y los recursos confirmarán o no.

Otro tema que se puede plantear es el de si el deudor tiene derecho a contestar, como ocurre en cualquier acta de notificación o requerimiento (22). Creemos que sí se puede entender el derecho a contestar por no perjudicar en nada al deudor, sino que más bien puede clarificar, tratándose además de un principio consustancial, con toda acta de notificación o de requerimiento.

b) *Notificación a los titulares posteriores*

El artículo 236-d establece, que una vez transcurridos diez días desde el requerimiento hecho al deudor, sin que éste hubiese sido atendido, se procederá por parte del Notario a la notificación de la iniciación de las actuaciones, a la persona a cuyo favor resulte la última inscripción de dominio, si es distinta a la del deudor, así como a los titulares de cargas, gravámenes y asientos posteriores a la hipoteca, por si les interesa intervenir en la subasta o antes del remate pagar el crédito junto con los intereses y gastos.

La primera diferencia importante, y creemos que muy correcta, es que el legislador en este caso establece que estas notificaciones se realizarán conforme a lo establecido en la legislación notarial. Es interesante también, la posibilidad que tienen los adquirentes de un derecho real, carga o gravamen, que recaiga sobre un bien hipotecado, de fijar un domicilio para ser notificado, en caso de ejecución, y haciéndose constar esta circunstancia, por nota al margen de la inscripción que le corresponda (23). Creemos que una forma adecuada de realizar esta consignación del domicilio, en estos casos, sería por medio de acta notarial (24).

(22) Así se lo plantean PIZARRO MORENO y CALATAYUD SIERRA, «(..) Es discutible si (..) en este requerimiento el requerido tiene derecho a contestar. En contra, cabe alegar que no está expresamente previsto y que estamos ante un procedimiento de Derecho necesario, cuyos trámites no se pueden variar (...). A favor del derecho a contestar, cabe alegar que se trata de una regla general en los requerimientos notariales..., y que además puede servir para despejar las dudas acerca de si el requerimiento de pago al deudor ha llegado a su destino (..). *Ob. cit.*, págs. 66 y 67

(23) En este sentido, una Resolución de la DGRN, de 30 de enero de 1970, ya indicó, «(...) que no existe inconveniente legal en la consignación en el Registro de un domicilio para que se efectúen en él las notificaciones de actos que puedan afectar a un inmueble inscrito, lo que supone un aumento de publicidad y garantía de los posibles interesados». Comentario en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1970, número 478, pág. 768, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA

(24) En cuanto a la posibilidad de fijar ese domicilio que permite el nuevo texto, ha sido ya bien recibido. En este sentido, LUIS MARTÍN CONTRERAS expone: «(...) Es

En estos supuestos, cuando la notificación se realice mediante la personación del Notario, no surgirán las dudas antes planteadas, ya que en este caso el RH se remite a la legislación notarial. Asimismo, del texto legal se desprende que también se podrá hacer la notificación a través de correo con acuse de recibo; esto con un criterio de prudencia y de discrecionalidad por parte del Notario, según las circunstancias y supuestos que se planteen. En este caso, creemos, que está más claro el derecho a contestar por parte del notificado, ya que el legislador se remite a la legislación notarial, que como bien sabemos establece la misma; por ello, si la carta se envía fuera del ámbito de actuación del Notario, éste debe hacerlo a través de Notario hábil, en el lugar donde se encuentre el domicilio del notificado para conseguir que se haga efectivo el derecho a contestar (25).

También establece el texto un último mecanismo de seguridad para el caso de que fuesen desconocidos los domicilios, o si no fuese posible la notificación por cédula o por correo, o si el Notario dudase de la efectiva recepción de aquella, se podrá notificar, mediante anuncios, en el tablón del Ayuntamiento y en el Registro de la Propiedad, y si la finca a efectos de subasta, estuviese valorada en más de 5.000.000 de pesetas, los anuncios habrán de insertarse en el Boletín Oficial de la provincia o en el de la Comunidad Autónoma correspondiente. Hacemos notar el criterio discrecional de ir a las publicaciones y los anuncios, ya que muchas veces será difícil apreciar por parte del Notario la duda de la efectiva recepción de la notificación.

c) *Comunicación de la subasta*

El artículo 256-f.5 determina que «(...) El Notario comunicará por correo certificado al titular de la última inscripción de dominio, el lugar, día y hora fijados para las subastas». El texto no habla ya de notificación, sino simplemente de comunicación, por lo que creemos debe tratarse de un simple envío de documento por correo certificado, y más conveniente que sea con acuse de recibo para tener mayor constancia y seguridad en conocer que se ha recibido. Por supuesto, sin derecho a contestar, ya que como hemos dicho, no se trata de un acta de notificación. En cuanto a otras

positiva esta innovación porque se fija un domicilio a efectos jurídicos. Será deseable que este sistema se implantase en general, es decir, se estableciera un domicilio legal a efectos administrativos y judiciales, lo que evitaría numerosos problemas de notificaciones (. .).». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 21 de mayo de 1992, pág. 2, año II, número 54

(25) Todo ello en congruencia con las instrucciones que al respecto dictó la Junta de Decanos.

posibles notificaciones, se ha planteado la de hacerla al arrendatario de la finca hipotecada.

La cuestión no es nada clara a la hora de llevarlo a la práctica, así como su posible justificación (26).

8. *Subasta*. «Cumplido lo dispuesto en los artículos precedentes, y transcurridos treinta días desde que tuvieron lugar el requerimiento de pago y la última de las notificaciones antes expresadas, se procederá a la subasta ante el Notario» (art. 236-f.1). Entramos a partir de ahora en la fase más procedimental y la que más se aleja de la función notarial por el mecanismo y la práctica a la que estamos acostumbrados. Vuelve, en este punto de nuevo, la polémica, a la que hicimos referencia páginas arriba; es decir, la poca conexión, tanto material como formal, e incluso mental, que separa a la función notarial del cometido que tiene que desarrollar. Lo curioso es que han surgido algunas voces que rechazan este procedimiento porque las garantías de los sujetos van a disminuir (27).

Discrepamos rotundamente de este argumento disuasorio, ya que hay otros reales, porque en absoluto se van a disminuir las garantías; por lo menos serán las mismas, y sin lugar a dudas con cumplimiento estricto de cada paso, y por supuesto, con mayor celeridad, o mejor dicho prontitud en comenzar el procedimiento.

a) *Anuncio de la subasta*

El artículo 236-f regula este tema pormenorizadamente. Las subastas deben anunciarse con una antelación de, al menos, veinte días, al que se celebre, fijando el lugar, día y hora de su celebración, publicándose en el tablón de anuncios del Ayuntamiento y del Registro de la Propiedad. Si el valor de subasta es superior a 5.000.000 de pesetas, también deberán insertarse en el Boletín Oficial de la provincia o de la Comunidad Autónoma en

(26) Señalado por PIZARRO MORENO y CALATAYUD SIERRA: «(...) Cabe plantearse la conveniencia de hacer una notificación al posible arrendatario de la finca hipotecada cuando se trata de una vivienda (probablemente también si se trata de un local de negocio, siendo más dudoso si se trata de fincas rústicas (...)), dado el sentido de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16-1-92, y ello con independencia de que resulte de la escritura de hipoteca la existencia de arrendatarios, o incluso de que resulte lo contrario, pues puede haber arrendatarios posteriores. De todos modos, la cuestión no deja de ser muy discutible, dada la oscuridad de dicha Sentencia», en *ob. cit.*, pág. 67.

(27) En este sentido, MARTÍN CONTRERAS: «(...) Esto que pudiera suponer una violación del artículo 10.4 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1989, en la vía judicial se puede ver suplida por las garantías jurisdiccionales de las que queda desprovista esta ejecución, lo que ha de suponer un motivo más de preocupación». En la *ob. cit.*, pág. 2.

que se practique la ejecución, y en el de aquélla o aquéllas en que radiquen las fincas. Si el valor superara los 12.000.000 de pesetas, habrá que publicarlo además en el *Boletín Oficial del Estado*; incluso, podrá el interesado solicitar que se publique en cualquier otro lugar, que será muy probablemente en los periódicos..

La diferencia con el sistema anterior radica en que antes había que publicar en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia, necesariamente. Ahora el legislador matiza los lugares de publicación por los valores, cosa que antes hacía para la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* cuando la finca sobrepasara las cien mil pesetas.

Estos anuncios deberán contener la identificación de la finca; que toda la documentación, a la que hicimos referencia en apartados anteriores, se encuentra en la notaría; que se «entenderá que todo licitador acepta como bastante la titulación, y que las cargas, gravámenes y asientos anteriores a la hipoteca que se ejecute continuarán subsistentes». Es decir, que se entiende que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate (28). También habrá que hacer constar dónde deberá consignarse el depósito, bien en la notaría o en el establecimiento que se señale.

Como se ha hecho notar, también sería conveniente el introducir en el anuncio el día y la hora de celebración de la licitación por mejora de la postura (29).

También se establece que, previendo que la primera subasta resulte fallida, o bien que no hubiese postor, se deberá anunciar la segunda subasta con indicación del lugar, día y hora de su celebración por otro plazo de veinte días; de igual modo se anunciará la tercera. Por último, recordar la necesidad de comunicar al titular de la última inscripción de dominio, de la celebración de la subasta, como ya tuvimos ocasión de analizar páginas arriba.

b) *Celebración de la subasta*

Entramos en un momento crucial para todo el desarrollo del procedimiento por la multitud de supuestos que se puedan dar.

(28) Cfr. ROCA SASTRE, en la *ob. cit.*, pág. 1090.

(29) Señalado por PIZARRO y CALATAYUD: «(...) Aunque no es imprescindible, resulta conveniente (...), dado que así evitamos los problemas que plantea la comunicación al mejor postor de la tercera subasta de que la mejora de postura se ha producido, dado lo corto de los plazos. A estos efectos se ha puesto el sexto día porque la mejora de postura puede producirse en el término de cinco días a contar desde la tercera subasta, y la licitación dentro de los cinco días siguientes al de la mejora y el sexto día cubre todos los supuestos (...).» *Ob. cit.*

Términos como licitador, rematante, postor, mejorante, adjudicatario, serán moneda de uso común en todas las actuaciones. Regulado específicamente en el artículo 236-g y 236-h.

La subasta se celebrará en el lugar indicado por el Notario; en el supuesto de que existan varias notarías, las Juntas Directivas podrán habilitar un lugar de celebración al efecto.

Es importante resaltar la importancia del local, ya que, dependiendo del número de procedimientos, podría llegar a colapsarse el funcionamiento normal del despacho notarial que desarrolla a diario, con los trámites normales de una notaría.

En cuanto al *tipo* para la primera subasta, será el fijado en la escritura; si no hubiese postura admisible en la primera, y el acreedor en el plazo de cinco días no pide la adjudicación de la finca o fincas, se celebrará la segunda subasta, donde el tipo será el 75 por 100 del de la primera, y así sucesivamente hasta la tercera subasta, en donde no habrá sujeción a tipo. En todo caso, siempre el precio que ofrezcan los licitadores será líquido (30). Por supuesto, el acreedor ejecutante podrá concurrir como licitador sin necesidad de consignar ninguna cantidad. Se entiende que todo licitador acepta la subsistencia de las cargas anteriores.

Puede ocurrir que se dé el supuesto de la *Mejora de la Postura*, es decir, cuando una vez que se celebre la tercera subasta, si la postura ha sido inferior al tipo de la segunda, determinadas personas, que son el acreedor que no haya sido rematante, el dueño de la finca o un tercero autorizado por ellos, podrán en el plazo de cinco días mejorar la postura. Deberán consignar, salvo el acreedor, el 50 por 100 del tipo de la segunda subasta, celebrándose como ya dijimos, dentro de los cinco días siguientes a aquél en que se mejoró la postura, el día que señale el Notario, dentro de ese margen que señala el texto, produciéndose las respectivas licitaciones entre los mejorantes, adjudicándose a aquél que la hiciese más alta. En cuanto al tercero autorizado, al que se refiere el Reglamento, será aquél a cuyo favor han cedido sus derechos a mejorar la postura por parte del acreedor o del dueño de la finca (31).

Para poder tomar parte en las subastas, salvo el acreedor, los demás postores deberán consignar en la notaría o en el establecimiento destinado al efecto, unas cantidades que serán para la primera y segunda subastas, el 30 por 100 del tipo correspondiente, y en la tercera un depósito del 20 por

(30) En este sentido, ROCA SASTRE: «... o sea, sin ulterior descuento del importe de las hipotecas y cargas anteriores que han de subsistir». *Ob. cit.*, pág. 1091

(31) En este sentido, PIZARRO y CALATAYUD: «... Dicha cesión creemos que deberá constar en documento público, no habrá inconveniente a que se haga en el mismo acta con comparecencia de cedente y de cesionario, ya en diligencia previa, ya en esta misma diligencia» *Ob. cit.*, pág. 83.

100 del tipo de la segunda. Queda pues a discreción del Notario, el fijar uno de los dos lugares en que se deban hacer los depósitos; por ello creemos, que al determinarse el lugar por el Notario podría perfectamente negarse, si eligió el establecimiento, el aceptarlo en la notaría, pues en el anuncio de la subasta ya se determinó el lugar que es igual para todos (32). Si la consignación se realiza en la notaría, como en general, en todo tipo de pagos que se hagan en este procedimiento, podrán hacerse, o bien en metálico o por medio de cheque, y en este último caso, habrá que aceptarlo siempre, salvo buen fin.

También podrán hacerse posturas por escrito desde el anuncio de la subasta hasta su celebración, por escrito y en sobre cerrado, y deberán ser abiertos al comenzar el acto de la celebración de la subasta (33). Son muchos los posibles acontecimientos que se pueden desarrollar en el acto de la celebración de la subasta, entre ellos el más normal el de las posturas verbales que se hagan. En la diligencia habrá que reflejar los puntos más importantes y, como indican PIZARRO y CALATAYUD, si será conveniente la identificación del rematante y su domicilio, así como que acredite su representación, y en el supuesto de los licitadores que hayan hecho posturas inferiores, y que se reserven el derecho a la aprobación del remate, en el caso de fallar las anteriores, también indican la conveniencia de reseñar su identificación, el domicilio y que firmen la diligencia (34).

Establece el artículo 236.h.4 del Reglamento: «Sólo la adjudicación a favor del ejecutante o el remate a favor del mismo o de un acreedor posterior podrá hacerse a calidad de ceder a un tercero. El rematante que ejercitare esta facultad habrá de verificar dicha cesión mediante comparecencia ante el Notario ante el que se celebró la subasta, con asistencia del cesionario, quien deberá aceptarla y todo ello previa o simultáneamente al pago del resto del precio del remate» (35).

Como es lógico, en el supuesto de que las subastas queden desiertas y el acreedor no haga uso del derecho para adjudicarse la finca o fincas,

(32) PIZARRO y CALATAYUD entienden: «... Tal vez la prudencia haga que aún en tal caso se admita el depósito en el acto de la subasta para no generar supuestas indefensiones». En la *ob. cit.*, pág. 81.

(33) Por supuesto deberán descartarse por el Notario todas aquellas ofertas en las que no se haya justificado el depósito obligatorio.

(34) *Ob. cit.*, pág. 81

(35) Sobre este tema escriben CALATAYUD y PIZARRO lo siguiente. «La cesión del remate (o de la adjudicación hecha al deudor), sólo puede hacerla el propio acreedor ejecutante o un acreedor posterior, y se hará previa o simultáneamente al pago del resto del precio del remate. Esto último será lo más frecuente para evitar el problema que se suscita con la devolución del depósito hecho por el cedente para participar en la subasta. ...».

se cerrará el acta, dando el Notario por terminado el procedimiento y quedando expedita la vía judicial correspondiente. Así se deduce del artículo 236-n del Reglamento. De ello parece que ha de entenderse que, una vez frustrado el procedimiento extrajudicial, ya no podrá el mismo reiterarse (36).

9. *Consignación del precio del remate, destino del mismo.* Los artículos 236-i, 236-j y 236-k se encargan de regular estos aspectos. De ellos se pueden deducir lo siguiente: En los ocho días siguientes al del remate deberá consignarse por el adquirente la diferencia entre lo que depositó para tomar parte en la subasta y el total del precio. En cambio, cuando la finca quede para el mismo acreedor, ya sea como licitador rematante, ya como adjudicatario por falta de postores, entonces la cantidad a satisfacer será la diferencia entre lo que asciende su crédito por principal e intereses y el precio de la adjudicación (37).

Por otro lado, como indica el texto legal, se establece la posibilidad de que las consignaciones realizadas por los postores que cubran el tipo de la subasta y que no soliciten la devolución se reservarán, si así lo consienten aquellos, caso de que el rematante no cumpliera con su obligación, para que en su caso pueda rematarse en favor de los que sigan en orden al rematante primero que no cumple, en relación con sus respectivas posturas. Por supuesto, si el adjudicatario cumple, serán devueltas esas cantidades. En todo caso, si el rematante no cumple, como ya vimos, para que pueda ocurrir y tener efectividad el nuevo remate, a favor del siguiente postor, será necesario «que la cantidad ofrecida por éste, sumada a las consignaciones perdidas por los rematantes anteriores, alcancen el importe del remate principal fallido» (art. 236-j.2 in fine).

Como *sanción* específica se establece, que en el supuesto de que el acreedor ejecutante, ya como rematante, ya como adjudicatario, no consignase la diferencia a la que está obligado, y que ya indicamos páginas arriba, en el plazo de ocho días desde que se le notifique, además de perder el remate deberá responder de todos los gastos que se ocasionen por la celebración de otras subastas posteriores y perderá el derecho a percibir intereses de su crédito durante el tiempo que se tarde en su celebración (art. 236-j.5).

Por supuesto, el Notario retendrá de la cantidad obtenida en la subasta, el importe de los gastos ocasionados por los trámites seguidos y por los honorarios notariales.

El destino del precio del remate se hará para el pago del acreedor, en el que estarán incluidas las cantidades por el principal, por los intereses y

(36) Así lo entiende ROCA SASTRE en la *ob. cit.*, pág. 1092

(37) *Vid.*, ROCA SASTRE, pág. 1093.

en su caso por los gastos del procedimiento, si es que efectivamente le corresponde. Se ha planteado la posibilidad de incluir los posibles gastos de conservación de la finca hipotecada, si así se pactó y se demuestra documentalmen- te (38). El sobrante en su caso, si existen acreedores posteriores, se consignará en el establecimiento público (39), haciéndose constar este hecho por nota marginal en el Registro. Si no los hubiere, se entregará al dueño de la finca.

10. *Escritura y protocolización del acta.* Está claro que si las subastas han quedado desiertas y el acreedor no se adjudica los bienes, se daría por terminada la ejecución, teniendo el Notario que cerrar el acta, quedando libre la vía judicial.

En otro caso, una vez verificado el remate o la adjudicación, y entregado el precio, también se dará por terminada el acta, y se procederá al otorgamiento de la escritura pública entre el rematante o adjudicatario y el dueño de la finca, o a quien él designara en su momento, que muchas veces será la misma persona, según resulta de la práctica habitual que se sigue por las entidades bancarias. En esta escritura habrá que detallar y consignar todos los trámites y diligencias practicadas, y en especial las que vienen reseñadas en el artículo 236-k.2 del Reglamento (práctica de notificaciones, circunstancias del importe de la venta, consignación del sobrante, etc.), siendo como es lógico título bastante para practicar la inscripción a favor del rematante o adjudicatario.

11. *Cancelación de cargas.* Como consecuencia lógica de todo el proceso aquí visto, las cargas e hipotecas anteriores a la hipoteca ejecutante subsisten y, en cambio, las hipotecas y cargas posteriores a ella se extinguen, procediendo su cancelación, y como dice el Reglamento: «La escritura será título bastante (...) así como para la cancelación de la inscripción de la hipoteca ejecutada y de todos los asientos de cargas, gravámenes y derechos consignados en el Registro con posterioridad a ella. Se exceptúan

(38) Así, CALATAYUD y PIZARRO comentan. «... hay que decir que es discutible si puede resarcirse el acreedor de estos gastos a través del procedimiento. Por un lado tenemos que las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987 dispusieron que determinados gastos que estén en íntima conexión con la conservación y efectividad de la garantía, tales como los de seguros, impuestos, propiedad horizontal, etc., pueden ser garantizados con hipoteca, siempre que se haga expresamente. Por otro lado, el artículo 235 del Reglamento dispone que este procedimiento sólo puede aplicarse a las hipotecas en garantía de obligación inicialmente determinada... y los gastos de ejecución... el cual se refiere sólo a los honorarios notariales y los gastos derivados de los distintos trámites seguidos» *Ob. cit.*, pág. 87.

(39) Este no podrá ser otro que la Caja General de Depósitos de la Delegación de Hacienda. MARTÍN CONTRERAS comenta: «... En el ámbito judicial esta Caja fue suprimida por el Real Decreto 34/1988, de 21 de enero, por este motivo sorprende que se vuelva a introducir un sistema que reporta más inconvenientes que ventajas». En la *ob. cit.*, pág. 3

aquellos asientos ordenados por la autoridad judicial de los que resulte que se halla en litigio la vigencia misma de la hipoteca» (40).

En este sentido es interesante el ver la Resolución de 12 de abril de 1992 (41). También se discutió por la Doctrina qué tipo de asientos serían los cancelables (42).

12. *Suspensión del procedimiento.* Las causas están contempladas en el artículo 236-ñ, siendo las mismas: la acreditación documental de la tramitación de un procedimiento criminal por falsedad del título hipotecario en que se halla admitido querella, dictado auto de procesamiento o formulado escrito de acusación; y por último cuando tenga acceso al Registro el título de cancelación de la hipoteca. Toda otra reclamación se ajustará a lo dispuesto en los cinco últimos párrafos del artículo 132 de la Ley Hipotecaria.

En estos casos el Notario suspenderá el procedimiento hasta que se resuelva el asunto, pudiéndose volver a reanudar a instancia del ejecutante (art. 236-ñ.1 y 2) (43).

CONCLUSION

Como hemos tenido ocasión de apreciar existen muchos problemas a resolver en la tramitación de este procedimiento. Nosotros hemos intentado el apuntar algunos de ellos, esperando pronto, ver otros trabajos que nos puedan servir de ayuda en este camino que acabamos de iniciar, que es incierto, y que habrá que ir haciendo al andar, como dijo el poeta, aunque estoy seguro que nunca se esperaría que hiciésemos esta cita dedicada a este procedimiento.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS
Notario de Alora

(40) Artículo 236-l.2.

(41) Citada por ANGULO RODRÍGUEZ, JAVIER, a modo de ejemplo, en «Resumen práctico del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria». *Boletín de Información Registral de Granada*, número 4, junio de 1992.

(42) Según LA RICA, «también habrá de cancelarse de este modo la inscripción de dominio del tercer poseedor si lo hubiere». ROCA SASTRE, por su parte: «Nosotros creemos que no hay que cancelar inscripción alguna de transmisión de dominio de la finca, sino sólo las inscripciones de cargas o gravámenes». Primera cita reseñada por ROCA SASTRE del libro *Comentarios al nuevo reglamento hipotecario*, reseña de la *ob. cit.*, pág. 1095

(43) Como dice LA RICA: «El deudor o tercero... puede acudir al Juzgado promoviendo juicio declarativo ordinario oponiéndose a dicho procedimiento y solicitando la anotación de demanda en el Registro .» Reseñado por CHICO Y ORTIZ, en *ob. cit.*, pág. 991

El régimen jurídico de las obligaciones indivisibles

SUMARIO: 1. La pluralidad de sujetos en la obligación indivisible. 2. La cooperación de los deudores en el cumplimiento de la obligación indivisible. El problema de la relación entre los artículos 1.124 y 1.150 del Código Civil. 3. La permanencia de la mancomunidad en el sistema español. 4. Pautas jurídicas del Código Civil en torno a la indivisibilidad. 5. El inciso segundo del artículo 1.150 del Código Civil. 6. La «resolución» del artículo 1.150 del Código Civil. 7. Alcance subjetivo de la obligación divisible de indemnizar el daño. 8. El pretendido carácter facultativo del régimen del artículo 1.150 del Código Civil.

1. LA PLURALIDAD DE SUJETOS EN LA OBLIGACION INDIVISIBLE

Ya se sabe que por el juego combinado de los artículos 1.149 y 1.169 del Código Civil la relación obligatoria con un solo deudor y un solo acreedor carece de singularidad jurídica, por más que su prestación sea indivisible. La circunstancia de que la cosa o el hecho que constituya el objeto del comportamiento comprometido admita fraccionamiento y sea, por ende, susceptible de cumplimiento parcial, no da lugar a ninguna consecuencia jurídica trascendente ni introduce matización alguna en orden a la manera en que se presente y desenvuelva el vínculo obligatorio.

En cambio, cuando varios sujetos aparecen en la parte activa y/o en la parte pasiva de la obligación, si su prestación es indivisible, esta circunstancia, comunicándose al total de la relación obligatoria, provoca un conjunto de efectos peculiares que suponen el apartamiento sensible de lo que ocurre en el campo de la divisibilidad y la aparición de una variedad obligatoria dotada de régimen jurídico propio: la de las obligaciones indivisibles.

Por eso, no debe extrañar que la doctrina resalte que la indivisibilidad

verdadera y propia implica o tiene como presupuesto la pluralidad de sujetos (Messineo), o que la relevancia del carácter de divisibilidad o indivisibilidad en la obligación se manifiesta más macroscópicamente en la hipótesis de pluralidad de sujetos en las posiciones activa o pasiva de la relación (Cicala).

Pero esta circunstancia encierra una doble tentación y un doble peligro. En efecto, la pluralidad de sujetos en la variedad obligatoria que se comenta ha de tender necesariamente a poner en juego y hasta a aplicar mecánicamente criterios propios de la contemplación de las obligaciones bajo el ángulo de las personas que intervienen en las mismas, mientras que aquí el factor determinante y el punto de referencia inexcusable para adentrarse en el vínculo ha de ser su objeto, esto es, las peculiaridades de su prestación en orden al cumplimiento. Por otro lado, al ser precisamente ésta insusceptible de fraccionamiento y encontrarnos ante el hecho de que existen varios sujetos afectados, la facilidad a inclinarse hacia soluciones jurídicas de otra naturaleza y función es inevitable, constituyendo un factor permanente de distorsión y de confusionismo en el campo que nos ocupa.

La doctrina ha cedido y cede con facilidad al reclamo de una tentación semejante. El tránsito hacia la solidaridad se verifica con fluidez y naturalidad, auspiciada, eso sí, por generosas prescripciones legales en tal sentido (*ad exemplum*, artículo 1.317 del *Codice civile*). Ver en una obligación plural indivisible un vínculo solidario es algo que parece no exigir mayor forzamiento ni disquisición, en cuanto tanto en la solidaridad propia como en la indivisibilidad plural cada uno de los sujetos implicados tendrá derecho a exigir el todo y deber de cumplir el todo.

El hecho histórico también conspira en la misma dirección, porque en el Derecho romano, al menos en su etapa clásica, las obligaciones indivisibles plurales aparecen despojadas de individualidad y subsumidas en la esfera de las solidarias, con una solidaridad no proveniente de la especial manera de conformarse la relación intersubjetiva, que es el carácter propio del vínculo *in solidum*, sino del nudo y escueto hecho de no admitir división el objeto debido. Privadas de sustancia propia y autónoma, les fue aplicado a las obligaciones indivisibles el régimen genérico de las solidarias, por lo que de las mismas no emanaba mecánicamente el derecho de regreso a favor del deudor que realizó el pago íntegro, ni la obligación de caucionar a cargo del acreedor que recibió dicho pago (1).

Bajo otro impulso legal (el párrafo 432 de B.G.B. a propósito de la pluralidad de acreedores en la obligación indivisible), no faltan tampoco autores (entre nosotros Díez-PICAZO y BERCOVITZ, fundamentalmente) que

(1) CRISTÓBAL MONTES, *Curso de Derecho romano Derecho de obligaciones*, Caracas, 1964, pág. 52.

quieren ver en las obligaciones indivisibles con pluralidad de sujetos manifestación de las obligaciones conjuntas o en mano común, de manera tal que, aunque fuera del estricto campo de la solidaridad, los varios acreedores y deudores se verían compelidos por el hecho de que la prestación debida resultare indivisible a asumir comportamientos conjuntos de estirpe muy similar a la solidaria.

Ya hemos tenido ocasión de argumentar en otro lugar sobre la justificación del *non sequitur* en esta dirección, porque la circunstancia de que una prestación indivisible determine el proceder concertado o consorcial de los sujetos de la obligación no tiene fuerza suficiente como para determinar que los parámetros se trasladen del campo del objeto al de los sujetos y para introducirnos en órbitas ajenas e insólitas. Como ha quedado dicho, se impone el *tertium non datur*, porque ni existe necesidad de una tercera variedad de obligaciones en razón de la pluralidad de sujetos (la de las obligaciones conjuntas), ni existe acomodo para la misma ni en el Derecho histórico ni en el Derecho civil vigente, sobre todo a la vista de lo dispuesto en el artículo 1.150 del Código.

De la misma manera, la subsunción de los indivisibles dentro del área de las obligaciones solidarias tropieza en nuestro ordenamiento civil con obstáculos insuperables y se enfrenta a inconvenientes dogmáticas de entidad considerable. Trasladar al campo del objeto lo que es una peculiaridad emanada de la manera en que se ha generado el vínculo obligatorio entre los sujetos y desvirtuar circunstancias atinentes al cumplimiento bajo el peso de factores que conciernen en exclusiva al ámbito de las relaciones intersubjetivas es una manera de enfocar el fenómeno jurídico que nos ocupa poco rigurosa y abocada a inconsecuencias, contradicciones y puntos insolubles.

En nuestro Derecho, a diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos alemán, suizo e italiano, rige la pauta de la presunción de mancomunidad en el caso de que en un vínculo obligatorio concurren varios sujetos (art. 1.137, CC). En tal supuesto, «el crédito y la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, repuntándose créditos o deudas distintas unos de otros» (art. 1.138, CC), circunstancia que determina la instauración de un criterio genérico que no cabe ignorar ni quebrantar sino en los específicos supuestos en que la ley contemple la posibilidad de establecer un régimen peculiar y de excepción.

En consecuencia, cuando nos enfrentamos a una obligación con variedad de sujetos, la pauta mecánica y normal a aplicar a la misma será la de la mancomunidad, sin que el hecho de que el objeto debido admita o no división sea factor suficiente para desvirtuar aquella connotación. La circunstancia de la indivisibilidad del mismo carece de la entidad precisa para trastornar el juego de la pauta presuntoria general apuntada y, por más que,

como no podría ser de otra manera, introduzca singularidades en el momento de proceder a la ejecución del vínculo, las mismas siempre tienen una explicación suficientes a través de la *res debita*, sin que sea preciso ni tenga justificación incidir en el área de la especial relación que medie entre los varios acreedores o los varios deudores.

Entre nosotros, el juego combinado de los artículos 1.139 y 1.150 del Código Civil brinda suficiente asidero para disciplinar la materia de manera lógica y coherente. Mediante el primero de dichos preceptos, aunque con importantes limitaciones al juego ordinario de la mancomunidad en razón del hecho de la indivisibilidad de la prestación, se consagra el más importante y caracterizador criterio de dicha variedad obligatoria: la asunción por el acreedor del detrimento patrimonial que suponga la insolvencia de alguno de los deudores mancomunados; algo que al dejar fuera del juego de la responsabilidad a todos aquellos obligados con solvencia solutoria y al hacer recaer sobre el patrimonio del acreedor la incidencia negativa de tal acontecer, aleja por completo cualquier tentación de recalar en la solidaridad, por más que el objeto debido resulte indivisible. A través del segundo, aparte de nominar a la situación en estudio con su genuina designación de obligación «indivisible mancomunada», se establece de manera indubitante la divisibilidad de la obligación cuando la originaria indivisible resulte incumplida por imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor, en cuanto la misma «se resuelve en indemnizar daños y perjuicios»; circunstancia que carecería por completo de sentido si estuviéramos en presencia de una obligación solidaria o de una obligación colectiva en mano común.

Y es que difícilmente las cosas podrían ser de otra manera si se quiere conservar la fisonomía y la función de cada instituto: trasladarse mecánicamente del campo ordinario de la mancomunidad al excepcional de la solidaridad por la sola razón de que el objeto de la obligación plural sea indivisible, aparte de suponer una confusión intolerable, produce un sensible desvirtuamiento de las razones últimas tanto de la indivisibilidad como de la solidaridad.

Cuando uno de los varios acreedores o uno de los varios deudores puede reclamar o está sujeto a realizar la íntegra prestación debida en aras a que la misma no admite su partición, semejante resultado viene impuesto por una circunstancia que es por completo ajena a las que se mueven y justifican similar posibilidad en la esfera de la solidaridad. En ésta se busca específicamente semejante acontecer jurídico en aras a reforzar la posición del acreedor o a facilitar la realización del crédito; en el campo de la indivisibilidad, contrariamente, ninguno de estos objetivos resulta operativo, sino que la entera ejecución del objeto debido emana de su propia naturaleza o de una específica convención de las partes tendente

a provocar un acto de ejecución unitario ajeno a las antedichas preocupaciones.

Siendo las situaciones tan diferentes y respondiendo la mera igualdad fáctica del cumplimiento entero a razones tan apartadas, se explica que haya reticencias a la asimilación, incluso en aquellos países cuyos ordenamientos civiles, caso del italiano, han procedido a la equiparación. Así, CICALA ha hecho notar que la razón por la que cada deudor debe cumplir y cada acreedor puede reclamar la entera prestación indivisible va identificada no con una exigencia de reforzar la probabilidad de conseguir la prestación (función de la solidaridad pasiva) o de facilitar, en interés de los acreedores, la ejecución del crédito y también, en interés del deudor, el pago (función de la solidaridad activa), sino con la exigencia de asegurar la unidad de la prestación, dada la inidoneidad de su objeto para ser fraccionado en partes (función de la indivisibilidad, respecto a la cual es indiferente que la pluralidad de sujetos afecte a la posición activa o/y a la pasiva de la relación (2).

La circunstancia de que en nuestro Derecho la indivisibilidad de la prestación no conforme de manera mecánica a la obligación plural como obligación solidaria, sino que siga manteniéndose la pauta normal de la mancomunidad, siquiera con alguna peculiaridad, provoca numerosas dudas de cara a la recta configuración de dicha modalidad obligatoria, sobre todo porque la normativa de nuestro Código Civil contribuye poco en ese sentido.

2. LA COOPERACION DE LOS DEUDORES EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DIVISIBLE. EL PROBLEMA DE LA RELACION ENTRE LOS ARTICULOS 1.124 Y 1.150 DEL CODIGO CIVIL

Se suele señalar por nuestra doctrina que en cuanto los varios deudores de una obligación indivisible han de proceder conjuntamente para el cumplimiento de la misma, desde el instante en que uno de ellos no participe en esa acción común, ya no será posible la ejecución *in natura* y debe contemplarse el cumplimiento por equivalente o indemnización de daños y perjuicios; supuesto en el que desaparecería toda dificultad en razón de la posibilidad del cumplimiento *pro parte* de la nueva prestación (entrega de una suma de dinero) y de la aplicación, por ende, de las pautas ordinarias de la mancomunidad divisible.

La verdad es que la letra del artículo 1.150 del Código Civil parece

(2) CICALA, «Obbligazioni divisibile e indivisibile», en *Novissimo Digesto italiano*, XI, Turín 1968, págs. 652-653.

suponer una clara incidencia en esa dirección al contemplar que «la obligación indivisible mancomunada se resuelve en indemnizar daños y perjuicios desde que cualquiera de los deudores falta a su compromiso»; algo que puede propiciar la idea de que frente al régimen ordinario de que el simple apartamiento del deudor del cumplimiento voluntario no provoca el incumplimiento *stricto sensu* y la aplicación del artículo 1.101, sino que da entrada al mecanismo de la ejecución forzosa en forma específica de los artículos 1.096 y siguientes, en el ámbito de la indivisibilidad las cosas ocurrirían inmediata y mecánicamente en el sentido de transformar el vínculo incumplido en obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados. Un planteamiento de este tipo no parece defendible ni susceptible de encontrar acomodo jurídico suficiente, en razón de que, como con acierto señala BERCOVITZ, no existe razón alguna que justifique semejante restricción a las posibilidades de actuación del acreedor insatisfecho (3).

También HERNÁNDEZ-GIL ha advertido que, pese al aparente sentido literal del precepto, no parece que automáticamente se convierta en deber de indemnizar daños y perjuicios, pues el sentido del precepto es que basta que incumpla uno de los deudores para que el acreedor pueda instar frente a todos la indemnización, pero no hay razón para impedir al acreedor, si lo prefiere, que reclame judicialmente la ejecución en forma específica.

Sin embargo, este mismo autor, tras esos señalamientos razonables, formula una muy discutible teoría en torno a la relación entre el artículo 1.124 (resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento) y el artículo 1.150 del Código Civil. A tenor de la misma, el artículo 1.124 al permitir optar al acreedor en caso de incumplimiento entre exigir el cumplimiento o la resolución se inspira en el principio del favorecimiento de la subsistencia del vínculo, de manera que no son rigurosamente equivalentes el derecho al cumplimiento y a la resolución, como lo demuestra su párrafo tercero. En cambio, esta limitación del derecho a resolver queda eliminada por el artículo 1.150 respecto a la indivisibilidad, ya que cualquier acto de incumplimiento, sin discriminar su entidad y bastando con que proceda de un deudor, determina la resolución, y los tribunales no tienen la facultad de apreciar cauces justificados para conceder un plazo. De esta manera, el artículo 1.124 representaría la norma de Derecho general, mientras el artículo 1.150 constituiría un Derecho especial, de aplicación preferente para las obligaciones indivisibles (4).

Lo primero que debe advertirse es que no se alcanza a ver la razón para poner en conexión los artículos 1.124 y 1.150 del Código Civil, ya que el

(3) BERCOVITZ, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, dirigidos por M. Albaladejo*, XV-2, Madrid, pág. 415.

(4) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid 1960, págs. 163-164.

artículo 1.124 circunscribe su aplicación al ámbito de las obligaciones recíprocas, permitiendo al sujeto que ha cumplido optar entre la resolución y el cumplimiento, algo que, de entrada, nos sitúa fuera del genuino incumplimiento (imposibilidad sobrevenida de la prestación) (5), y cerca del supuesto de que uno de los obligados ha retrasado el cumplimiento de la prestación a su cargo, pues una cosa es el incumplimiento y otra el retardo en el cumplimiento (6).

Aunque éste no sea el lugar adecuado para ocuparse de semejante materia, resulta difícilmente ocultable que el artículo 1.124 del Código Civil al consagrar un caso de ineficacia sobrevenida de los contratos (la mal llamada condición resolutoria tácita) no establece una genuina opción entre el cumplimiento y la resolución en caso de incumplimiento por parte de uno de los deudores, sencillamente porque si éste fuera propio implicaría la imposibilidad sobrevenida de la prestación y, en consecuencia, el cumplimiento quedaría excluido *a priori*.

Lo único que sucede es que la ley, que ha establecido de manera genérica y principista que cuando la causa que ha determinado la imposibilidad de la prestación sea imputable al deudor, la obligación se transforma en obligación de indemnizar (art. 1.101 CC), tratándose de obligaciones recíprocas (*rectius*, contratos bilaterales) y habiendo cumplido uno de los deudores la obligación a su cargo, puede éste, ante el retraso del otro, optar entre el cumplimiento y la resolución, con indemnización complementaria en ambos casos. De contemplarse el propio y verdadero incumplimiento de uno de los deudores, en cuanto ya no es posible el cumplimiento por su parte, el juego del artículo 1.124 quedaría reducido a que el que sí cumplió podría «optar» entre reclamar la indemnización de daños y perjuicios globales *ex* artículo 1.101, reteniendo el incumplidor la prestación habida del demandante, u obtener la devolución de ésta, previa resolución del contrato, y la indemnización suplementaria si procediera, a tenor del artículo 1.124.

Que tenga que ver todo esto con la pauta del artículo 1.150 del Código Civil a propósito de las obligaciones indivisibles mancomunadas es algo que, pese a lo que pretenda HERNÁNDEZ-GIL, resulta en extremo nebuloso y lejano. Decir que el artículo 1.124 está inspirado en el «principio del favorecimiento de la subsistencia del vínculo», mientras que toda limitación del derecho a resolver queda eliminada en la esfera de aplicación del artículo 1.150, es algo que tiene escaso sentido, pues mientras en el primer supuesto, con todas las limitaciones que se quiera, existe realmente un

(5) CRISTÓBAL MONTES, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid 1989, págs. 23 y ss.

(6) CRISTÓBAL MONTES, *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Madrid 1984, págs. 129 y ss.

derecho de resolución, en el segundo, por más que se utilice textualmente el término «resuelve», nada permite suponer que nos hallamos en la esfera de la genuina y propia resolución de las obligaciones. Por lo que no es que se elimine toda cortapisa al ejercicio del derecho a resolver, sino sencillamente que éste no ha existido en momento alguno, ni se encuentra razón válida para justificar semejante existencia.

En consecuencia, resulta por completo inexacta la afirmación de HERNÁNDEZ-GIL de que «cualquier acto de incumplimiento, sin discriminar su entidad y bastando con que proceda de un deudor, determina la resolución», sencillamente porque no estamos en la esfera de la resolución contractual por incumplimiento, propia tan sólo de los contratos con prestaciones correspectivas y que está suficientemente prevista y reglada por el artículo 1.124 del Código Civil, y porque nada autoriza a pensar que aquí ni en lugar alguno «cualquier acto de incumplimiento» puede tener tan vigorosos y destructores efectos, habida cuenta del principio de la subsistencia de las relaciones jurídicas (*favor negotii*) y de que el resarcimiento de los daños causados suele someterlo el legislador a la verificación estricta de hipótesis rigurosas y graves (art. 1.101 CC).

De la misma manera, resulta improcedente considerar que el artículo 1.124 representa la norma de Derecho general y el artículo 1.150 la de Derecho especial en relación a las obligaciones indivisibles, en primer término porque uno y otro no se refieren a la misma materia (la resolución de las obligaciones), en segundo término porque no se alcanza a ver cómo podrían entrar en relación la hipótesis general del primero con la particular del segundo, ya que si se quiere mantener esa conexión de general y especial habrá de apreciarse entre uno y otro supuesto identidad de *substantia iuris*, y, finalmente, porque aunque se aceptase semejante proximidad conceptual sería completamente imposible acreditar que una y otra hipótesis son tratadas de la misma manera, pues mientras en una de ellas (art. 1.124) la indemnización de daños y perjuicios se contempla como simple medida complementaria y en el supuesto de que proceda, en la otra (art. 1.150) dicha indemnización está prevista como solución general, única y caracterizadora.

3. LA PERMANENCIA DE LA MANCOMUNIDAD EN EL SISTEMA ESPAÑOL

El enfoque de la materia debe hacerse bajo otro ángulo. En nuestro Derecho civil, la pluralidad de sujetos determina, en principio, la mancomunidad y, por tanto, cada uno de los acreedores y cada uno de los deudores lo es *pro quota*. Si la prestación de dicha obligación plural es indivisible, como acertadamente recuerda SANCHEZ REBULLIDA, no hay razón para eludir la regla

del artículo 1.137 del Código Civil, y, en consecuencia, si no se ha constituido con el carácter de solidaria se aplicará el régimen de las mancomunadas; pero resulta que, a la hora de hacerlo, la primera de las reglas, la del artículo 1.138, no cabe aplicarla por definición: el crédito y la deuda no pueden ser divididos en tantas partes como acreedores y deudores (7).

¿Cómo superar el inconveniente? Hay normativas que cortan por lo sano y reconducen el problema al campo de la solidaridad, con lo que la situación se simplifica en extremo, por más que, según se ha tenido ocasión de considerar, se proceda a una identificación perniciosa y a un indebido trasvase conceptual de la relación obligatoria. Otras optan por enriquecer la esfera de las obligaciones plurales mediante la creación de un *tertium genus*, el de las obligaciones colectivas o conjuntas, especie innecesaria, sin arraigo histórico y que genera más problemas que los resuelve.

El Derecho civil español, según pensamos, no toma ni uno ni otro derrotero, sino que se mantiene en el campo de la mancomunidad en el caso de las que específicamente denomina obligaciones indivisibles mancomunadas. La obligación plural con prestación indivisible es una obligación mancomunada, mas como resulta que cada uno de los acreedores no puede pedir ni cada uno de los deudores puede realizar, por indivisibilidad natural o pactada, una parte de aquélla, la ley se ve obligada, sin renunciar a la mancomunidad, a establecer algunas especificaciones o singularidades para atender cumplidamente a las exigencias dimanantes de semejante circunstancia.

Tales singularidades ni desvirtúan el régimen de la mancomunidad, ni mucho menos suponen el traslado de la obligación plural indivisible a una esfera conceptual distinta, sino tan sólo el establecimiento de las previsiones adecuadas para que puedan encajar sin mayor fricción ni forzamientos las consecuencias propias de la mancomunidad con las exigencias dimanantes de la indivisibilidad.

En tal sentido, el artículo 1.139 del Código Civil establece que «si la división fuere imposible, sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos, y sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores». Ya tendremos ocasión más adelante de clarificar qué debe entenderse por tales exigencias, pero ahora nos basta con señalar que el precepto, uno de los tres que el Código dedica a las obligaciones parciarias en la Sección cuarta, no trasciende del campo de la mancomunidad, por más que la prestación sea indivisible (¿por qué habría de hacerlo, habida cuenta que la dicotomía mancomunadas-solidarias no guarda relación alguna con el objeto de la relación obligatoria?), sino que se limita a establecer los correctivos precisos para que pueda ser absorbida,

(7) SANCHO REBULLIDA. *Elementos de Derecho civil de Lacruz*, II-1. Barcelona 1985, pág. 123

con las tensiones mínimas imprescindibles, la indivisibilidad en la esfera de la mancomunidad.

Como hemos escrito en otro lugar, el artículo 1.139 del Código Civil impone una severa rectificación al régimen normal de las obligaciones mancomunadas, caracterizado por la aplicación del principio *concurso partes fiunt*, pero ello no quiere decir que nos veamos compelidos a salir del campo de la mancomunidad, sino tan sólo que la normalidad parciaria sufre algún correctivo, en el sentido de que cada acreedor no podrá actuar por separado y cada deudor no será compelido a actuar aisladamente (8). La mejor prueba de que ello es así nos la proporciona el inciso segundo del propio artículo 1.139 al establecer que «si alguno de éstos (deudores) resultase insolvente, no estarán los demás obligados a suplir su falta», ya que como la circunstancia de que la prestación sea indivisible no hace mutar a esta modalidad de obligaciones con pluralidad de sujetos su condición de mancomunadas, se explica que la falta de capacidad patrimonial de uno de ellos no afecte a los restantes y sí disminuya, en cambio, el derecho del acreedor (insolvencia a cargo de éste, típica de la mancomunidad).

Sobre la base de lo que va expuesto, parece que ya puede adelantarse alguna conclusión. En primer lugar, que el artículo 1.150 del Código Civil no puede ni debe interpretarse fuera del marco general que la normativa civil establece en relación al incumplimiento de las obligaciones y al juego indemnizatorio, ya que el hecho de que el mismo se refiera a las obligaciones indivisibles mancomunadas no constituye razón suficiente ni ineludible para imponer la rectificación de dicho marco general. Y en segundo lugar que, como se acaba de ver, no existe argumento alguno que justifique de manera adecuada que la utilización por el artículo 1.150 del término «resuelve» nos ubica en el campo de la resolución contractual por incumplimiento, ni fuerza a poner en relación dicho precepto con la pauta del artículo 1.124 del Código Civil, pues entre una y otra norma no existe ni proximidad conceptual, ni vinculación funcional, ni la relación que se da entre una pauta especial y otra general en el ámbito de una misma materia jurídica. Vayamos por partes.

4. PAUTAS JURIDICAS DEL CODIGO CIVIL EN TORNO A LA INDIVISIBILIDAD

En la esfera de las obligaciones indivisibles mancomunadas las cosas no ocurren de distinta manera que en las restantes obligaciones respecto a la

(8) CRISTÓBAL MONTES, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid 1990, págs. 231 y ss.

problemática cumplimiento-incumplimiento. El apartamiento voluntario de uno de los deudores a la secuencia de la realización específica de la prestación adeudada no transforma mecánicamente y necesariamente el contenido de ésta en la suma indemnizatoria patrimonialmente equivalente, sino que abre la puerta, al igual que ocurre en cualquier otra variedad obligatoria, al juego de la ejecución forzosa *in natura* previsto en los artículos 1.096 y siguientes del Código Civil. Si ello fuera así, resultaría que en las obligaciones indivisibles mancomunadas, los deudores gozarían de una prerrogativa excepcional (la de transformar a su gusto el contenido de la prestación y sustituir la *res debita* por el equivalente pecuniario), sin que se advierta necesidad, justificación o motivación suficiente para semejante trato privilegiado, y los acreedores se verían arbitrariamente despojados de su natural y apropiada facultad de obtener, mientras continúe siendo posible, la específica prestación contemplada en el origen de la relación obligatoria.

Bajo esta óptica tiene razón BERCOVITZ cuando señala que no se llega a percibir en principio de un modo claro en qué medida los preceptos del artículo 1.150 modifican a los del capítulo segundo del título I del libro IV (artículos 1.094 a 1.112), ya que en dicho capítulo queda ampliamente recogida la idea de que cuando la prestación *in natura* no resulte posible, quedará en todo caso abierto el recurso a la indemnización de daños y perjuicios (9).

Si esto es así, parece obvio que la frase «desde que cualquiera de los deudores falta a su compromiso» que utiliza el artículo 1.150 del Código Civil no puede entenderse literalmente en el sentido de que el apartamiento voluntario de uno de los deudores acarrearía ineludiblemente semejante consecuencia indemnizatoria, con injustificada postergación del legítimo derecho del acreedor a permanecer interesado en la prestación primigenia, sino que hay que reconducirla e interpretarla dentro del campo genérico del incumplimiento de las relaciones obligatorias.

Y ello aunque la propia dicción del Código Civil podría justificar, al menos literalmente, otras interpretaciones, pues si el artículo 1.149 dispone que «la divisibilidad o indivisibilidad de las cosas objeto de las obligaciones en que hay un solo deudor y un solo acreedor no altera ni modifica los preceptos del capítulo II de este título», no parece temerario sostener que por argumento *a contrario* en las obligaciones con más de un acreedor y un deudor con prestación indivisible, que son precisamente las contempladas en el artículo 1.150, dicha circunstancia sí «alterará» y «modificará» los preceptos genéricos de esa parte del Código Civil. Y semejante alteración y modificación se produciría concretamente en el sentido de que en dicha

(9) BERCOVITZ, «Las obligaciones divisibles e indivisibles», en *Anuario de Derecho civil*, 1973, pág. 570.

modalidad obligatoria quedarían excluidas las pautas generales en tema de cumplimiento forzoso *in natura* y dependería de la voluntad exclusiva de los deudores la posibilidad de reconducir a su antojo a los acreedores a la percepción de la indemnización pecuniaria sustitutoria.

Ya se ha visto que no es así; no vamos a insistir en el mismo sentido. Ese es también el criterio de BERCOVITZ, pero con una puntualización que no nos resulta de todo convincente, pues para este autor el artículo 1.150 se limita sin más a regular un supuesto no previsto en dicho capítulo segundo: la fórmula de resolver los casos en que uno o varios de los deudores (no todos) de la obligación indivisible se niegan o no pueden por insolvencia cumplir, mientras los demás están dispuestos a hacerlo; por lo que cabrían considerar que el referido artículo 1.150 «rellena una laguna legal no regulada en los artículos 1.094 a 1.112» (10).

En efecto, considerar que si todos los deudores de la obligación indivisible se niegan al cumplimiento, no hace falta previsión específica legal alguna porque dicha hipótesis ya está prevista en las pautas generales de los artículos 1.094 y siguientes del Código Civil, mientras que si tan sólo algunos rehúyen la ejecución de lo debido hay necesidad de una prescripción singular (la del artículo 1.150), encierra la, a nuestro modo de ver, doble inexactitud de que la simple voluntad de todos o algunos de los deudores, contraria al cumplimiento, puede determinar el incumplimiento de la obligación, cuando sabido es que éste sólo puede apoyarse genuinamente de manera abierta en el hecho de la imposibilidad sobrevenida de la presentación, y de considerar que sólo en el caso de que la generalidad de los deudores rehúyan el cumplimiento se produce el incumplimiento total, pues no debe olvidarse que nos hallamos en la esfera de las obligaciones indivisibles y, por tanto, en razón de la no susceptibilidad de fraccionamiento de la prestación debida, bastará que uno de los obligados no coadyuve a la realización de ésta para que se produzca también el supuesto del incumplimiento total.

Pienso, por tanto, que no es que «el artículo 1.150 se limita sin más a regular un caso no previsto en dicho capítulo», y que en tal sentido «se puede decir que rellena una laguna legal no regulada en los artículos 1.094 a 1.112», sino que las cosas ocurren de otra manera. En efecto, la circunstancia de que exista la específica previsión del artículo 1.150 no permite hablar de que se trate de un caso no contemplado en las previsiones del capítulo segundo, sencillamente porque aquélla es algo circunscrito al escueto campo de los vínculos indivisibles plurales y éstas atienden genéricamente a todas las variedades obligatorias, por lo que no resulta procedente en su ámbito descender a regularizaciones singulares, y mucho menos

(10) BERCOVITZ, *Comentarios.*, XV-2, *op. cit.*, pág. 416.

considerar que por su través se cubre una laguna legal, ya que ésta ni existe ni puede existir, precisamente por lo que acaba de señalar.

Si en las normas comprendidas en el capítulo segundo de referencia se nos dice qué es lo que sucede en general cuando en la relación obligatoria nos tropezamos con el punto del incumplimiento, es obvio que no existe vacío legal alguno, por más que no se diga nada al respecto, caso de que el vínculo incumplido sea indivisible, igual que nada tampoco se dispone en relación a otras modalidades obligatorias, sencillamente porque ése no es el lugar adecuado, ya que el establecimiento de la singularidad, caso de que proceda, debe hacerse en las respectivas secciones del capítulo tercero, que se ocupa de «las diversas especies de obligaciones», que es lo que en concreto ocurre en el artículo 1.150 en relación a las obligaciones indivisibles. Hay que intentar, pues, otra vía explicativa.

En nuestra opinión ésta es la siguiente: la expresión legal «desde que cualquiera de los deudores falta a su compromiso» no puede entenderse literalmente, como suele ser usual, en el sentido de que basta con que uno de los deudores rehúya el cumplimiento, no quiera cumplir, para que la obligación indivisible mancomunada se transforme necesariamente en obligación de indemnizar los daños y perjuicios irrogados, sino que hay que dar a la misma un entendido que, por un lado, no entre en colisión con lo que es normal y razonable en tema de inejecución de obligaciones y, por el otro, impida que, sin razón suficiente, en la esfera que nos ocupa, los acreedores se puedan ver despojados de su legítimo derecho a obtener la satisfacción *in natura* del crédito mientras ello continúe siendo posible.

Cuando el artículo 1.150 contempla que la obligación indivisible mancomunada se resuelve en indemnizar daños y perjuicios si uno de los deudores se aparta de su compromiso, no dice ni puede decir otra cosa que no sea la genérica de que semejante circunstancia tiene lugar siempre que ha sobrevenido la imposibilidad de la prestación debida por causa imputable a los sujetos pasivos del vínculo (art. 1.101 CC), esto es, cuando, según la terminología tradicional, la obligación ha resultado incumplida por dolo o culpa del deudor. ¿Por qué lo repite, pues, en dicho lugar?

Sencillamente porque al tratarse de una obligación cuyo objeto, por naturaleza o acuerdo de las partes, no admite su fraccionamiento o ejecución parcial, será suficiente la conducta dolosa o culposa de uno de los obligados para que se produzca el supuesto de incumplimiento de la relación obligatoria por imposibilidad sobrevenida imputable de su prestación. La indivisibilidad de la *res debita* genera este peculiar efecto de extender a toda la obligación las secuelas del comportamiento de cada uno de los deudores, mientras que si la obligación fuera divisible, semejante situación sólo se produciría en el supuesto de que una actuación de este tipo afectase a la totalidad de los deudores.

MUCIUS SCAEVOLA, aunque con dudosa terminología, advirtió hace años la realidad del problema en consideración al señalar que la disposición en estudio (el artículo 1.150) tiene el vicio de origen de desconocer que en las obligaciones indivisibles, o todos los deudores cumplen con la entrega de la cosa, o no cumple ninguno, si la entrega no llega a tener lugar; por lo que para que la misma reciba interpretación aceptable es preciso suponer que la obligación no se ha cumplido a causa de la negligencia (*sic*) de uno de los deudores y que, en este supuesto, el Código considera necesario indemnizar al acreedor los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado (11).

Dejando a un lado su incorrecta restricción de las causas del incumplimiento (*rectius*, de las causas que determinan la imposibilidad de la prestación) a la negligencia del deudor, ello es lo exacto, pues el artículo 1.150 del Código Civil sólo tiene sentido y resulta razonable caso de que se refiera al verdadero y propio incumplimiento de las obligaciones, esto es, aquel que tiene lugar porque la prestación resulte de imposible ejecución y no en virtud de que el deudor rehúya o no se preste sencillamente al cumplimiento, ya que en este caso, como es sabido, el acreedor siempre tendrá abierta la posibilidad de la ejecución forzosa en forma específica, en virtud de que ni aquí ni en ningún otro supuesto, según señala correctamente BERCOVITZ, «hay razón para prescindir de inmediato del cumplimiento forzoso *in natura* cuando ello sea posible» (12).

5. EL INCISO SEGUNDO DEL ARTICULO 1.150 DEL CODIGO CIVIL

Pero, ¿sería justificación suficiente para la existencia del precepto el hecho anteriormente señalado de que estamos en presencia de una obligación indivisible? Rectamente miradas las cosas, si la razón del artículo 1.150 del Código Civil fuera tan sólo la contemplación de que el actuar de uno de los obligados puede desencadenar la consecuencia de la indemnización de los daños y perjuicios en sustitución de la prestación originaria, quizá no sería impropio considerar que ella no es razón suficiente para su plasmación autónoma, porque a semejante conclusión se llega indefectiblemente por el juego combinado de las reglas generales sobre el incumplimiento de las obligaciones y las exigencias jurídicas derivadas de la nota de la indivisibilidad de la prestación.

Pero ello, una vez más, tiene razón en parte MUCIUS SCAEVOLA al señalar

(11) MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, XIX (segunda edición, revisada por Marín Pérez), Madrid 1957, pág. 915

(12) BERCOVITZ, *Comentarios...*, XV-2, *op. cit.*, pág. 416.

que este precepto no tendría objeto, toda vez que se trata de un efecto general de las obligaciones, si no fuera por lo que a continuación se determina en el mismo (13). En efecto, es en el inciso segundo del artículo («los deudores que hubieren estado dispuestos a cumplir los suyos no contribuirán a la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa o del servicio en que consistiere la obligación»), en el único lugar donde cabe encontrar la justificación válida y suficiente para el establecimiento de una genuina singularidad jurídica en el campo de las obligaciones indivisibles mancomunadas.

Así es. El precepto cobra sentido global a través de su segundo inciso. Del primero, *in abstracto*, podría prescindirse, no tanto, como dice BERCOVITZ, porque parece lógico que en cuanto falle alguno de los deudores se produzca la imposibilidad del cumplimiento *in natura* y haya que transformar la obligación en una indemnización de daños y perjuicios (14), sino porque lo que esta parte de la norma contempla es, tal como se ha visto, la aplicación a las obligaciones indivisibles mancomunadas de las pautas generales en tema de incumplimiento por imposibilidad sobrevenida de la prestación; del segundo, en cambio, depende la plena justificación de la regla que sanciona.

Aquí está la explicación del precepto: si en una obligación indivisible mancomunada el acto doloso o culposo de alguno de los deudores determina la imposibilidad de la prestación, dicha obligación, como es regla general, se transforma en obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados al acreedor. Esta es la lectura correcta de la primera parte del precepto, a pesar del poco rigor dogmático de la misma cuando habla de «cualquiera de los deudores falta a su compromiso»; ahora bien, pueden existir otros deudores cuyos actos no hayan determinado semejante imposibilidad de cumplimiento *in natura*, y es respecto a ellos que la segunda parte del precepto se pronuncia rebajando la entidad de su participación en el monto indemnizatorio.

Dicha segunda parte de la norma habla también respecto a estos otros deudores como de aquellos que «hubiesen estado dispuestos a cumplir los suyos (sus compromisos)», en dicción tan inexacta como la utilizada en el inciso anterior a propósito del deudor que «falta a su compromiso». Ni aquí, según se ha dicho, hay exactamente eso, sino causa imputable al deudor en la imposibilidad sobrevenida, ni allí tampoco se da esa mera y jurídicamente irrelevante voluntariedad en aras a la realización de la prestación asumida, sino la escueta circunstancia negativa de que esta segunda categoría de

(13) MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, XIX, *op cit*, pág. 915.

(14) BERCOVITZ, «Las obligaciones divisibles e indivisibles», en *Anuario de Derecho civil*, 1973, pág. 570

deudores no ha contribuido con sus actos libres a provocar el incumplimiento de la obligación.

Así las cosas, el artículo 1.150 del Código Civil lo que viene a establecer es que esta segunda especie de deudores «no contribuirán a la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa o del servicio en que consistiere la obligación»; esto es, que, devenida imposible la prestación por acto de algunos de los deudores, en la indemnización de daños y perjuicios que la sustituye, los deudores no culpables sólo participan en la medida indicada, mientras que aquéllos pechan con todo lo que reste hasta cubrir el total del monto indemnizatorio judicialmente fijado. Trato justo y razonable, tanto porque el resarcimiento del daño comprende no sólo el valor de la prestación no realizada (*circa re ipsa, pretium rei*), sino también cualesquiera otras pérdidas y ganancias dejadas de obtener (*damnum emergens* y *lucrum cesans*) (15), como porque si el Código Civil establece diferencias en la responsabilidad contractual entre el deudor doloso y el deudor culposo (arts. 1.102 y 1.103) y en el ámbito de los daños y perjuicios que ha de asumir uno u otro (art. 1.107) (16), parece consecuente que con mayor razón haya que distinguir entre deudor doloso o culposo por un lado y deudor no culpable por el otro.

A esto, pues, parece circunscribirse el artículo 1.150 del Código Civil. Deudores culpables, por un lado, que cubrirán dentro del *id quod interest* a indemnizar todo lo que rebase el mero precio o valor de la cosa o servicio objeto de la prestación, y deudores no culpables, por el otro, que verán reducida su participación a la porción que les corresponda en éste. Con lo que cuando se haya calculado a cuánto asciende la indemnización de los daños y perjuicios causados al acreedor de la obligación plural indivisible, habrá que separar en la hipótesis del artículo en estudio el valor de la prestación y el resto de los daños y perjuicios; el primero se repartirá entre todos los deudores en proporción a su cuota o parte, mientras que el segundo será objeto de distribución tan sólo entre aquellos deudores que con sus actos hayan provocado el incumplimiento de la obligación, también en proporción a sus cuotas y con plena aplicación de todas las pautas genéricas que el Código Civil contempla en relación a este punto.

¿Pero realmente hacía falta, asimismo, este segundo señalamiento del artículo 1.150 del Código Civil? MUCIUS SCAEVOLA advierte que el mismo no pasa de ser más que mera aplicación de las doctrinas generales sobre indemnización de daños y perjuicios: «Es así —escribe— que todo el que se conduce con dolo, culpa o morosidad está obligado a la indemnización; lo es también que en las obligaciones indivisibles cada uno se halla obli-

(15) CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, op. cit., págs. 231 y ss.

(16) *Ibid.*, págs. 284 y ss.

gado exclusivamente por una parte; luego, cuando la obligación quede incumplida, todos los deudores responderán de la cosa o servicio no prestado, pero sólo estarán tenidos a la indemnización los que se hayan conducido con culpa (dolo) o negligencia (17).

¿Es correcto semejante planteamiento? En las obligaciones indivisibles mancomunadas cada deudor es *pro quota*, por más que la prestación deba ser objeto de realización unitaria y precise, por ende, del concurso de todos; por ello es obvio que, pese a la indivisibilidad de la *res debita*, cuando resultan incumplidas y su objeto es sustituido por la indemnización de daños y perjuicios, ésta hay que prorratarla entre los diversos deudores, ya que ha desaparecido el obstáculo que impedía el libre juego de las pautas de la mancomunidad.

Por tanto, supongamos que no existiera el artículo 1.150 del Código Civil. ¿Qué ocurriría? Habría que aplicar necesariamente los criterios generales que el Código establece en materia de incumplimiento de las obligaciones en los artículos 1.101 y siguientes; por lo que, una de dos, o todos los deudores eran culpables y, en consecuencia, participarían de la misma manera (eso sí, a prorrata) en el cubrimiento del monto indemnizatorio establecido, o si lo fuera tan sólo algunos de ellos, éstos únicamente vendrían obligados al resarcimiento del total del daño, en cuanto los restantes al no haber incurrido ni en dolo ni en culpa estarían eximidos de toda responsabilidad y podrían considerar el acto doloso o culposo de sus codeudores como un evento fortuito que los sustrae al juego indemnizatorio (*casus = non culpa*).

Cierto que quizá habría alguna dificultad para estimar que la conducta culpable de uno de los deudores pueda reputarla otro como caso fortuito en el seno de una obligación indivisible mancomunada, en razón de que semejante evento encajaría con fricción en la esfera de «aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables», que es como nuestro Código Civil cataloga al caso fortuito que exime de responsabilidad (art. 1.105), pero no parece que, en líneas generales, la aplicación de las pautas que la normativa civil establece en relación al incumplimiento de las obligaciones y a la responsabilidad del deudor pueda conducir a un resultado sensiblemente diferente del que se acaba de apuntar.

Por ello, no resulta exacta la afirmación de MUCIUS SCAEVOLA de que, mecánicamente, cuando la obligación indivisible mancomunada resulta incumplida, «todos los deudores responderán del valor de la cosa o servicios no prestados, pero sólo estarán tenidos a la indemnización los que se hayan conducido con culpa o negligencia», porque ello es así, no por aplicación natural de las reglas generales sobre el incumplimiento, sino precisamente porque existe un precepto específico que tal cosa dispone.

(17) MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, XIX, *op. cit.*, pág. 915.

Si no existiera el artículo 1.150 el resultado no sería el que predica MUCIUS SCAEVOLA, sino que habría que recurrir a los preceptos generales sobre la responsabilidad del deudor y a los específicos en materia de mancomunidad. De acuerdo a los primeros sería muy difícil deducir la participación de los deudores no culpables en la indemnización de los daños y perjuicios causados, ni siquiera a través de su escueta afección a sufragar *pro rata* el precio de la cosa o servicio debido. De acuerdo a los segundos, como es sabido, y la diferencia de lo que ocurre en la esfera de la solidaridad (art. 1.174) (18), la culpa de uno de los deudores mancomunados no se comunica a los restantes no culpables, y, en consecuencia, no tiene por qué alcanzar a éstos la obligación de sufragar «el precio y la indemnización de daños y abono de intereses» que afecta a aquél. Con lo que resulta que sería harto complejo deslizar en el campo de las obligaciones mancomunadas ese afecto que MUCIUS SCAEVOLA cree se produce con tanta naturalidad y generalidad.

Para eso está precisamente el artículo 1.150 del Código Civil. Tratándose de una obligación indivisible mancomunada, y como especificidad de la misma, ya que el régimen general del incumplimiento de las obligaciones conduciría (o podría conducir) a otras consecuencias, si por el dolo o la culpa de algunos de los deudores la prestación deviene imposible, todo lo que exceda del valor de ésta en el monto indemnizatorio será satisfecho en exclusiva por ellos, pero los no culpables participarán también proporcionalmente en el cubrimiento del *pretium rei*, algo que, no obstante el parecer contrario del clásico reseñado, no resultaría fácil justificar y defender en ausencia del precepto que se comenta.

En consecuencia, no parece que el artículo 1.150 del Código Civil sea una norma innecesaria, al menos en su segunda parte, ni tampoco que la doctrina que establece al respecto constituya mera «aplicación de las doctrinas generales sobre indemnización de daños y perjuicios», sino que reviste todos los caracteres de una pauta específica y singularizada en tema de obligaciones indivisibles mancomunadas.

6. LA «RESOLUCION» DEL ARTICULO 1.150 DEL CODIGO CIVIL

Quédanos tan sólo para terminar este estudio alguna consideración sobre los términos «se resuelve» del artículo 1.150, tal como anunciábamos páginas arriba. Ya se ha visto y se ha comentado *in extenso* que la utilización del verbo «resolver» por nuestro codificador no guarda relación alguna con la resolución contractual por incumplimiento propio, y que, por tanto, no

(18) CRISTÓBAL MONTES, *La estructura...*, op. cit., págs. 336 y ss.

existe manera válida de poner en relación dicho precepto con el mecanismo del artículo 1.124 del Código Civil, a pesar de que en el foro se manifieste con relativa frecuencia la tentación a servirse en base a aquel término de los recursos de la resolución contractual, tal como ocurre en el caso resuelto por la Sentencia de 10 de mayo de 1912, en el que la parte recurrente hizo valer a favor de la tesis de la resolución la dicción gramatical del «se resuelve» del artículo 1.150.

Se ha criticado también y rechazado el pensamiento de HERNÁNDEZ-GIL en el sentido de que en la esfera que nos ocupa «cualquier acto de incumplimiento, sin discriminar su entidad y bastando con que proceda de un deudor, determina la resolución, y los Tribunales no tienen la facultad de apreciar causas justificadas para conceder un plazo», criterio que coloca la regla del artículo 1.150 fuera de su esfera natural (el incumplimiento de las obligaciones indivisibles mancomunadas) y lo traslada a un campo que no tiene sentido ni justificación alguno en ese lugar del Código, aparte de que dicho pensamiento difícilmente cabe armonizarlo con la idea del mismo civilista de que «pese al aparente sentido literal del precepto, no parece que automáticamente se convierta (la obligación) en deber de indemnizar daños y perjuicios... (ya que) no hay razón para impedir al acreedor, si lo prefiere, que reclame judicialmente la ejecución en forma específica (19).

BERCOVITZ, al oponerse con razón a estas ideas, aduce que no parece que el legislador haya pensado precisamente en ellas al redactar el artículo 1.150, puesto que la redacción de la segunda fase indica que en principio no prevé la resolución, ya que de lo contrario los únicos que deberían la indemnización de daños y perjuicios serían los deudores que faltaron a su compromiso (20).

Desde luego que el codificador al plasmar el artículo 1.150 no tenía ni podía tener en mente la materia de la resolución contractual por incumplimiento, porque ni ése es el lugar adecuado, ni, caso de estimar que el solo empleo de la locución «se resuelve» de entrada a dicha figura, ello permitiría encajar el supuesto dentro de lo que se considera conformación normal de la misma (contrato bilateral, necesidad de instar la resolución, etc.); pero una cosa es esto y otra, singularmente diferente, considerar que la resolución resulta excluida porque la redacción del inciso segundo del precepto debería ser otra en caso contrario. No nos parece adecuado semejante razonamiento, ya que de la misma manera que cabría aducir, tal como él hace, que en el supuesto de resolución «los únicos que deberían la indemnización de daños y perjuicios serían los deudores que faltaron a su compromiso», podría sostenerse que también tendría que producirse semejante

(19) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, *op. cit.*, págs. 168-169.

(20) BERCOVITZ, *Comentarios*..., XV-2, *op. cit.*, pág. 415.

restricción subjetiva en el caso estricto de incumplimiento por imposibilidad de la prestación imputable a algunos de los deudores tan sólo, y, en consecuencia, a ellos únicamente también debería afectar la indemnización de daños y perjuicios sustitutoria, cuando no es eso precisamente lo que establece el artículo 1.150, y el mismo BERCOVITZ reconoce.

Pensamos que aparte de los argumentos esgrimidos para excluir del ámbito del artículo 1.150 del Código Civil cualquier referencia a la resolución contractual por incumplimiento, la misma se margina con absoluta naturalidad con tan sólo considerar que dicho mecanismo de ineficacia sobrevenida de los contratos está circunscrita por exigencia estructural y por expreso mandato legal (art. 1.124 CC) a las obligaciones recíprocas, mientras que si se aceptase que en aquel precepto opera también el aludido ingenio resolutorio, además de que se produciría *ope legis*, habría que admitir asimismo su juego, aun tratándose de obligaciones unilaterales, ya que es obvio que el artículo 1.150 comprende también esta variedad obligatoria; algo muy cercano a una *contradictio in adiecto*.

El «se resuelve», pues, del artículo 1.150 del Código Civil nada tiene que ver con la resolución de las obligaciones recíprocas contemplada en el artículo 1.124 *eiusdem*, lo que no obsta a que, dados los presupuestos y requisitos de la figura resolutoria, pueda también operar la misma si así lo desea el acreedor en el caso de incumplimiento de la obligación indivisible mancomunada previsto en el artículo 1.150; pero ésa es «otra historia». El precepto en cuestión dispone tan sólo que desde que por virtud de causa imputable a uno de los deudores resulta incumplida la obligación por imposibilidad sobrevenida de su prestación, dicha obligación «se convierte», «se transforma», «se cambia» o «se muta» («venir a parar una cosa en otra», según dicta el Diccionario de la Lengua).

7. ALCANCE SUBJETIVO DE LA OBLIGACION DIVISIBLE DE INDEMNIZAR EL DAÑO

La obligación divisible de resarcir el daño que viene a ocupar el puesto de la primigenia obligación indivisible mancomunada, efecto normal en todo caso de imposibilidad sobrevenida imputable al deudor (21), tendrá uno u otro alcance subjetivo, ya que, como acertadamente advierte BERCOVITZ, cuando acompañe a la resolución afectará únicamente al deudor o deudores que no estuvieran dispuestos a cumplir, mientras que cuando no acompañe a la resolución (porque ésta no es posible, o porque el acreedor prefiera el cumplimiento, o porque la obligación sea unilateral), entonces se

(21) GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milán 1959, pág. 159.

extenderá al precio de la cosa, que se prorrataará entre todos los deudores (22), aunque con las matizaciones y aun exclusiones que más arriba han quedado expuestas en relación a algunos de los supuestos contemplados por el referido civilista.

HERNÁNDEZ-GIL no ha captado estas circunstancias, pues aunque defiende, según hemos resaltado anteriormente, que no existe razón suficiente para impedir al acreedor, si lo prefiere, que reclame judicialmente la ejecución en forma específica, considera que, en cuanto dicha forma de ejecución puede presentar especiales dificultades cuando la obligación es indivisible y son varios los deudores, resulta justificado «que se facilite la acción resolutoria con la consiguiente indemnización, pero no hasta el punto de imponerlo así de modo necesario» (23).

La doble circunstancia de entender literal y acriticamente las expresiones del artículo 1.150 del Código Civil «desde que cualquiera de los deudores falta a su compromiso» y «se resuelve en indemnizar daños y perjuicios», conduce necesariamente al doble equívoco también de estimar que el acreedor burlado puede recurrir a la ejecución forzosa *in natura* (olvidando que la misma no es posible en cuanto, *ex definitione*, estamos ante un supuesto de incumplimiento de obligación por imposibilidad sobrevenida de la prestación) y de que la ley facilita la acción resolutoria (*sic*) con la consiguiente indemnización, cuando, según se ha visto, no hay ni podría haber genuina resolución contractual, no sólo porque faltan los presupuestos y requisitos de esta figura jurídica, sino, sobre todo, porque no se alcanza a ver la razón para poner en juego el recurso resolutorio, habida cuenta que en el campo que nos ocupa (obligaciones indivisibles mancomunadas incumplidas), el objetivo buscado (resarcimiento del acreedor perjudicado) puede lograrse sin complicación alguna a través de las pautas generales en materia de incumplimiento de las obligaciones.

Lo curioso es, empero, que HERNÁNDEZ-GIL, que complica innecesariamente las cosas en este punto y que, por injustificado tributo a la literalidad de la norma, pone a jugar la resolución contractual por incumplimiento en un ámbito donde carece por completo de sentido, llega a la resolución correcta a la hora de explicar el sistema de reparto de la indemnización sustitutoria contemplada en el artículo 1.150 del Código Civil.

En efecto, sobre la base de distinguir en dicha norma la circunstancia de la imputabilidad del incumplimiento a uno de los deudores y de la no imputabilidad a los demás, advierte el referido autor que a la subsiguiente indemnización totalmente reparadora, no cooperan de igual manera aquél y éstos, pues mientras los segundos sólo contribuyen con la parte proporcional

(22) BERCOVITZ, «Las obligaciones divisibles », *loc. cit.*, págs 571-572.

(23) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág 168.

del valor objetivo de la prestación, el primero, además de su parte proporcional del valor objetivo de la prestación, ha de satisfacer lo que corresponda hasta alcanzar la íntegra indemnización (24).

Ya se ha visto que en esto consiste la especificidad del incumplimiento en el caso de una obligación indivisible mancomunada, y ahí reside la justificación de una norma como la del artículo 1.150 que, fuera de ese aspecto, en nada se diferenciaría de las reglas generales (arts. 1.101 y siguientes del Código Civil) en sede de incumplimiento de las obligaciones; ahora bien, de lo que no se percata HERNÁNDEZ-GIL es de que si bien ya resulta un tanto difícil de explicar desde el estricto punto de vista dogmático de disimilitud de responsabilidad de unos y otros deudores, aun sin salirnos del campo de «la imputabilidad del incumplimiento a uno de los deudores y de la no imputabilidad a los demás», la materia deviene prácticamente ininteligible si se lo enfoca bajo el ángulo de la resolución contractual, ya que en esta esfera el punto de referencia aludido escasamente puede tener alguna trascendencia, porque la indemnización sustitutoria, que tiene papel trascendental y primario en tema de incumplimiento de obligaciones, sólo tiene un sentido adicional y secundario en el área de la resolución, ya que en el primer caso todo se orienta a consumir la relación obligatoria vulnerada, aunque sea por vía del reemplazo del contenido de su prestación, mientras en el segundo el objetivo supremo es el de la vuelta al *statu quo ante*, esto es, no a realizar la obligación por otra vía, sino a deshacer su vivencia y a no admitir su sustitución, por más que para conseguir este efecto haya que, en aras a la justicia, en algún caso poner a jugar el mecanismo indemnizatorio con finalidades estrictamente complementarias y contingentes.

Estamos, pues, ante un precepto, el artículo 1.150 del Código Civil, que establece un régimen jurídico peculiar en el ámbito del incumplimiento de las obligaciones indivisibles mancomunadas, peculiar en cuanto por su través no opera en este campo la pauta genérica de atribución de responsabilidad o no en función de la imputabilidad o inimputabilidad al deudor de la causa que ha provocado la imposibilidad de la prestación debida, sino que se admite que el deudor que se encuentre en esta segunda situación también llega a ser responsable *pro parte* del valor de la prestación; peculiar, asimismo, porque sancionada semejante responsabilidad excepcional, no se establece un sistema de vinculación resarcitoria igual para todos los afectados, pues mientras algunos de ellos cubrirán proporcionalmente la totalidad del monto indemnizatorio, otros no llegarán más allá de la contribución parciaria en «el precio de la cosa del servicio en que consistiere la obligación». La hipótesis, ya lo decíamos, no es de fácil explicación ni justifica-

(24) *Ibid*, págs. 169-170.

ción, porque el hecho de que la obligación plural tenga una prestación indivisible no constituye basamento suficiente para arribar a un tratamiento tan irregular en caso de incumplimiento de la misma.

Claro que el punto todavía se torna más oscuro si se pretende, como algunos lo intentan, que no estamos en presencia de un genuino incumplimiento, sino tan sólo ante la mera negativa de algún deudor a proceder al cumplimiento espontáneo del vínculo, ya que en este caso no se alcanza a ver cómo podría encajar en el marco de la indemnización de los daños y perjuicios sustitutoria la afección patrimonial de los deudores que «hubiesen estado dispuestos a cumplir», ni aun siquiera circunscrita a su participación en el *pretium rei*, ya que éste también forma parte del monto resarcitorio.

8. EL PRETENDIDO CARACTER FACULTATIVO DEL REGIMEN DEL ARTICULO 1.150 DEL CODIGO CIVIL

BERCOVITZ ha planteado, finalmente, que acogerse al régimen que se está considerando es una facultad que el ordenamiento brinda al acreedor, pero a la que éste puede renunciar, ya que si existe alguna posibilidad de cumplimiento parcial de la deuda, aunque ésta no sea divisible en sentido propio, y el acreedor está dispuesto a aceptarla, reservándose las acciones pertinentes frente a los deudores incumplidores, los deudores que estuviesen dispuestos a cumplir no tendrán posibilidad de oponerse a dicha exigencia por parte del acreedor, pretendiendo recurrir a imponer la indemnización de daños y perjuicios prevista en el artículo 1.150 del Código Civil; en su sentir, la interpretación del régimen legal de la deuda indivisible debe ser realizada, en el mismo sentido del artículo 1.169 del Código Civil, como una facultad del acreedor (25).

Causa, por lo menos, sorpresa esta conclusión de BERCOVITZ, después de los juicios, en línea general atinados, que vierte sobre la materia en estudio y que ya hemos considerado anteriormente. Pretender encontrar un paralelismo entre los artículos 1.150 y 1.169 del Código Civil es tarea imposible, porque el primero se refiere a las obligaciones indivisibles y el segundo a las divisibles, y en razón de que mientras aquél atiende al cumplimiento de los vínculos obligatorios, éste se formula en relación al incumplimiento de los mismos; y ello aun dejando a un lado que el artículo 1.169 no tiene por qué plantearse fuera de las obligaciones simples, y el artículo 1.150, en cambio, opera necesariamente en las obligaciones plurales. BERCOVITZ arruina buena parte de su construcción al admitir que en la hipótesis del artículo 1.150 del Código Civil el acreedor puede, si existe alguna posibilidad de

(25) BERCOVITZ, *Comentarios.*, XV-2, *op. cit.*, pág. 417.

cumplimiento parcial de la deuda, reclamar ésta y reservarse las correspondientes acciones frente a los deudores incumplidores, porque no advierte los obstáculos insuperables que se opone a una formulación semejante, aparte de que no se alcanza a ver su utilidad.

En primer lugar, no cabe hablar de obligación indivisible y de cumplimiento parcial en relación a una misma realidad, porque ello constituye una imposibilidad y un contrasentido, habida cuenta que la obligación indivisible se define, precisamente, como aquélla que por naturaleza o convenio no admite cumplimiento parcial.

En segundo término, como con reiteración se ha señalado, pese a la letra de la ley, no cabe entender el precepto como un supuesto en el que unos deudores están dispuestos a cumplir y otros no, siendo posible la prestación, porque el mismo no tiene que ver nada con el estricto incumplimiento obligacional, al que la norma se contrae, y porque en aquella situación cabe la ejecución forzosa en forma específica, que en ningún caso es opcional en relación a la indemnización de daños y perjuicios sustitutorios.

Y, finalmente, resultaría la extraña situación de una obligación parcialmente cumplida y parcialmente incumplida, con unos deudores realizando el vínculo *in natura* y otros *in genere*, sin querer advertir que cuando se contempla la posibilidad del cumplimiento parcial de una obligación se está admitiendo también el hecho de que la misma vaya a ser ejecutada en su totalidad, ya que, obviamente, una relación obligatoria no puede resultar a un tiempo cumplida e incumplida, y sin percibir tampoco que si el acreedor pudiera actuar en la hipótesis del artículo 1.150 de la manera que pretende BERCOVITZ no se acabaría de entender a título de que aquél podría reservarse «las acciones pertinentes frente a los deudores incumplidores» ya que no hay *stricto sensu*, inexecución del vínculo obligatorio y, por ende, tampoco indemnización de daños y perjuicios.

ANGEL CRISTÓBAL MONTES
Catedrático de Derecho civil
de la Universidad de Zaragoza

El régimen preferencial en materia de extranjería y los nacionales iberoamericanos

SUMARIO: 1. LOS IBEROAMERICANOS Y EL DERECHO DE EXTRANJERIA: A) INTRODUCCIÓN Y APUNTE HISTÓRICO SOBRE LA MATERIA.—2. LOS IBEROAMERICANOS Y LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE EXTRANJERIA: A) IDEA GENERAL. B) LOS IBEROAMERICANOS Y LA NUEVA NORMATIVA SOBRE EXTRANJERIA. C) LOS IBEROAMERICANOS A LA LUZ DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES QUE LES AFECTAN: a) Idea general; b) Interpretación doctrinal de los sendos artículos 7 de los Convenios de doble nacionalidad celebrados por España con Chile, Perú y Ecuador: aa) Idea general; ab) Posición de la jurisprudencia al respecto: a'a) Introducción; a'b) Relación de sentencias del TS con incidencia en este orden de cuestiones: a'a'a) Afectantes a los chilenos; a'a'b) Afectantes a los peruanos.—3. RECOPIACION DE LAS CLAVES JURISPRUDENCIALES *AD HOC*.—4. REPERCUSIONES DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EN ESTE ORDEN DE COSAS.

1. LOS IBEROAMERICANOS Y EL DERECHO DE EXTRANJERIA

A) INTRODUCCIÓN Y APUNTE HISTÓRICO SOBRE LA MATERIA

Tradicionalmente, el punto alusivo al posicionamiento de los iberoamericanos en cuanto extranjeros a ubicar (o ya previamente ubicados) en nuestro país ha suscitado en las áreas de jurisprudencia (y doctrinales) españolas, considerable inquietud, materializándose la misma en la convergencia de planteamientos retóricos sumamente progresivos en su senda concepción con muy cicateras —por no calificarlas de cutres— soluciones normativas *ad casum*, y aún cuando éstas se han vertebrado oportunamente, la Administración encargada de aplicar las mismas ha procurado por todos los medios deslavar sus más depuradas esencias liberalizadoras, provocando esta forzada coexistencia considerables dosis de esquizofrenia inter-

pretativa, siendo buena muestra de ello lo que supuso la entrada en juego de la Ley 118/1969, de 30 de diciembre, y su Orden de desarrollo de 15 de enero de 1970, disposiciones de talante progresista que eximieron expresamente a los hispanoamericanos (junto con otros extranjeros que no vienen ahora al caso) de la obligación de proveerse del permiso de trabajo cuya necesidad general, es decir, en relación con el resto de extranjeros comunes o no privilegiados imponían las normas con incidencia en este factum (Decreto 1870/1968, de 27 de julio, Real Decreto 1874/1978, Real Decreto 1031/1980).

Pues bien, a pesar de lo claro que resultaba el apremio exonerador de la Ley 118/1969 y de su meritada Orden de ejecución, la Administración policial se empecinó —y ello con evidente acierto y obstinación— en someter a los hispanoamericanos al régimen normativo ordinario, exigiéndoles la previa obtención del permiso de trabajo para poder conferirles con ulterioridad el imprescindible permiso de residencia (del que no estaban ciertamente dispensados según la preceptiva que acabamos de ameritar) por lo que por tal torticera y sinuosa vía —rayana en el fraude de ley— a los extranjeros debidamente amparados por el régimen de excepción diseñado por la Ley 118/1969, se les desconocía el régimen de favor que tal conjunto ordinamental les reconocía expresamente.

Por mi parte, y al abordar en la primera edición de mi libro «Estudios sobre extranjería», esta temática ya puse de relieve lo anómalo del procedimiento policial seguido al efecto y el hecho de que el mismo era constantemente desautorizado en sede jurisdiccional apuntando literalmente en la página 184 de tal obra que:

«Es cierto que unánimemente el Tribunal Supremo, llamado a resolver los pertinentes recursos en la materia, fallaba reconociendo la vigencia sin tacha de la normativa peculiar aludida, pero ello era como arrojar cucharadas de agua en el mar, por cuanto que la Administración mantuvo su criterio a ultranza, basándose en normas de régimen interior y en el Decreto 1874/1978 (no derogatorio de la Orden antes mencionada) hasta la Resolución conjunta del Ministerio de Trabajo e Interior de 27 de mayo de 1983, que dio nueva redacción a la Instrucción 31, de las dictadas en desarrollo del último Real Decreto mencionado, disponiendo literalmente que “los trabajadores hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos, amparados por la Ley 118/1969, de 30 de diciembre, quedan exentos de la sujeción a las normas y requisitos que para la colocación de los trabajadores extranjeros en España establece el Real Decreto 1870/1968, de 27 de julio, y el Real Decreto 1031/1980, de 3 de mayo. En consecuencia, y de conformidad con lo dispuesto en la indicada OM de 15 de enero de 1970, las empresas que empleen a trabajadores de las referidas nacionali-

dades vienen obligadas a efectos estadísticos y de control y antes de que el trabajador inicie su actividad laboral a registrar tales contrataciones en la Dirección Provincial de Trabajo y SS correspondiente que expedirá a los trabajadores extranjeros de referencia, un justificante de su inscripción en el Registro. Dicho justificante, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24 del Decreto 522/1974, de 14 de febrero, deberá ser presentado en las Jefaturas Superiores o Comisarías Provinciales de Policía para la obtención de la correspondiente autorización de residencia o permiso de permanencia”».

Con independencia del régimen de favor que suponía la no necesidad de la obtención del consiguiente permiso de trabajo (credencial, en definitiva, que supone, *per se*, la instrumentación en estas áreas de una evidente —y genuina— desequiparación entre los nacionales y extranjeros) los iberoamericanos eran tenidos en cuenta por determinados Instrumentos internacionales que concertados por España con sus respectivos países atenían en mayor o menor medida a cuestiones relacionadas con la extranjería, Instrumentos que si bien no eran propios Convenios de Establecimiento, sí que acreditan en todas o algunas de sus disposiciones un evidente protagonismo en estas áreas, convenios que con AURELIA ALVAREZ RODRÍGUEZ (una de las mejores especialistas españolas en temas sobre extranjería y nacionalidad) podemos diversificar en: a) Convenios sobre supresión de visados; b) Convenios culturales, y c) Otros convenios.

Por lo tocante a los primeros, su objetivo prioritario consiste en facilitar la entrada «turística» en los respectivos países de los nacionales de aquellos Estados que los hayan suscrito, permitiéndoles así una permanencia en nuestro país sin visado consular de hasta noventa días, siempre que la misma no se utilice con finalidades distintas a las indicadas turísticas y teniendo además en cuenta que las otras pretensiones residenciales de los extranjeros concernidos deberán ser destinatarias del correspondiente visado singularizado, facilidad y restricción operativas que emerge de cada uno de los Instrumentos convenidos *ad hoc* y que son aquellos a los que alude la citada autora en su trabajo titulado «Régimen jurídico de algunos iberoamericanos en el ordenamiento español», publicado en la revista jurídica *La Ley* de 30 de noviembre de 1990 (a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia [Sala de lo Contencioso-Administrativo] de Asturias de 7 de noviembre de 1989), ensayo en el que efectúa una acabada pormenorización de los mismos, señalando a pie de página, y con referencia al texto «Legislación básica sobre extranjeros», 2.^a edición. Madrid. Tecnos, 1989, págs. 303-412 (en el que la misma colabora) que:

«Concretamente, a partir de 1959 se inició una política de supresión de visados con los países iberoamericanos: *vid.*, Canje de notas de 14 de abril

de 1959, sobre supresión de visados entre España y Perú; canje de notas de 22 y 25 de abril de 1959, sobre supresión de visados entre España y Chile; canje de notas de 25 de junio de 1959, sobre supresión de visados entre España y Uruguay; canje de notas de 18 de noviembre de 1959, sobre supresión de visados entre España y El Salvador; canje de notas de 8 de julio de 1960, sobre supresión de visados entre España y la República Argentina; canje de notas de 26 de mayo de 1961, sobre supresión de visados entre España y Honduras; canje de notas de 18 de diciembre de 1961, sobre supresión de visados entre España y Uruguay; canje de notas de 26 de marzo de 1962, sobre supresión de visados entre España y Bolivia; canje de notas de 30 de octubre de 1963, sobre supresión de visados entre España y Ecuador; canje de notas de 12 de agosto de 1965, sobre supresión de visados entre España y Brasil; canje de notas de 18 de noviembre de 1965, sobre supresión de visados entre España y Panamá; canje de notas de 6 y 9 de diciembre de 1965, constitutivo de Acuerdo sobre supresión de visados de los pasaportes diplomáticos y de servicio entre España y Panamá; canje de notas de 30 de abril de 1966, sobre supresión de visados entre España y Costa Rica; canje de notas de 27 de septiembre de 1966, sobre supresión de visados entre España y la República Dominicana; canje de notas de 16 de octubre de 1968, sobre supresión de visados entre España y Guatemala; canje de notas hispano-guatemalteco, por el que se acuerda la supresión de visados para los nacionales de los dos países que posean pasaportes diplomáticos, de 15 de noviembre de 1971; canje de notas hispano-venezolano, constitutivo de Acuerdo, de 16 de febrero de 1973, relativo a la concesión de visados de cortesía a empresarios y técnicos que promuevan la creación de vínculos económicos entre ambos países; canje de notas, constitutivo de Acuerdo, sobre supresión de visados entre España y México, de 14 de octubre de 1977».

Este es el ciertamente abarrotado bloque de Acuerdos sobre supresión de visados que se hallaba ya en plena vigencia en el momento de la promulgación de la LOE, acuerdos, por otra parte, que mantienen el importante común denominador antes expuesto, es decir, el de que su virtualidad se constriñe a autorizar una pura estancia turística, cordón umbilical entre todos ellos que queda perfectamente quintaesenciado en lo que sobre el particular postula el que inició la tupida saga de los mismos, es decir, el convenido con Perú el 14 de abril de 1959 (publicado en el *BOE* de 24 de junio de 1982), Instrumento (actualmente en suspensión temporal en virtud de la reciente decisión publicada en el *BOE* de 13 de febrero de 1992) que acredita como claves de bóveda esenciales lo postulado al efecto por sus apartados 2 («Los ciudadanos peruanos, sea cual fuere el lugar de su residencia, provistos de pasaporte válido expedido por las autoridades compe-

tentes de su país, podrán entrar y permanecer en España sin necesidad de visado consular, por período no superior a tres meses»); 3 («En el caso de que esas personas hubieran entrado en el país del que son extranjeros sin visado y desearan prolongar su estancia más de los tres meses, deberán solicitar el permiso correspondiente de las autoridades del país en que se hallen, autorización que las referidas autoridades podrán conceder o no»); 4 («Las formalidades del visado consular es necesaria para los españoles y peruanos que entren respectivamente en territorio peruano y español para una estancia superior a tres meses, o con el ánimo de establecer allí su residencia o dedicarse al ejercicio de una profesión remunerada o no. El visado consular será gratuito»); 5 («Los súbditos de ambos países contratantes, provistos o no de visado consular, quedan sujetos, desde el momento de su entrada en el territorio del otro país, a las leyes, reglamentos y demás disposiciones locales que afecten a los extranjeros»), y 6 («Las autoridades competentes de cada uno de los dos países se reservarán el derecho de rechazar la entrada o estancia en el respectivo territorio de las personas que consideran indeseables»).

Queda, pues, clara la filosofía esencial del meritado Instrumento (que constituyó el ejemplo a seguir para los restantes) encarnada en la concesión ecuménica a la generalidad de los peruanos de una especie de visado universal para entrar en España con finalidades estrictamente turísticas (y ello siempre que la visita proyectada no rebase el límite cronológico de los tres meses a contar desde el día de la entrada), sin que tal posibilidad pueda conjugarse cuando la referida entrada conduzca a una ulterior estancia de más larga duración o cuando esta última constituya el soporte de una permanencia residencial (laboral o no) y siempre teniendo en cuenta que el ingreso efectivo podrá obstaculizarse en la hipótesis descrita en el apartado 6 antes dicho.

Continuando con este debate, y ya en relación con otra de las categorías instrumentales antes dichas, o sea, con los Convenios Culturales, podemos proceder a su conceptualización poniendo de manifiesto que los mismos se ocupan en establecer reglas acerca de la homologación y validez profesional de aquellos títulos que, expedidos de conformidad con sistemas educacionales adventicios, van a servir de respaldo para una ulterior actuación profesional de su titular en nuestro país, convenios, pues, de limitados objetivos a los que alude del propio modo la autora antes citada, que, en su meritado trabajo, y asimismo en nota a pie de página, señala literalmente que:

«A modo de ejemplo, por ser los más utilizados por la jurisprudencia española, *vid.*, el Convenio Cultural entre España y Argentina, de 23 de marzo de 1971 (BOE 3-4-73); Convenio con la República Dominicana, de

25 de enero de 1953 y 19 de noviembre de 1953 (*ibid*, 1-12-53); Convenio Cultural entre España y Colombia, de 11 de abril de 1953 (*ibid*, 12-1-65); Convenio Cultural entre España y Bolivia, de 4 de septiembre de 1903 (*Gaceta* 11-10-10); Convenio Cultural entre España y Uruguay, de 13 de febrero de 1964 (*ibid*, 24-10-70); Convenio Cultural entre España y Chile, de 18 de diciembre de 1967 (*ibid*, 11-7-69); Convenio Cultural entre España y Perú, de 30 de junio de 1971 (*BOE* 22-11-77). Las características del régimen de reconocimiento contenido en estos instrumentos han sido abordadas en numerosas ocasiones (*vid.*, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, "El acceso de los extranjeros al ejercicio de la profesión", en *Profesiones técnicas y Derecho*. Oviedo 1985, págs. 94-96; A. ALVAREZ RODRÍGUEZ, "Validez profesional de los títulos académicos obtenidos por los extranjeros en España", en *La Ley*, 1988-3, págs. 759-768; P. P. MIRALLES SANGRO, "Homologación de títulos latinoamericanos de odontólogo: contexto normativo y jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *REDA*, número 61, 1989, págs. 72-73».

Prosiguiendo con el hilo de este discurso, y ya en delimitada atinencia al último bloque de Instrumentos con influencia sobre el sector de la extranjería, es decir, sobre aquellos que vienen a cerrar el círculo de posibilidades al efecto, tengo que puntualizar que estos presentan características de marcada especialidad porque, o bien son muy antiguos y de contenido diverso (cual es el caso de los concertados bajo el apelativo genérico de Tratados de Reconocimiento, Paz y Amistad con Argentina, Bolivia y Uruguay con motivo del proceso descolonizador) o bien, se orientan prioritariamente a la regulación de ciertas manifestaciones de la policiudadanía convencional, incluyéndose dentro de esta concreta hipótesis finalista todo el rimero de Tratados de doble nacionalidad suscritos por España en base al que fue el artículo 22 del CC en la redacción aportada al mismo por la Ley de 15 de julio de 1954, Instrumentos que son, en suma, los Convenios celebrados con Chile, el 24 de mayo de 1958 (*BOE* del 14-11-58), complementado con el canje de notas de 23 de junio de 1958 (*BOE* del 14-11-58), con Perú, el 16 de mayo de 1959 (*BOE* del 19-4-60), con Paraguay, el 24 de junio de 1959 (*BOE* del 19-4-60), con Guatemala, el 28 de julio de 1961 (*BOE* del 10-3-62), con Nicaragua, el 25 de julio de 1961 (*BOE* del 2-5-62), con Bolivia, el 12 de octubre de 1961 (*BOE* del 14-4-64), con Ecuador, el 4 de marzo de 1964 (*BOE* del 13-1-65), con Costa Rica, el 8 de junio de 1964 (*BOE* del 25-6-65), con Honduras, el 15 de junio de 1966 (*BOE* del 18-5-67), con la República Dominicana, el 15 de marzo de 1968 (*BOE* del 8-2-69) y con la República Argentina, el 14 de abril de 1969 (*BOE* del 2-10-71).

Todo este paquete de Instrumentos internacionales orientados primordialmente a ofrecer virtualidad, siempre de forma relativa, a la polipatridia

convencional no agotan su contenido en tal objetivo (que ciertamente es el básico) sino que asumiendo determinados matices propios de los Convenios de establecimiento (característica que fue inicialmente resaltada por A. MARÍN LÓPEZ en su ensayo titulado «La doble nacionalidad en los Tratados suscritos por España con las Repúblicas Americanas», en *ADI*, vol. VI, 1982, pág. 230), también se aplican —excepto en los casos de Guatemala y Paraguay— a los nacionales de los países signatarios en cuanto extranjeros puros y duros, es decir, no arropados de la potencial condición de doblenacionales, ocurriendo ello en relación con el tema del ejercicio por parte de los mismos del caudal de posibilidades que les es ofertado por el tenor de tales Tratados y ello de una forma dual, constituyéndose en portaestandartes de tales formas de entender la cuestión los sendos artículos 7 de los Convenios de Chile y Nicaragua, señalando la literalidad del primero (reproducido en su integridad por los Convenios de Perú y Ecuador) que:

«1. Los españoles en Chile y los chilenos en España que no estuvieran acogidos a los beneficios que les concede este Convenio continuarán disfrutando los derechos y ventajas que les otorguen las legislaciones chilena y española, respectivamente.

2. En consecuencia, podrán especialmente: viajar y residir en los territorios respectivos, establecerse donde quieran que lo juzguen conveniente para sus intereses, adquirir y poseer toda clase de bienes muebles e inmuebles; ejercer todo género de industria, comerciar tanto al por menor como al por mayor; ejercer oficios y profesiones gozando de protección laboral y de seguridad social, y tener acceso a las autoridades de toda índole y a los Tribunales de Justicia, todo ello en las mismas condiciones que los nacionales.

3. El ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejerciten».

Por su parte, y desde luego de forma menos prolija, el artículo 7 del Convenio con Nicaragua (que inspiró la literalidad de los respectivos artículos 7 de los Convenios de Costa Rica, Honduras, de la República Dominicana, del 6 del Convenio con Argentina y del 8 del celebrado con Colombia, todos ellos relativos a la misma problemática) apunta al respecto que:

«Los españoles en Nicaragua y los nicaragüenses en España que no estuvieren acogidos a los beneficios que les concede este Convenio, continuarán disfrutando de los derechos y ventajas que les otorguen las legislaciones nicaragüense y española.

Tal es el díptico preceptual a tener en cuenta en punto a una adecuada

comprensión de esta temática, dualidad ordinamental que con motivo de su reciente aplicación por parte del orden jurisdiccional español ha merecido una acrecida atención en el día de hoy como consecuencia de lo que postula al respecto el artículo 3 (“Lo dispuesto en la presente Ley se entenderá en todo caso sin perjuicio de lo establecido en las leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que sea parte España”) de la LOE, y en el artículo único (“Se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España que a continuación se inserta. 2. De conformidad con lo dispuesto en la citada Ley Orgánica, las normas del reglamento de ejecución de la misma se entenderán sin perjuicio de lo establecido en las Leyes especiales y en los tratados internacionales en que sea parte España. 3. Concretamente, las normas del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, se interpretarán y aplicarán sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados constitutivos y reguladores de las Comunidades Europeas y en sus modificaciones, así como en el derecho derivado de los mismos y en el Real Decreto 1099/1986, de 26 de mayo, sobre entrada, permanencia y trabajo en España de ciudadanos de Estados miembros de las Comunidades Europeas. 4. Las normas contenidas en el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, tendrán carácter supletorio de dichas normas y únicamente serán aplicables a los supuestos contemplados en los aludidos regímenes, en la medida en que no se opongan a estos”) del Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprobó el Reglamento de ejecución de la LOE».

En base a esta exclusión, pregonada por los textos normativos generales sobre la extranjería, la cuestión planteable «ad casum» se centra en saber si todo el bloque de Instrumentos internacionales relacionado integra, lo que podríamos considerar como un propio ordenamiento sectorial de esta temática, pregunta que formulada en relación con la disciplina de los visados y la homologación de títulos no puede sino ser afirmativa, pero que suscita severos interrogantes en todo lo atinente al significado de los artículos 7 antes transcritos, pregunta, por otra parte, que puede ser reformulada de la guisa con que lo hace AURELIA ALVAREZ RODRÍGUEZ, autora que al enfocar su pulido espéculo interpretativo sobre los meritados preceptos (en su antes indicado ensayo) apunta literalmente que «La utilización del artículo 7 del Convenio hispano-chileno a unos chilenos no acogidos al sistema de doble nacionalidad, nos lleva a preguntarnos: Gozan de algún régimen especial los nacionales de esos países iberoamericanos con los que España se halla vinculada por un convenio de doble nacionalidad (los chilenos, peruanos, paraguayos, guatemaltecos, nicaragüenses, bolivianos, ecuatorianos, costarricenses, hondureños, dominicanos, argentinos y colombianos), no acogi-

dos —porque no pueden o no lo desean— a las disposiciones convencionales».

Esta es la pregunta clave, cuya respuesta intentaremos ofrecer en el curso de este ensayo, en el que vamos también a referirnos a la positividad normativa que el hecho diferencial iberoamericano recibe de la ordinamentabilidad general sobre la extranjería, tema que examinaremos a la luz de la vigente preceptiva y de su interpretación doctrinal y jurisprudencial.

2. LOS IBEROAMERICANOS Y LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE LA EXTRANJERIA

A) Idea general

Vamos a contemplar esta problemática, primero, desde las estrategias preceptuales contenidas en la LOE (y su Reglamento de ejecución) y después, desde la interpretación que nos merecen los sendos artículos 7 de los Convenios de doble nacionalidad con Chile y Nicaragua, analizando ambas vertientes desde posiciones doctrinales y jurisprudenciales y siempre teniendo en cuenta lo que apuntamos con anterioridad acerca de los convenios sobre supresión de visados (*).

B) Los iberoamericanos y la nueva normativa sobre extranjería española

La vigente LOE, Ley Orgánica, no lo olvidemos, de desarrollo del artículo 13 CE, inicia su andadura reproduciendo el clásico esquema operacional en este orden de cosas, es decir, ocupándose dualmente de los iberoamericanos, haciéndolo por un lado (a base de composiciones semánticas de enorme grandilocuencia), en su Preámbulo («La Ley pretende, además, favorecer la integración de los extranjeros en la sociedad española. Si una Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros no es lugar adecuado para plantear el tema de la adquisición de la nacionalidad, sí lo es, en cambio, para favorecer aquellos supuestos en que sea presumible un mayor grado de adaptación a la vida española. Circunstancias como el nacimiento en España, el parentesco o el tiempo de permanencia merecen una consideración preferente para la obtención de los permisos respecto de otras situaciones de extranjería más ocasionales. Dentro de esta línea me-

(*) Este Real Decreto ha sido sustituido por el también Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas

rece destacarse la preocupación de la Ley por un tratamiento preferencial en favor de iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos, sefardíes y de los originarios de la ciudad de Gibraltar, por darse en ellos los supuestos de identidad o afinidad cultural que les hace acreedores a esta consideración», y por otro, en su concreta preceptiva, y ello con el alcance que a continuación vamos a ver.

Lo único que queda claro de la porción preambular que acabamos de literalizar es que la LOE prevé una serie de hipótesis en las que la fenomenología conectada con la ubicación de determinadas categorías de extranjeros en nuestro país se burla, aunque sólo en alguna de sus vertientes, del régimen que podríamos calificar de común, previsión que se hace a base de pormenorizar un rosario —bastante inconsutil en su conformación— de supuestos objetivos (nacimiento en España, parentesco con españoles o extranjeros residentes, tiempo de permanencia) y subjetivos (circunstancia que se positiva a base de enumerar una abigarrada serie de nacionalidades foráneas que por diversas razones deben merecer algún tipo de trato preferencial, incluyéndose entre las mismas la de los iberoamericanos).

Concretando normativamente lo postulado por el preámbulo (en los términos que acabamos de literalizar) la LOE sienta en su artículo 18 las directrices generales sobre la obtención y renovación de aquellas credenciales administrativas cuya oportuna tenencia convierte al extranjero sito en España en «legal» y la serie de supuestos que, en virtud de su propia mismidad, deben merecer una respuesta administrativa incentivadora, señalando literalmente al efecto que:

«1. Para la concesión y renovación del permiso de trabajo se apreciarán las siguientes circunstancias:

a) La existencia de trabajadores españoles en paro en la actividad que se proponga desempeñar el solicitante.

b) La existencia o escasez de mano de obra española en la actividad o profesión y zona geográfica en que se pretenda trabajar.

c) El régimen de reciprocidad en el país de origen del extranjero.

2. Cuando el permiso sea para trabajar por cuenta propia, se valorará favorablemente el hecho de que su concesión implique la creación de nuevos puestos de trabajo para españoles o signifique la inversión o aportación de bienes susceptibles de promover el empleo nacional o mejorar las condiciones en que se preste».

Tal es, pues, el marco normativo general acerca del eventual trabajo (por cuenta propia o ajena) a desplegar, en su caso, por los extranjeros en España, trabajo, por lo tanto, que será impedido en todos aquellos supuestos en los que se conciten (o dejen de concitarse) los condicionantes a los que

alude el precepto en cuestión (texto, por otra parte, que ha merecido la correspondiente cobertura reglamentaria a través de los artículos 30 y siguientes del Reglamento de ejecución de la LOE, disposiciones cuya glosa no viene ahora a cuento).

Tras vertebrarse de esta guisa el marco normativo general sobre la materia, favorecedor o bloqueador en suma de las pretensiones laborales de los extranjeros «comunes», el propio artículo 18 LOE instrumenta un cuadro preferencial sobre el particular, señalando al efecto, literalmente, que:

«Tendrán preferencia para la obtención y, en su caso, renovación del permiso de trabajo, los extranjeros que acrediten hallarse en cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Que hayan nacido y se encuentren legalmente en España.
- b) Que se hallen casados con español o española y no estén separados de hecho o de derecho.
- c) Que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española.
- d) Que hubieran tenido la nacionalidad de origen y deseen residir en España.
- e) Que sean descendientes de extranjeros que, habiendo tenido de origen la nacionalidad española, residan en España.
- f) Que se trate de iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos o sefardíes.
- g) Las personas originarias de la ciudad de Gibraltar, respecto de las actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta ajena.
- h) Que se encuentren ligados por parentesco de primer grado con el empresario que les contrate.
- i) Que se trate de puestos de trabajo de confianza, entendiendo por tales:
 - Los de aquellos que legalmente ejercen la representación de la empresa.
 - Los de aquellas personas a cuyo favor se hubiera extendido un poder general.
- j) Que sean residentes en España durante los últimos cinco años.
- k) Que se trate del cónyuge o hijo de un extranjero que tenga permiso de trabajo.
- l) Que se trate del titular de un permiso de trabajo que pretenda su renovación, excepto en los trabajos de temporada o corta duración.
- ll) Los que realicen labores de montaje o reparación de maquinaria o equipo importados.

- m) Los trabajadores necesarios para el montaje y puesta en marcha de una empresa extranjera que se traslade total o parcialmente a España.

3. Igualmente tendrán preferencia a efectos de la renovación del permiso de trabajo durante un año, aquellos que hubieren gozado de la condición de asilado y que hubieran perdido su condición de tales por el cambio de circunstancias políticas en su país de origen».

Por su parte, el artículo 19 de la LOE, en su apartado 3, señala en relación con esta materia que:

«Reglamentariamente se determinarán los plazos de vigencia de los permisos de trabajo y de sus renovaciones, así como el alcance de las preferencias que deban otorgarse según lo establecido en el artículo anterior.

Pues bien, en base a estos pronunciamientos normativos —y también en méritos al concreto apoderamiento efectuado en beneficio del Ejecutivo por el artículo 19.3 de la LOE, que acabamos de transcribir— el Reglamento de ejecución de dicho texto legal se encargó de ofrecer sustancia al más que impreciso esquema preferencial antes aludido, procediendo a su concreta encarnación, por lo tocante a los iberoamericanos, a través de dos preceptos, que son, por un lado, el artículo 21, disposición que al reglamentar las diferentes clases de permisos de residencia no lucrativos, operativos en la sede de la extranjería, previó hasta tres modalidades, siendo los integrantes de una de ellas —la de los especiales, caracterizados por un superior plazo de vigencia— discernibles a aquellos no nacionales que como postula el apartado c) de dicho artículo “acrediten su permanencia, legal y de forma continuada, durante más de dos años y reúnan alguna de las siguientes condiciones... Que se trate de iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos o sefardíes”».

Por su parte, y en directa conexión con el cauce discernitivo de los permisos de trabajo, el artículo 39 de dicho Reglamento, al disciplinar el de la categoría C (válido para trabajar en cualquier actividad y ámbito geográfico español) establece una reducción del plazo normal de tenencia de otros permisos anteriores (de distinta categoría) en determinadas hipótesis, entre las que se incluyen aquéllas que afecten a los nacionales latinoamericanos a los que nos estamos refiriendo constantemente, señalando «ad litteris» tal precepto que «El período de trabajo exigido en el apartado a) de este artículo (el de cinco años) se reducirá a dos años en los casos siguientes: a) Nacionales de países iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos o personas de origen sefardí debidamente acreditado».

Haciendo uso, asimismo, del cheque en blanco que le fue otorgado al efecto por el antes transcrito artículo 19.3 de la LOE (otorgamiento, por otra parte, innecesario en base a lo prescrito por el artículo 97 CE y legislación de desarrollo) el hacedor del RLOE se encarga de introducir en su artículo 9 dos órdenes de cuestiones: uno, relativo a una eventual mutación ulterior del sistema preferencial explicitado y el otro, a la conceptualización del criterio de reciprocidad inserto en esta problemática por el antes literalizado artículo 18.1 LOE, señalando taxativamente al efecto que:

«Modificación del alcance de las preferencias.—1. No obstante, lo determinado en artículos anteriores, el alcance de las preferencias que en los mismos se establecen podrá ser modificado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social cuando, a juicio de éste, la situación nacional de empleo así lo aconseje o si los españoles no fueren objeto de un trato de reciprocidad en el país de origen del extranjero para el que se solicita el Permiso de Trabajo.

A efectos del presente Reglamento, la reciprocidad se entenderá y aplicará como resultado del conjunto de disposiciones limitativas o favorables a que los españoles sean sometidos en otros países, tanto para permitir o no su inmigración como para ejercer su derecho de trabajo».

Vemos, pues, lo entero del esquema preferencial que afecta a los extranjeros iberoamericanos, ya que los beneficios normativos que se les confiere por los artículos supratranscritos sólo merecen el calificativo de marginales, siendo así que resulta imposible llegar a los mismos sin superar una serie de barreras y trabas burocráticas para cuyo franqueo no se acredita ventaja alguna.

En realidad, los dos únicos privilegios efectivos que resultan esgrimibles en estas áreas hacen referencia a la eventual dispensa gubernativa del, en principio, indispensable visado consular de residencia (discernible por las representaciones diplomáticas u Oficinas Consulares españolas dentro de cuya demarcación resida el extranjero en cuestión, ex art. 8.4 del RLOE) y a la posibilidad de conseguir el permiso de trabajo sin consideración a la situación nacional de empleo.

Por lo tocante a las fuentes normativas del primero de los privilegios dichos, tengo que poner de relieve que las mismas son aquéllas que han venido a aportar predictibilidad a lo que sobre el particular se postula desde ópticas muy generales, por el apartado 4 del artículo 12 («El Ministerio del Interior podrá autorizar la entrada, tránsito o permanencia en territorio español a los extranjeros con documentación defectuosa o incluso sin ella, o que no hubieren entrado por los puestos habilitados a tal efecto, siempre que medie causa suficiente, pudiéndose adoptar en tales supuestos las

medidas cautelares precisas. También podrán adoptarse en el caso de los extranjeros en tránsito, aun cuando posean documentación regular») de la LOE y desde vertientes normativas más concretas por los artículos 5.4 («Las autoridades gubernativas podrán eximir a un extranjero de la obligación de visado, si existiesen razones excepcionales que justifiquen tal dispensa. La exención deberá hacerse constar en el pasaporte, en el título de viaje o en documento aparte») en el 19 («Estancias en supuesto de entrada o documentación irregulares.—No obstante, lo dispuesto en los artículos anteriores, el director de la Seguridad del Estado o las autoridades centrales o periféricas dependientes del Ministerio del Interior en que deleguen podrán autorizar la estancia en territorio español o su prórroga a los extranjeros que hubieran entrado en el mismo con documentación defectuosa o incluso sin ella o por lugares no habilitados al efecto, siempre que medie causa suficiente; pudiendo proponer, en tales casos, al Ministro del Interior la adopción, como medidas cautelares, de alguna de las medidas enumeradas en el artículo 6 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio») y 23, todos ellos de la LOE, precepto este último, que al enumerar entre los documentos indispensables para una correcta sustanciación del expediente residencial que proceda el «visado para residencia, en su caso, en estado de vigencia, posibilita una dispensa excepcional del mismo en su apartado 3 [«La autoridad competente podrá eximir al solicitante de la presentación de alguno de los documentos señalados con las letras *b*), *c*) y *d*), siendo el señalado con la letra *b*) el relativo al indicado visado en el punto anterior, cuando existan razones excepcionales que justifiquen dicha dispensa»].

Así pues, vemos como la exigencia general relativa a que el extranjero que pretenda residir en España (residencia que se sitúa al margen de la pura estancia turística amparada bien por un visado consular o bien por una autorización genérica fundada en un Acuerdo de supresión de visados) debe acreditar la tenencia del consiguiente visado consular queda oportunamente obviada cuando la Administración aprecie la existencia de razones excepcionales en la persona del extranjero postulante, excepcionalidad que no materializa sino la existencia del pertinente concepto jurídico indeterminado a apreciar por los órganos administrativos y jurisdiccionales pertinentes.

En este orden de cosas hemos de subrayar el dato de que tal exigencia de excepcionalidad ha sido llevada hasta la hipérbole en su aplicación por la Administración, aplicación liderada, en definitiva, por un conjunto de disposiciones interpretativas que no hacen sino profundizar en la idea de que tal excepcionalidad debe ser efectivamente suprema, criterio rector que es el que gobierna la filosofía emergente de la Circular de 1 de julio de 1988, texto instructorio (no publicado en el *BOE*) que dimanante de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Interior y Trabajo y Seguridad Social sentó, como premisa fundamental en este orden de cuestiones, el que «El

criterio debe ser sumamente restrictivo, en cuanto a trabajadores, aplicando únicamente la exención respecto a personas de las que exista constancia se encontraban en España desde hace años y no han podido acceder a procedimientos de regularización, o bien aquéllas que habrían podido obtener “automáticamente” dicho visado por tratarse de personas incluidas en los supuestos del artículo 38.1 del Reglamento».

En conexión con esta temática, AURELIA ALVAREZ RODRÍGUEZ, en su antes aludido ensayo sobre la materia, pone de relieve que «Estas precisiones (las que acabamos de explicitar en cuanto recogidas en la Circular dicha) resultan suficientemente ilustrativas de la postura defendida por nuestros poderes públicos tendentes a la consolidación de “la rigidez del visado, ya que es la única forma de estudiar las solicitudes sin enfrentarse a hechos consumados”».

Continuando con el debate de este problema, tengo que poner en evidencia cómo el hacedor de la Circular en cuestión no se conforma con reafirmar lo excepcional de la figura (de la exención dicha) sino que a fin de evitar interpretaciones dispares —y potencialmente más generosas— por donde pudieren disiparse parte de las esencias restrictivas absolutamente enseñoreantes de esta problemática, también se ocupa en establecer un repertorio de supuestos en los que tal exención cabría, señalando al efecto que puede eximirse de la obligación general de visados «al solicitante de un permiso de residencia que se encuentre en alguna de las siguientes circunstancias y siempre que se pueda suponer buena fe: a) El cónyuge de un español/a o de un extranjero/a con permiso de residencia en España; b) el hijo/a de un español/a o el hijo/a de un extranjero/a con permiso de residencia en España, cuando el solicitante sea menor de veintiún años o viva a expensas del español o del extranjero residente; c) el padre/madre de un español/a, o de un extranjero con permiso de residencia en España, cuando dicho familiar justifique que vive a expensas del residente; d) el extranjero enfermo, impedido o incapaz; e) el extranjero que haya sido titular de un permiso de residencia cuando ese permiso haya caducado a los dieciocho meses anteriores a la nueva solicitud, y f) el extranjero/a que haya sido español».

En relación con esta variopinta batería de casos, AURELIA ALVAREZ RODRÍGUEZ, en su meritado trabajo, pone de relieve su carácter pseudo-tasado señalando literalmente al efecto que «De no tratarse de uno de los supuestos mencionados parece que no debe concederse (la exención del visado solicitada) sin previa consulta a la Dirección General. Además sólo se elevará consulta a aquellos casos en los que exista cierta similitud con los citados por razones de equidad o por analogía “a fin de que pueda adoptarse conjuntamente un criterio de actuación homogéneo, tras el análisis de su repercusión en los intereses públicos tutelados o gestionados por

los distintos sectores de la Administración que resultarían afectados”. Lógicamente se puede denegar de forma expresa o presunta la exención de visado sin previa consulta, bien porque no exista buena fe en el solicitante, o bien porque no se encontraba en las circunstancias descritas».

Tal es el esquema interpretativo que de la exención del visado consular ha delineado la Administración, *modus operandi* alejado de cualquier veleidad metodológica permisiva, esquema, por otra parte, cuya rigidez no ha sido mínimamente mitigada por los Tribunales (tal como tendremos ocasión de exponer cuando abordemos, in extenso, la problemática conectada con la expedición de visados en general), siendo del propio modo resaltable que tampoco los mismos han efectuado la más mínima concesión jurisdiccional en estas áreas cuando han tenido ocasión de conocer de pretensiones *ad hoc* deducidas por nacionales iberoamericanos.

Prosiguiendo en este mismo orden de cuestiones, y ya en directa relación con la otra fuente de privilegios en estas áreas, es decir, aquélla que asume protagonismo en lo concerniente a la expedición de los distintos tipos de permisos de trabajo operativos en su seno, tengo que puntualizar que la misma, programada como ya dijimos, a nivel legal por el artículo 18 LOE, encarnó —en el reglamentario, en el trato de favor instrumentado por el artículo 38 RLOE, afectante a toda la serie de extranjeros incluidos en el mismo, preferencia que como apuntamos con anterioridad, hacía alusión a que los permisos de trabajo demandados por los mismos tenían que tramitarse sin considerar la situación nacional de empleo, siendo resaltable al respecto que entre las categorías incentivadas por tal dispositivo favorecedor no se incluyen los iberoamericanos, exclusión que ha motivado el que sus pretensiones administrativas y jurisdiccionales sobre el particular hayan sido resueltas siempre al margen del pentagrama preferencial conformado por el indicado precepto.

En relación con este punto y para su adecuado entendimiento desde el campo jurisdiccional, creo conveniente aludir a dos sentencias dimanantes del TS en las que se aborda directamente el régimen de favor entrañado para los iberoamericanos (cuyo sentido veredictivo coincide con lo hasta ahora expuesto) decisiones prácticamente del mismo tenor (algo más extenso el de la primera) que acreditan un valor añadido, y es el de contener sendos votos particulares (ambos procedentes del magistrado don VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS) cuyo sentido resulta totalmente antinómico al de la sentencia de su contención, voto particular de genuina y brillante factura al que también voy a aludir.

Las Sentencias supradichas son las de 25 de febrero de 1991 (ponente señor CÁNCER LALANNE) y la de 10 de julio de 1991 (con el mismo ponente que la anterior). En ellas, y con motivo de sendas litis en las que se debatía la justeza de las correspondientes sentencias de la Sala Tercera de la Au-

diencia Territorial de Barcelona, por las que se confirmaron en primera instancia dos denegatorias administrativas de permisos de trabajo postulados por iberoamericanos, el sentir mayoritario de los integrantes de la Sala, al enfocar el tema preferencial que nos ocupa, llegó a la conclusión, confirmando el criterio de las sentencias recurridas, que tales extranjeros quedan totalmente al margen del esquema de privilegio diseñado por el artículo 38 RLOE, todo ello en méritos al siguiente razonamiento (que inserto literalmente y que es común en lo fundamental a ambas sentencias, aunque algo más extenso el de la primera, que es, en definitiva, el que recojo ahora):

«Alega la apelante que aunque la concesión o no de los permisos de trabajo y residencia forma parte del contenido de la actividad discrecional de la administración, en un estado de derecho la potestad administrativa, incluso la de este tipo, está reglada y sujeta a la supremacía de la Ley; pero en el presente caso el uso de la potestad administrativa se ha ajustado a las previsiones de la Ley Orgánica 7/85 de 1 de julio, cuyo artículo 18 dispone que en la concesión del permiso de trabajo se tendrá en cuenta como circunstancia la existencia de trabajadores españoles en paro en la actividad que se proponga desempeñar el solicitante, y a lo que expresamente dispone el artículo 37.4 de su Reglamento aprobado por el Real Decreto 1119/86, de 26 de mayo, que impone preceptivamente la denegación del permiso cuando lo aconseje la situación nacional de empleo, a juicio de la autoridad laboral, dejando a salvo lo previsto en el artículo 38 del propio Reglamento, precepto este que contempla situaciones preferenciales para la concesión del permiso “sin considerar la situación nacional de empleo”, pero entre las que no figura la de ser súbdito de país iberoamericano.

A tal efecto es preciso puntualizar que el régimen preferencial diseñado en el artículo 18.3 de la expresada Ley Orgánica es objeto de desarrollo en el capítulo tercero de su Reglamento, tanto en el artículo 38 a propósito de la concesión del permiso de trabajo B, en favor de los extranjeros que acrediten hallarse en cualquiera de los supuestos relacionados en su apartado I, en lo que aquí interesa, que son los únicos en los que no puede tomarse en consideración la situación nacional de empleo, como en el artículo 39, en cuyo apartado 3 se contempla, entre otros, a los nacionales de países iberoamericanos para reducir a dos años el plazo ordinario exigido en el apartado 2 a) de este mismo artículo para la obtención del permiso de trabajo C. Esta regulación reglamentaria, que viene a desarrollar el artículo 18.3 de la Ley Orgánica 7/85 a modo de complemento indispensable para la operatividad del régimen preferencial diseñado en líneas generales en este precepto legal, encuentra apoyo en la habilitación otorgada al Gobierno en la disposición final primera de dicha Ley, en relación con lo que se dispone al efecto en el artículo 19.3 de la misma, para determinar

reglamentariamente el alcance de las preferencias que deben otorgarse según lo establecido en el referido artículo 18, de todo lo cual resulta que el legislador se ha limitado a definir los supuestos preferenciales para la obtención, y en su caso, renovación de los permisos de trabajo, apoderando ampliamente al Gobierno, como exige la naturaleza de esta materia, para precisar su alcance en cada uno de aquellos y en esta misma línea se inserta la habilitación conferida en el artículo 42 del Reglamento, al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para modificar —no para sustituir *in totum*— el alcance de las preferencias reguladas en los artículos anteriores en función de la variación de la situación nacional de empleo y del trato de reciprocidad que reciban los españoles».

De este razonamiento —el de la Sentencia de 25 de febrero de 1991 (reproducido en lo esencial en la ulterior Sentencia de 10 de julio de 1991)— se desprenden con facilidad las claves de su coherencia y sustentación jurídica y que son, en apretada síntesis: a) la de la existencia efectiva de un régimen preferencial de origen legal conformado en torno a la figura de los extranjeros que sean nacionales de países iberoamericanos, ex artículo 18.3.f) de la LOE; b) La de que tal régimen, en dicho nivel legal, sólo aparece definido desde parámetros objetivos de gran genericidad (sin concretar en qué van a consistir en definitiva tales preferencias) arropándose, sin embargo, de mayor concreción desde el punto de vista subjetivo al enumerar las categorías de extranjeros beneficiados por el mismo; c) Que el meritado artículo, tras dibujar las líneas maestras objetivas y subjetivas del régimen preferencial dicho, apodera al Ejecutivo para que desarrolle por la vía reglamentaria su concreta virtualidad y significado; d) Que en méritos a tal apoderamiento, los extranjeros iberoamericanos quedan al margen del régimen preferencial adjetivado por el artículo 38, limitándose su privilegio al descrito por el artículo 39, ambos del RLOE; e) Que considerándose la ejecución reglamentaria del indicado apoderamiento perfectamente concebida, el iberoamericano no acredita en realidad ningún tipo de preferencia más allá de la sublimada por el antes dicho artículo 39 RLOE.

Hasta aquí el sentir mayoritario de los integrantes de la Sala (constituyente en definitiva del *dictum* de la Sentencia) y cuyo contrapunto fue oportunamente aportado por el antes indicado voto particular, pieza considerativa al que voy a destinar las líneas siguientes.

En la glosa de tal voto creo que debe destacarse en primer término su corroboración de que la única preferencia efectiva detectable en el orden de cuestiones en el que nos movemos es aquélla que entraña su *ratio* en la posibilidad de la obtención del permiso de trabajo sin consideración a la situación nacional de empleo, privilegio que en realidad lo que hace es equiparar en gran medida la capacidad laboral de los extranjeros con los españoles, equiparación de largo alcance cuya existencia en relación con

determinadas categorías de extranjeros (y carencia de juego en cuanto a los iberoamericanos) constituye el *leit motiv* de la sentencia que nos ocupa y a la que alude del propio modo el magistrado emisor del voto particular antes indicado al decir que:

«En definitiva, el único real contenido objetivo de las preferencias reguladas en el Reglamento es el de no considerar la situación nacional de empleo como límite para la concesión del permiso... En realidad, en ese contenido objetivo de la preferencia no existe novedad alguna, sino que en ese punto el régimen reglamentario actual es continuación del precedente. En efecto en éste, constituido por el Decreto 1870/1968, se establecía en su artículo 9 un derecho preferente de los españoles para ocupar el puesto de trabajo ofrecido al extranjero, disponiéndose al efecto en el artículo 28 la publicidad de la solicitud del extranjero; sin embargo, según lo dispuesto en el artículo 11, se excluía de lo dispuesto en el artículo 9 una serie de supuestos, en los que “se otorgará... el permiso de trabajo sin considerar la situación nacional de empleo”, entre los que se encontraban prácticamente los que se recogen en el artículo 38 del nuevo Reglamento. En aquel elenco de supuestos no se mencionaba el del actual artículo 18.3.f) de la Ley 7/85; pero ello tiene una fácil explicación que se expresa en el Preámbulo de la Ley 118/69, de 30 de diciembre: la equiparación con los trabajadores españoles de los trabajadores hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos establecida en los Convenios de Cooperación Social suscritos con la mayoría de los países de aquella Comunidad que cristaliza con carácter de generalidad en esa Ley. No se establecía la preferencia que ahora nos ocupa, por la sencilla razón de que la misma reza con el otorgamiento del permiso de trabajo, y no tiene sentido respecto del que no necesita del permiso. La situación de los extranjeros a que se refiere el actual artículo 18.3.f) de la Ley 7/85 era a partir de la Ley 118/69, más ventajosa que la de los titulares de la preferencia del artículo 11 del Decreto 1870/1968, y no menos».

Tras este bloque de reflexiones sobre la vertiente histórica del problema, y tras advertir —y reiterar— que la única preferencia tomable en consideración es la objetivada de la forma que acabamos de relatar, el magistrado emisor del voto particular objeto de debate, viene a centrar en sus justos términos la cuestión básica a analizar, y es la de la legalidad o no del RLOE por lo tocante al punto concreto de su instrumentación preferencial, tema que va a centrar todo el ulterior *thema decidendi* de su voto, centraje, por otra parte, que da por buenas toda la batería de premisas que influyeron en la adopción de la sentencia de la que se discrepa (y a las que nosotros hemos aludido precedentemente) y cuyo caballo de batalla asertivo se materializa en las siguientes observaciones:

«La sentencia da por bueno que en este punto en el desarrollo reglamentario de la Ley, que impone su artículo 19.3, el artículo 38 del Reglamento no haya recogido entre los supuestos excluidos de la consideración de la situación nacional de empleo, el de la condición de iberoamericano, aceptando la perfecta legalidad del Reglamento al tratar de modo diferenciado, y menos ventajoso que los demás supuestos de preferencia, el de los iberoamericanos para los que acepta que la simple ventaja establecida en su artículo 39 en relación con el permiso C es bastante para dar contenido al artículo 18.3.f) de la Ley.

Es precisamente en este particular en el que surge mi discrepancia, en el sentido de que el desarrollo reglamentario de la Ley, al referirse a la situación de los iberoamericanos y omitirlos en el artículo 38, es contrario a la ley, y lesivo de la situación de aquellos a los que se discrimina indebidamente de los titulares de las demás preferencias establecidas en el artículo 18.3 de la Ley, si no se supera la omisión en una superación integradora».

Queda, pues, polarizado el debate subsiguiente en el punto concreto a la ilegalidad en la que incide el hacedor del RLOE al desarrollar el sistema preferencial delineado en sus grandes paramentos de concepción por el artículo 18 de la LOE, ilegalidad nomotética que demanda una superación integradora en cuanto a los iberoamericanos a los efectos de entenderles comprendidos —a pesar de no estarlo literalmente— dentro del campo de actuación del artículo 38 del meritado RLOE que el magistrado emisor del voto en cuestión basamenta en una interpretación *ad hoc* de la preceptiva que pilota estas cuestiones y asimismo en un reenvío a lo que debe ser, según su criterio, una correcta técnica normológica.

Así, y en lo referente a una adecuada interpretación de determinados materiales normativos con impacto en este orden de cosas, el supradicho magistrado, tras literalizar la parte del preámbulo de la LOE que alude en concreto a los iberoamericanos (y que nosotros hemos transcrito precedentemente) pone de relieve que:

«Preocupación de la Ley por un tratamiento preferencial por los iberoamericanos..., etc., alineamiento de la preferencia de estos con las demás determinantes de preferencias, y conexión de las preferencias con el tema de la adquisición de la nacionalidad son, pues, elementos interpretativos de la más sólida importancia para ponderar en el marco ordinamental constituido por la Ley y el Reglamento, si el sentido de aquélla le atribuye a la preferencia que nos ocupa, se respeta en éste o no»

Tras este enunciado del retablo interpretativo al efecto, el autor del voto particular en trance de análisis se aventura en llenar de sentido su querer

decisional sobre el particular, esgrimiendo *ad casum* pautas de indagación históricas («La norma definidora del contenido objetivo de las preferencias es el artículo 38 del Reglamento, en el que, como antes indicamos, existe una continuidad respecto del pasado. No es admisible que si la Ley no contiene dato alguno evidenciador de un propósito de degradación de la condición de iberoamericanos..., etc., respecto de los demás supuestos de preferencia [y que no lo tiene es claro, cuando en el preámbulo de la misma se destaca «la preocupación de la Ley por el tratamiento preferencial en favor de los iberoamericanos...»], un supuesto que en nuestro ordenamiento jurídico, desde otras perspectivas más exigentes, cual la de la nacionalidad, es claramente diferencial respecto a la situación de otros extranjeros, acabe a la postre equiparándose al de estos, pues tal ocurre si a los iberoamericanos..., etc., se les supedita, lo mismo que a los extranjeros de otro origen, a la situación nacional de empleo. El dato sistemático de que en el Reglamento aprobado por el RD 1119/86 sólo se habla de preferencias en el artículo 38, es fundamental en este caso para ponderar si la omisión en el de los iberoamericanos..., etc., se acomodó o no a lo dispuesto en los artículos 18.3 y 19.3 de la Ley. Definida la preferencia en el Reglamento, la falta de atribución de la misma a los sujetos incluidos en el artículo 18.3.f) de la Ley, en la medida en que supone una restricción subjetiva del régimen preferencial de la Ley, debe ser trascendida, prescindiendo de esa restricción, y aplicándose al supuesto legal omitido el régimen reglamentario de la preferencia, establecido para los demás supuestos expresados en él») y sistemáticos («Desde otro punto de vista, y para medir la significación que tiene en nuestro ordenamiento jurídico la condición que examinamos, es pertinente tener en cuenta también el régimen de nacionalidad en el que aquélla se privilegia de modo especial, según se infiere de lo dispuesto en los artículos 22 y 23 del Código Civil. No parece que si ese es el tratamiento que se dispensa a esa condición en las normas de rango de Ley, en el desarrollo reglamentario de la extranjería pueda negarse a los que la ostentan la ventaja que sí se reconoce a las personas incluidas en otros supuestos de preferencia de la Ley»).

En esta línea de argumentaciones orientada a poner de manifiesto la necesidad de integrar el artículo 38 del RLOE con una referencia específica a los iberoamericanos, se inscribe la opinión del magistrado discrepante, tendente a minimizar el alcance del presunto trato de favor otorgado a los mismos a través del artículo 39 del RLOE, siendo su concepción literal la siguiente:

«No parece aceptable la idea de que al establecerse en el artículo 39.2 del Reglamento, regulador de los permisos de trabajo C, una ventaja respecto a los iberoamericanos..., etc., con ello quede cumplida la remisión del

artículo 19.3 de la Ley, al determinar el alcance de la concreta preferencia del artículo 18.3.f). Debe traerse aquí a colación el significado sistemático del artículo 38 del Reglamento, al ser en él donde se regulan las preferencias, lo que margina de ese significado sistemático la ventaja del régimen del permiso C. Pero es que, aun aceptando a los meros efectos dialécticos, que formalmente la concreta ventaja que ahora nos ocupa, baste para dar contenido a la remisión que hace el artículo 19.3 al Reglamento, en el sentido de la posibilidad de un tratamiento plural y no unitario de las preferencias, a la hora de trazar supuestos diferenciados, debe examinarse desde una perspectiva constitucional, si es razonable ese tratamiento reglamentario.

Para ello sería preciso que la concreta ventaja atribuida a los iberoamericanos..., etc., en el artículo 39 para la obtención del permiso C tenga un contenido real y utilidad normativa.

Al respecto debe observarse que en el análisis conjunto de los distintos tipos de permisos de trabajo, el permiso C constituye un estadio final, al que sólo se accede previo paso por el que representa el permiso B. En tal sentido, si no se puede llegar al último estadio porque no se pueden superar las dificultades que cercan la consecución del anterior, mal puede sostenerse que en un orden de realidades se esté dando un contenido efectivo a la preferencia el apartado f) del artículo 18.3 de la Ley. Si la situación nacional de empleo impide a los iberoamericanos..., etc., obtener un permiso de trabajo B, mal pueden llenar el tiempo de trabajo exigido para que pueda tener alguna virtualidad real la ventaja que se les reconoce en la obtención del permiso C. Sólo sobre la base de inexistencia de mano de obra española podrían haber conseguido antes el permiso B, y podían haber trabajado durante el período preciso para obtener el permiso C. Mas sobre la base de tal hipotética situación previa, en ella su condición sería igual que la de otros extranjeros, que en esas mismas circunstancias también podrían haber obtenido el permiso B.

La utilidad normativa de la preferencia para la obtención del permiso C se desdibuja, además, habida cuenta de que en esas circunstancias de período de residencia en España, el iberoamericano..., etc., podría conseguir la nacionalidad española por residencia, y ello sin pérdida de la suya de origen, dado lo dispuesto en los artículos 22 y 23 del Código Civil, con lo que ni tan siquiera le es de significativa utilidad la ventaja que comentamos».

Tras la puesta en evidencia de este paquete de reflexiones —interpretativas en su mayor parte— el magistrado discrepante se adentra en la justificación de su postura desde el punto de vista de la técnica jurisdicente, abordando esta cuestión en el Fundamento Jurídico segundo de su voto particular en el que se lee al respecto que:

«Analizando la regulación de la Ley se comprueba que en ella existe una total equiparación entre los distintos supuestos acreedores de preferencia del artículo 18.3, lo que supone una restricción de partida para el ulterior Reglamento, que no podrá establecer diferenciaciones entre ellos, so pena de discriminación vedada. No se trata de que antes de la Ley exista una exigencia de equiparación de supuestos, sino de que, establecida en ella esa equiparación, en una opción que bien podía haber sido de otro signo, no cabe después que el Reglamento la desconozca. Si tal ocurre puede resultar lesionado no ya el principio de legalidad —art. 9.3 CE— sino el mismo principio de igualdad (art. 14), como en supuestos, ajenos a esta materia, pero de problemática similar en el aspecto formal de la relación Ley-Reglamento, tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional —STC 209/1987, 78/1990 y 4/1991—.

El Reglamento podrá dar a la preferencia un contenido u otro, y eso es lo que le confía el artículo 19.3 de la Ley, lo que no cabe es que dé contenidos diferentes a supuestos que la Ley no diferencia. No es admisible que el Reglamento degrade un supuesto que la Ley situaba al mismo nivel que los demás.

El complemento de la Ley, en cuanto al alcance de las preferencias que ella establece en el artículo 18.3, se encuentra en el artículo 38 del Reglamento, por lo que, aunque en éste no se mencione el supuesto de preferencia del artículo 18.3.f) de aquélla, en una integración interpretativa de ambos preceptos debe atribuirse al supuesto silenciado en el Reglamento y previsto en la Ley, el mismo contenido de preferencia que aquél regula para los supuestos que sí prevé.

C) Los iberoamericanos a la luz de los Convenios internacionales que les afectan

a) *Idea general*

Delimitada la posición de los mismos en base a las propuestas ordinamentales estrictamente domésticas (delimitación que hemos efectuado en las páginas precedentes) cúmplenos ahora la tarea de proceder al análisis de su posición (siempre en relación con el ordenamiento sobre extranjería) en aras a lo proveído al efecto por los Instrumentos internacionales que les incumben, y a los que hemos hecho una cumplida referencia en las páginas precedentes.

En realidad, la cuestión se circunscribe a precisar si los sendos artículos 7 de los Convenios de doble nacionalidad celebrados por España con

Chile, Perú y Ecuador son conformativos de un régimen especial de extranjería para los nacionales de estos países que pudiere quedar al margen del repunte integrador —y reductor a la unidad— patrocinado por la LOE (y su preceptiva de ejecución) todo ello en méritos a lo que postula sobre la materia el artículo 3 de la misma LOE antes transcrito.

Este es, pues, el elemento cardinal de la cuestión, elemento cuya traducción al foro especulativo que nos interesa consiste en alcanzar la comprensión de los indicados artículos 7 (todos ellos de parigual tenor), tema en el que ha incidido con especial profundidad, desde el punto de vista doctrinal, AURELIA ALVAREZ RODRÍGUEZ, y desde el jurisdiccional, una importante saga de SSTT que han venido a entrañar lo que ya puede considerarse como un cuerpo de doctrina consolidado al efecto.

En base a todo ello voy a ocuparme en las páginas siguientes de aludir, en primer término, a la interpretación científica de los meritados artículos 7 y después a lo que resulta del aludido cuerpo de doctrina jurisprudencial, todo ello en base a un dispositivo considerativo que pretendo que sea enseñoreado por la más absoluta simplicidad —y claridad— de concepción.

b) *Interpretación doctrinal de los sendos artículos 7 de los Convenios de doble nacionalidad celebrados por España con Chile, Ecuador y Perú*

aa) *Idea general*

A fin de facilitar al lector su tarea cognoscitiva sobre el particular, voy a reiterar ahora el tenor literal del artículo 7 del Convenio de doble nacionalidad celebrado por nuestro país con Chile el 24 de mayo de 1958 (BOE 14-11-58), precepto que por ser el primero de los de idéntica conformación ha servido de modelo a los otros dos que le siguieron (los también 7 de los Convenios de fecha ulterior celebrados con Perú y Ecuador), circunstancia que determina que lo que digamos respecto del que ahora vamos a transcribir sea perfectamente tomable en cuenta para la comprensión de los restantes.

El artículo 7 aludido sienta literalmente que:

«1. Los españoles en Chile y los chilenos que no estuvieren acogidos a los beneficios que les concede este Convenio continuarán disfrutando los derechos y ventajas que les otorguen las legislaciones chilena y española, respectivamente.

2. En consecuencia, podrán especialmente: viajar y residir en los territorios respectivos, establecerse donde quieran que lo juzguen conveniente para sus intereses, adquirir y poseer toda clase de bienes muebles e inmuebles; ejercer todo género de industria; comerciar tanto al por menor como

al por mayor; ejercer oficios y profesiones, gozando de protección laboral y de seguridad social, y tener acceso a las autoridades de toda índole y a los Tribunales de Justicia, todo ello en las mismas condiciones que los nacionales.

3. El ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejerciten».

A decir verdad, el precepto que acabamos de transcribir constituye un puzzle normativo permitiente en su propia mismidad ordinamental de cualquier tipo de «lecturas», ya que su discurso normológico se integra en obsequio a un dispositivo jurisdicente cuyas piezas se ensamblan de forma totalmente asimétrica. Así, el primer apartado (prácticamente idéntico al contenido total de los artículos homólogos de los restantes Convenios de doble nacionalidad concertados por España con el resto de países iberoamericanos, valiendo por todos ellos lo que predica el también artículo 7 («Los españoles en Nicaragua y los nicaragüenses en España que no estuvieren acogidos a los beneficios que les concede este Convenio, continuarán disfrutando de los derechos y ventajas que les otorguen las legislaciones nicaragüenses y española, respectivamente») es un puro precepto remisivo a la preceptiva interna que carece por completo —y en consecuencia— de valor inmediatamente obligatorio.

Por el contrario, el segundo apartado (que indudablemente tiene como destinatarios a los mismos sujetos de derecho que el primero, es decir, a los chilenos y españoles que no se aprovechen de su potencial condición de doble nacionales en los respectivos países huéspedes) si se le considera en su eventual desconexión con el apartado anterior puede entenderse como una norma con un contenido específico y obligatorio en su propia objetivación semántica en la que acredita manifiesto protagonismo el criterio equiparativo de máximo rango que resulta de su último inciso. De todos modos, y aun aceptándose la validez de esta proposición interpretativa, el aludido criterio de equiparación entre los españoles y los chilenos no doble nacionales por lo tocante a la actuación de estos últimos en relación con la batería de posibilidades que les son ofertadas por el meritado apartado tiene que superar el escollo de su modulación por lo previsto en el apartado 3 del propio artículo, apartado en modo alguno desconectable, dada su concreta formulación literaria del anterior y que impone una remisión a la normativa doméstica respecto al «ejercicio de estos derechos».

Vemos, pues, la complejidad del artículo en cuestión, que, o bien se puede considerar como una mera recopilación de principios y buenas intenciones que en todo caso deben recibir la correspondiente traducción por la preceptiva doméstica española (sobre extranjería y de otro tipo) o bien puede entenderse como una disposición estrictamente obligatoria en sus

propios términos, postura esta, sin embargo, que de prevalecer debe pasar el tamiz de la vigencia del apartado tercero antes dicho, pasaje que se convierte pues en el elemento cardinal para la adecuada inteligibilidad del artículo objeto de comentario.

La pregunta clave sobre el particular puede formularse así: ¿A qué tipo de «ejercicio» (que repito deben atemperarse a las disposiciones domésticas españolas) se refiere el apartado tercero del artículo objeto de constante alusión?, interrogante que admite una respuesta plural: de factura amplia y restricta, aunque ambas legítimas. La amplia es aquella indicativa de que el meritado ejercicio abarca tanto las condiciones concretas de su activación como su específico marco operativo.

La restringida es la que confina el significado del vocablo discutido en el círculo de esta segunda posibilidad, alternativa, la que acabamos de evidenciar, que es, en suma, la que viene a condicionar toda la virtualidad del precepto objeto de nuestra glosa, ya que si el «ejercicio» en cuestión debe ser liderado en su integridad por la normativa doméstica, la tenencia de los derechos enumerados en el apartado segundo del mismo se convierte de hecho en una pura cuestión teórica, retórica o de gabinete, sin trascendencia práctica, toda vez que su concreta entrada en juego puede pilotarse por parámetros muy distintos de los que rigen en sede de los españoles, pudiendo por lo tanto demandarse para la misma la previa tenencia de algún tipo de credencial administrativa (de la que por principio se hallan ajenos estos últimos) o la concurrencia en el extranjero que pretenda prevalecer del esquema atributivo patrocinado por el artículo que nos ocupa de cualquier tipo de requisito adicional no demandado para los españoles.

Por el contrario, si el «ejercicio» al que alude el pluricitado apartado tercero del artículo en cuestión se refiere exclusivamente a su concreto despliegamiento efectivo, es evidente que el criterio equiparador consignado en el último inciso del apartado 2 del artículo objeto de permanente referencia puede asumir toda su potencial relevancia.

Tal es, a mi juicio, el quid de la cuestión, problemática, por otra parte, que presenta alternativas intermedias entre las extremas aludidas y cuya solución puede complicarse más o menos según que se considere o no el apartado 2 del artículo objeto de comentario independiente del primero, ya que en tal caso la interpretación más favorable a la tesis de su carácter directamente obligatorio (aun siempre con la remora que conlleva su intransferible adecuación a lo previsto en el apartado 2 del mismo precepto) se reforzaría de forma estimable, tesis esta (la que entiende que el indicado apartado dos es un comportamiento estanco y por ello absolutamente autónomo) que se desprende de la serie de reflexiones que AURELIA ALVAREZ RODRÍGUEZ dedica al tema en su antes dicho ensayo, autora que al enfocar este punto señala literalmente que:

«Del tenor literal de esta disposición parece deducirse la existencia de un régimen privilegiado y especialmente destinado a los chilenos. Si esto es así, se puede llegar a concluir que los nacionales de Chile, no acogidos al Convenio de doble nacionalidad, no están sometidos al régimen general de extranjería que establece la LOE, por lo que no necesitan ningún tipo de permiso para poder entrar, residir, trabajar, comerciar e invertir en nuestro país. Ahora bien, para llegar a esta conclusión se debe previamente averiguar si en dicho precepto bien se regula directamente el ejercicio de esos derechos concretos o bien se trata meramente de una enumeración de eventuales derechos que pueden ser ejercidos por los chilenos si el propio Ordenamiento interno se lo permite. Ciertamente, ambas posturas pueden ser defendibles: la primera postura parte de una interposición conjunta del artículo 7. De tal forma que el chileno podría gozar de todos los derechos y ventajas previstas en la legislación española para los extranjeros en general y para los chilenos en particular; y el ejercicio de esos derechos estaría subordinado al cumplimiento de los requisitos establecidos en nuestro Ordenamiento para esas personas. Sin embargo, sería considerado en igualdad de condiciones al español para el ejercicio de unos determinados derechos, los que “especialmente” se enumeran de forma exhaustiva en el segundo apartado. Consecuentemente, cabe afirmar que un chileno podría entrar, residir, trabajar, invertir o comerciar en territorio español cumpliendo los requisitos prescritos en la legislación española para los propios españoles. Por otro lado, cabe sostener una segunda interpretación: partiendo de la base de que el artículo 7.2 se limita a realizar una restricción de los derechos reconocidos en el apartado primero, y que el ejercicio de los mismos, en todo caso, quedaría regulado en el apartado tercero de dicho precepto».

Tras esta primera aproximación al tema, AURELIA ALVAREZ RODRÍGUEZ se aventura en la interpretación que le parece más plausible y que resume de la forma siguiente:

«Inicialmente, los chilenos gozan en España de todos los derechos y ventajas que establezca la legislación española para esos extranjeros. Sin embargo, la inclusión en el párrafo segundo de los términos “especialmente” y “en las mismas condiciones que los nacionales”, parece comportar el reconocimiento de la plena igualdad o de la no discriminación por razón de nacionalidad a la hora de ejercitar los derechos específicamente recogidos en el mismo, subordinando el ejercicio del resto de las libertades públicas y derechos a lo establecido en el último párrafo. En consecuencia, los chilenos podrán entrar, residir, comerciar e invertir en nuestro país como si fueran españoles. Por último, en el tercer párrafo del precepto se regula el ejercicio de los derechos reconocidos en el apartado primero, no mencio-

nados expresamente en el apartado segundo, remitiendo "a la legislación del país en que tales derechos se ejerciten". Básicamente, dicha legislación se encuentra recogida actualmente en la LOE y en el REJ».

A la vista de todo ello, y creo así interpretar en buena y debida forma el pensamiento de la autora a la que vamos ahora siguiendo, los chilenos (y también los peruanos y ecuatorianos) son titulares de dos órdenes de derechos: *a)* aquellos a los que alude el apartado primero del artículo cuya glosa estamos efectuando, y *b)* los específicamente relacionados en el apartado 2 del mismo precepto.

Respecto a los derechos eventualmente concebibles a los beneficiarios del sistema, en méritos al calendo apartado primero, tanto su concreta pormenorización como su eventual ejercicio se rige por lo indicado en el apartado 3 del propio artículo 7. Por el contrario, y en relación con los derechos aludidos en el apartado 2, el nacional iberoamericano que pretenda prevalerse del dispositivo de tuición vertebado por el precepto objeto de análisis, sabe ya de antemano de cuáles va a disponer (los contenidos en la relación resignada por tal apartado, es decir, estos y no otros, teniendo tal enumeración carácter tasado) y su ejercicio se sustrae a lo proveído por el apartado 3 de dicho precepto, rigiéndose por el contrario en virtud de lo establecido en el propio apartado 2, es decir, en obediencia al criterio absolutamente igualitario entre extranjeros y españoles que tal disposición conforma.

Por mi parte, y aún apreciando en lo que vale tal forma de entender esta cuestión, mantengo una postura diferente, cuya síntesis puede conseguirse en base a las siguientes premisas: *a)* El apartado primero es un marco concesional estrictamente pragmático, una enunciación de principios generales y un compendio de esencias y filosofías enraizadas en lo evanescente, sin posibilidad de juego normativo alguno en cuanto netamente remisivo a lo que diga al respecto la normativa interna; *b)* El apartado 2 sólo resulta entendible como una concreción del apartado uno, con el que guarda una evidente comunión ostensiblemente visibilizada a través del término con que inicia su andadura («en consecuencia»), introductor de un principio de paridad en cuanto al ejercicio de los derechos que enumera y cuyo cabal entendimiento exige su puesta en comunicación no sólo con el apartado 3 del mismo precepto sino también con el Acuerdo de supresión de visados que media entre Chile (Ecuador y Perú); *c)* El apartado 3 del artículo 7 viene a modular el cauce ejercitativo asimismo establecido por el apartado 2, siendo admisible respecto del significado del vocablo «ejercicio» la disyuntiva a la que antes aludí; *d)* Sea cual fuere la concreta virtualidad del indicado artículo 7, es evidente que la misma no puede desembocar en la nada, siendo así que de la textualización del mismo —y ello a pesar de sus

evidentes incertidumbres interpretativas— resulta indiscutible la conformación de un régimen especial para los chilenos, peruanos y ecuatorianos, régimen cuya singularidad se percibe claramente si comparamos el artículo 7, objeto de permanente alusión, con los diferentes preceptos homólogos contenidos en los restantes tratados de doble nacionalidad.

Estas son pues las premisas de mi concepción sobre la materia, siendo de señalar al efecto, y reitero así ideas anteriormente expuestas, la enorme trascendencia que en este orden de magnitudes acredita la comprensión del pluricitado vocablo «ejercicio», siendo resaltable que para la Administración española no cabe duda que su entendimiento sólo puede venir de la mano de la postura más restrictiva, es decir, de aquélla que opera no sólo respecto a las condiciones en que debe desenvolverse su concreta funcionalidad sino también sobre los propios presupuestos de su activación, pudiendo demandarse por ello a los extranjeros requisitos y condicionamientos habilitantes no requeridos a los españoles, quebrándose así la presunta igualdad pregonada por el último inciso del apartado 2, tesis restrictiva que se capta con toda facilidad de lo que con fines aclaratorios —y también instructorios desde la jerarquía— se postula en la antes dicha Circular de 1 de julio de 1988, dimanante de una actuación convergente de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Interior y Trabajo y Seguridad Social (y más concretamente de las Direcciones Generales de Asuntos Consulares, del Instituto Español de Emigración y de la Comisaría General de Documentación de la Dirección General de Policía), antes que al referirse al más que pluricitado artículo 7 apuntan literalmente que:

«El párrafo segundo del artículo 7 del Convenio de doble nacionalidad se refiere, entre otros, al derecho de residencia en España de los chilenos no acogidos al propio Convenio de doble nacionalidad. Sin embargo, el citado artículo 7 debe interpretarse en su conjunto, es decir, teniendo en cuenta que, según el párrafo tercero, el ejercicio de estos derechos quedará sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan; legislación que para España está constituida básicamente por la Ley Orgánica 7/1985, cuyo artículo 15 dispone que los extranjeros que deseen fijar su residencia en España para ejercer cualquier actividad lucrativa... deberán obtener, simultáneamente con el permiso de residencia, el permiso de trabajo...»

En relación con esta postura, que he calificado de restrictiva, tengo que decir que la misma se basamenta no sólo en lo que resulta de una interpretación convergente de los apartados 2 y 3 del artículo que nos ocupa, sino también de lo que al efecto establece el Canje de Notas de 22 y 25 de abril de 1959, sobre supresión de visados entre España y Chile (así como lo que sobre la misma materia establecen los respectivos acuerdos celebrados entre

España por una parte y Ecuador y Perú por la otra) instrumento que al dispensar a los nacionales chilenos de la necesidad de obtener un visado consular para penetrar en España, sólo permite que su estancia en nuestro país sea de tres meses como máximo, requiriéndoles la previa tenencia de un visado consular *ad hoc* cuando pretendan permanecer por un tiempo superior o cuando su estancia materialice el desplegamiento de una auténtica pretensión residencial o se halle destinada a servir de soporte para el eventual ejercicio de una profesión remunerada o no, ex apartado 4 de tal Convenio, encargándose también el mismo en precisar la sujeción de los nacionales chilenos, una vez accedidos al territorio nacional, a las Leyes, Reglamentos y demás Disposiciones Locales que afecten a los extranjeros, reservándose del propio modo la facultad de rechazar la entrada o estancia en el respectivo territorio de las personas que consideren «indeseables», ex apartados 5 y 6 del propio Instrumento.

En obsequio a todos estos planteamientos, la tesis que postula la interpretación más restrictiva de entre las posibles, por lo que atañe al entendimiento del vocablo «ejercicio» que utiliza el apartado 3 del artículo 7, objeto de comentario, es decir, aquella que permite modular —incluso sincopar— la equiparación absoluta o sin matices prevista en el apartado dos, último inciso, del propio precepto, queda reforzada hasta el infinito, reforzamiento que viene de la mano de que por lo tocante a la exigencia del visado consular especial para residir (trabajando o sin trabajar), ésta ya viene impuesta, con independencia de lo que sobre el particular establezca la normativa interna, por el mismo Convenio de supresión de visados.

Del propio modo, y una vez contando el extranjero de que se trate con el meritado visado consular, la pretensión residencial que pretenda deducir ante las instancias administrativas españolas competentes deberá atenerse por completo a lo que sobre el particular dispongan las «Leyes, Reglamentos y demás Disposiciones Locales que afecten a los extranjeros», tal como predica el apartado 5 del Instrumento en cuestión, sometimiento que implica el que el ejercicio de la aludida pretensión residencial (laboral o no) deba encauzarse —material y formalmente— por los indicados vericuetos administrativos, circunstancia que determina una evidente desequiparación de los extranjeros afectados con los españoles, que en modo alguno se encuentran obligados a pasar por las horcas caudinas funcionariales que supone el atenuamiento a tal normativa especializada, atenuamiento, por otra parte, que ni siquiera llega a plantearse cuando el Estado de que se trate haga uso de la facultad soberana que le compete de rechazar a los extranjeros, nacionales de la contra parte que considere «indeseables».

Vemos, pues, que el «ejercicio» de derechos al que se refiere el apartado 3 del artículo 7, objeto de constante alusión en el gobernando por la normativa doméstica en su doble vertiente aludida, o sea, la que hace

referencia al pilotaje de sus condicionantes o presupuestos de activación y el que disciplina las singularidades de su concreto despliegamiento, concepción amplia que es la que debe prosperar no sólo en virtud de una interpretación acorde del precepto en cuestión, sino también porque así lo impone otra de las manifestaciones de concertabilidad internacional en estas áreas, y que es el Acuerdo de supresión de visados al que estamos aludiendo, quedando, a mi juicio, descartadas todo tipo de tesis maximalistas en torno al entendimiento del más que pluricitado artículo 7, tanto las que postulan una equiparación absoluta entre nacionales y chilenos por lo que concierne al ejercicio de los derechos reconocidos por el apartado 2 de tal artículo como aquéllas bastante más mesuradas que predicán la inteligibilidad del término «ejercicio» en el sentido de que el mismo se refiere sólo a las concretas condiciones en que se desenvuelve su activación y no a los presupuestos de la misma.

La pregunta clave al respecto es, pues, la siguiente: ¿Para qué sirve el Convenio de doble nacionalidad con Chile en el foro de la extranjería?, pregunta que, dados los términos en que se va desarrollando este discurso no puede tener más que una respuesta: la de que no sirve para nada, respuesta, creo yo, que estuvo en la mente de todos los intérpretes hasta que, a mi juicio, bastante sorpresivamente, la jurisprudencia inició unos derroteros en virtud de los cuales, con unos u otros matices, el convenio al que venimos haciendo mérito adquirió una evidente —aunque parcial— sustantividad, tema que voy a abordar de inmediato.

ab) *Posición de la jurisprudencia al respecto*

a'a) *Introducción*

No fue muy tempranera la jurisprudencia posterior a la adopción de la LOE en su conocimiento de esta temática, siendo así que hasta la Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 23 de mayo de 1988, la misma no fue planteada en ninguna litis conectada con la extranjería, sentencia, la dicha, que no sólo fue la pionera en este orden de cosas, sino que la misma acogió hasta sus últimas consecuencias, la tesis que hemos calificado anteriormente de maximalista (y ello en su grado máximo). Propugnando una entrada en liza sin fisuras ni cortapisas de la equiparación —absoluta— entre españoles y chilenos que postula el último inciso del apartado 2 del artículo 7, objeto de constante alusión, puntualizando literalmente al efecto «Que una interpretación de la anterior normativa (el repetido artículo 7 del Convenio de doble nacionalidad celebrado entre España y Chile) junto con el Canje de Notas entre España y Chile de 22

y 25 de abril de 1959, nos conduce a estimar el presente recurso, puesto que resulta evidente que los ciudadanos chilenos no precisan en España autorización para residir, ya que disfrutan de todos los derechos que les reconoce el artículo 7 del Convenio de forma indefinida, no estando sujetos, en consecuencia, a las limitaciones temporales y requisitos establecidos en la legislación general sobre extranjeros; por todo ello habrá que reconocer a la recurrente y sus hijos menores, los derechos anunciados en la mentada normativa especial fijada en el Convenio. Tesis que no hace más que reproducir la mantenida por esta Sala en Sentencia de 9 de septiembre de 1982, confirmada por el Tribunal Supremo el 6 de octubre del mismo año, y que si bien es cierto, es anterior a la vigencia de la actual Ley Orgánica 7/1985, no es menos cierto, que de no seguir dicha interpretación, se vulnerarían los artículos 19 y 33 de nuestra Constitución».

Esta sentencia (revocada ulteriormente por la del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1990) efectúa ciertamente una interpretación exótica —por lo potenciadora— de la eficacia del artículo 7 del Convenio que estamos estudiando, apoyándose, también exóticamente, en el de supresión de visados y en cierta jurisprudencia de fecha anterior a la LOE, interpretación que parte de la base de la aludida equiparación entre españoles y chilenos en obsequio a la cual su pretensión residencial prosperó aun careciendo los recurrentes del oportuno visado consular permitiente de una deducción «normal» de tal pretensión, o dicho de otro modo, posibilitando que los extranjeros beneficiarios pudiesen regularizar su estancia en España pese a no arrojarse de los presupuestos normales para ello, interpretación favorecedora que se amplifica hasta el punto de decirse que los mismos no necesitan demandar ningún tipo de autorización de residencia, afirmación que a buen seguro haría rasgarse las vestiduras a más de un celoso representante de la ortodoxia funcionarial.

Pues bien, tal forma de entender esta problemática tuvo su seguimiento en la sentencia dimanante del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de noviembre, sentencia absolutamente continuista de la anterior y cuyo *factum* sintetiza muy bien AURELIA ALVAREZ RODRÍGUEZ, en su interesante ensayo sobre la materia («En dicho pronunciamiento se concede la exención del visado a los solicitantes, cuya situación con respecto a España se puede resumir brevemente con los siguientes datos: A finales de 1985 una familia chilena compuesta por el matrimonio y dos hijos entran en nuestro país desprovistos de visado. La entrada sin el cumplimiento de este requisito debe ser considerada como totalmente legal, siempre que los miembros no tuviesen la pretensión de realizar ninguna actividad lucrativa ni de permanecer en España durante un período superior a noventa días, en virtud de lo dispuesto en el canje de notas de 22 y 25 de abril de 1959, sobre supresión de visados entre España

y Chile. Superado este límite temporal su situación se convirtió en irregular. Transcurridos varios años el matrimonio y uno de sus hijos solicitaron la exención del visado especial al delegado del Gobierno de Asturias para poner fin a su ilegalidad. Ante la ausencia de respuesta, considerando desestimada su petición por silencio negativo, los interesados interpusieron la demanda que ha dado lugar a la decisión objeto de este comentario. El fallo se centra tanto en el examen de las circunstancias excepcionales que permiten la exención del visado como en el régimen especial de extranjería recogido en el Convenio de doble nacionalidad entre España y Chile de 24 de mayo de 1958») sentencia que fue dictada como consecuencia del seguimiento de un proceso articulado en aras a lo previsto en la Ley 62/1978 y cuya porción resolutoria coincide en un todo con la de la sentencia antes indicada dimanante de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca.

En base a lo dicho, podría pensarse que esta praxis jurisprudencial, en definitiva, sumamente incentivadora de lo postulado por el artículo 7, objeto de constante alusión, había prosperado de modo general a nivel de jurisprudencia «menor», pero ello no era así, porque ya en el mismo año 1988, otra sentencia de fecha 29 de octubre, también dimanante de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, sentó justamente lo contrario que las anteriores, precarizando así lo previsto por el pluricitado artículo 7, todo ello en méritos a lo que asimismo sostuvo la STS de 5 de marzo de 1991, que en apelación confirmó integrante el *dictum* de la antes mencionada de 29 de octubre de 1988, tal como tendremos ocasión de exponer algo más tarde.

Hasta aquí lo previsto por la jurisprudencia de este tipo que se ha ocupado de la exégesis del precepto objeto de análisis, jurisprudencia a la que le cabe el mérito de haber despertado el interés por esta temática, y que ha tenido su seguimiento en la del TS, órgano que ha consolidado al respecto una línea jurisdiccional que con razón puede considerarse de innovadora, integradora y ponderada, innovadora porque se basa en una interpretación original y ciertamente *sui generis* de los apremios ordinamentales cobijados en el artículo 7, objeto de comentario, integradora porque llega a unas conclusiones optimizadoras de su significado que a buen seguro no se hubieran alcanzado sin el *imperium* de tan Alto Tribunal, ponderada, porque tales conclusiones, aun inscribiéndose en la aludida línea de maximización del precepto discutido (o sea, del plurimencionado artículo 7) se hallan muy alejadas de los planteamientos igualitaristas a ultranza —y ello utópicos— de las SS antes referidas de 23 de mayo de 1988 y 7 de noviembre de 1989, línea jurisdiccional que a mi juicio parte de las siguientes premisas: a) el artículo 7 del Convenio de Doble Nacionalidad entre España y Chile (y el correlativo con el Perú) acreditan «per se» un valor incuestionable, no materializando el mismo un puro mecanismo de remisión

a la Ley interna; b) el ejercicio de los derechos consignados en el apartado 2 del artículo 7 de los aludidos Convenios (entre ellos el de residir laboral o extralaboralmente en España) debe modularse por lo que establece el Acuerdo de Supresión de Visados y la normativa doméstica, pero sólo en parte, tal como tendremos ocasión de exponer, premisas que nos van a servir de asideros especulativos para la adecuada comprensión de las sentencias que voy a explicitar.

a'b) *Relación de sentencias del TS con incidencia en este orden de cuestiones*

Pueden considerarse como tales las que a continuación vamos a recensionar, distinguiéndolas en dos grandes grupos, según que afecten a los peruanos o a los chilenos (sin que hasta el presente se haya dictado ninguna en relación con los ecuatorianos). Veamos:

a" a) *Afectantes a los chilenos*

1) Sentencia de 21 de mayo de 1990 (Sala 3.ª Sección 7.ª).—En ella se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación legal de la Administración contra la de instancia procedente de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Territorial de Santa Cruz de Tenerife, en la que se revisó la legalidad de una denegatoria dimanante de la Dirección Provincial de Trabajo de dicha ciudad afectante a un súbdito chileno y motivada por la existencia de trabajadores españoles en paro en la categoría solicitada, todo ello en razón a lo prescrito en los entonces vigentes Decreto 1870/68 y Real Decreto 1031/80, de 3 de mayo.

En tal sentencia, y en su Fundamento de Derecho primero, único que nos interesa, se dice literalmente que:

«Recurre en apelación contra la sentencia dictada en primera instancia que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto, el representante legal de la Administración, quien fundamenta su recurso en la sola alegación de que el artículo 7 del convenio hispano-chileno de 24 de mayo de 1958, a su juicio, no ampara la pretensión adversa, ya que el permiso interesado en ésta se refiere al desarrollo de un trabajo por cuenta ajena, mientras que el mencionado convenio internacional al hablar de “oficios y profesiones” se está refiriendo al desempeño de los mismos por cuenta propia como deriva de la utilización del verbo “ejercer”, alegación improsperable pues el precepto citado, en su segundo párrafo, al estar concebido en los términos de que los españoles en Chile y los chilenos en España

pueden ejercer oficios y profesiones en las mismas condiciones que los nacionales, no distingue entre oficios y profesiones por cuenta propia o ajena, reconociéndose el derecho al trabajo sin ningún condicionamiento y la palabra “ejercer” tiene la acepción de trabajar o practicar los actos propios de un oficio o profesión, sin distinción alguna; tampoco obsta a la concesión verificada que el tercer párrafo del precepto comentado establezca que “el ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejecutan”, ya que con ello se está refiriendo, en el supuesto de trabajadores por cuenta ajena, a las normas laborales del país en que se lleva a cabo el trabajo, sobre jornada, horario, descanso, concertación, etc.».

Por otra parte, y teniendo en cuenta que la sentencia que acabamos de evidenciar confirma la recurrida en apelación, entiendo que es útil aludir también a esta última, siendo así que sin su conocimiento careceríamos de una de las claves de esta historia jurisdiccional, interés, por otra parte, acrecido, dado que la doctrina sentada por la sentencia de instancia que vamos a literalizar (en parte) ha trascendido, dado su interés, a un número considerable de otras ulteriores, incluyéndose entre éstas algunas procedentes del propio Tribunal Supremo, sentencia que en su tarea revisora de la denegatoria administrativa aludida reza literalmente en su Fundamento de Derecho segundo, que:

«Aunque la Ley de Extranjería de 1 de julio de 1985 deroga la de 30 de diciembre de 1969, que con carácter general equiparaba a efectos laborales a los trabajadores hispano-americanos con los españoles, tal derogación no puede hacerse extensiva a los Tratados internacionales de que sea parte España, como afirma el artículo 3 de aquélla, los cuales únicamente lo serán por los medios previstos en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho Internacional, al imponerlo así el artículo 96 de la Constitución».

Tras esta aproximación a lo que podría calificarse de teoría general sobre la vigencia de los Instrumentos de pacción internacionales, de la que se extrae la vigencia sin fisuras en el día de hoy de los que estamos barajando en el curso de estas observaciones (y cuya beligerancia en el sector normativo de la extranjería queda expresamente corroborada por el artículo 3 de la LOE), el Tribunal de Instancia pone de manifiesto, adentrándose ya directamente en el quid de la litis sometida a su jurisdicción que:

«El artículo 7 del convenio de 24 de mayo de 1958, celebrado entre España y Chile, señala en su párrafo 2 que los españoles en Chile y los

chilenos en España (aunque no gocen de doble nacionalidad) podrán especialmente ejercer oficios y profesiones en las mismas condiciones que los nacionales. Tal equiparación hace inviable una negativa a la concesión de permiso de trabajo a tales extranjeros a pretexto de paro entre españoles, pues ello equivaldría a darles un tratamiento discriminatorio, cuando realmente el ordenamiento jurídico en este sector quiere que sean iguales. A lo razonado no se opone el último párrafo del indicado artículo 7, en donde se indica que el “ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan”, ya que una cosa es la concesión del derecho, para el cual como se dijo, no hay limitaciones, y otra su ejercicio que deberá someterse —no sólo ellos sino también los nacionales— a las normas laborales españolas sobre jornadas, horarios, descanso, concertación, etc.»

A la vista de estos pronunciamientos, confirmados en su integridad por la STS antes indicada, es decir, la de 21 de mayo de 1990, es evidente la potenciación que experimenta el artículo 7, objeto de permanente referencia, ya que en obsequio a su tenor los iberoamericanos quedan hurtados a los impedimentos que supone para ellos la alegación de la situación nacional de empleo como causa impeditiva de sus demandas laboral-residenciales en España, tanto si es en relación con los permisos de trabajo por cuenta ajena como si lo son por cuenta propia (cual era el caso en el debate jurisdiccional objeto de comentarios), hurtamiento que implica el atribuir un contenido específico al meritado precepto, aunque tal contenido no llega a «devorar» la aplicación de la normativa común, siendo así que del contexto de la sentencia glosada resulta evidente la exigencia de que el extranjero en cuestión obtenga el pertinente permiso de trabajo, circunstancia que viene a drenar cualquier tipo de entusiasmo equiparador entre españoles y extranjeros al efecto.

De todos modos, el dato de que tal exigencia quede incólume no empece en absoluto el que las sentencias referidas —la de instancia y la del TS que la confirmó— se conviertan en los polos de toda una manera de entender las cosas, ya que las mismas son al propio tiempo revolucionarias y equilibradas porque sin su decisión al respecto, los iberoamericanos concernidos hubieren quedado totalmente al margen del régimen preferencial concebido por el artículo 38 del RLOE, siendo así que este artículo no les menciona en absoluto; equilibradas porque las supradichas sentencias adoptan una actitud equidistante entre las posiciones maximalistas y las depredadoras de la virtualidad del artículo 7, distanciándose de éstas en no considerar que el precepto en cuestión sea un puro compendio de principios generales necesitados en cualquier caso del apoyo que ha de serle prestado por la normativa doméstica sobre extranjería en su integridad (con lo que tales

iberoamericanos permanecerían totalmente alejados del indicado artículo 38 RLOE) y difiriendo de las primeras, o sea, de las incentivadoras a ultranza del más que pluricitado artículo 7 por el hecho de que las mismas parten de la necesidad de que el extranjero concernido obtenga el permiso de trabajo de rigor, circunstancia que evidentemente desequipara su posición jurídico en su eventual cotejo con la del español, siendo así que éste se halla totalmente sustraído a tal exigencia.

Concluyendo con este compendioso análisis de las sentencias referidas, tengo que resaltar el dato de que éstas no agotan, ni mucho menos, toda la problemática que se concita en torno al potencial significado del artículo 7, siendo así que las mismas no hacen la más mínima alusión al tema de si los extranjeros beneficiarios de su virtualidad quedan dispensados «per se» de la necesidad de obtener el visado especial de residencia que les exige el pertinente acuerdo de supresión de visados y la normativa común española sobre la materia, omisión que también afecta a toda la fenomenología conectada con la eventual obtención de la dispensa del mismo, exoneración que podría, en su caso, fundarse en la vigencia del plurimencionado artículo 7, considerando como razón excepcional a valorar el hecho de acreditar el postulante la ciudadanía chilena.

2) Sentencia, también de 21 de mayo de 1990, del TS (Sala 3.ª, Sección 8.ª)—En esta sentencia, que es revocatoria de la anteriormente indicada, procedente de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, de 23 de mayo de 1988, se aborda, precisamente, una de las cuestiones omitidas por la anteriormente recensionada, punto que es el relativo a si los beneficiarios del sistema instrumentado por el artículo 7, objeto de constante alusión, quedan exceptuados de la necesidad de obtener el visado consular de residencia que con carácter general les es demandado por el correspondiente acuerdo de supresión de visados y por la preceptiva doméstica «ad hoc», surgiendo, aunque de forma bastante más errática, el tema relativo a la eventual dispensa gubernativa del mismo, sintetizándose el componente fáctico de la historia jurisdiccional entrañada en el Fundamento de Derecho primero, según el cual:

«Doña Blanca Ester R. A. de nacionalidad chilena, provista de pasaporte chileno familiar en que se incluye a sus dos hijos de once y cuatro años de edad, en el que consta su visado del Consulado Español en Santiago de Chile que la autoriza para realizar tres entradas en España, permaneciendo en este país durante noventa días, solicitó exención de visado consular que hace extensivo a sus dos hijos, presentando copia de acta notarial suscrita por el esposo de su hermana, domiciliados ambos en Palma de Mallorca, comprometiéndose a sufragar las necesidades económicas de la misma y de sus hijos en España, contestando el delegado del Gobierno en la Comunidad

Autónoma de las Islas Baleares que de la documentación que acompaña no acredita que concurren en su persona las razones que de acuerdo con el artículo 5.4 del Real Decreto 1119/86 que aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, que justifiquen la exención de visado que solicita, debiendo tramitar su obtención conforme al artículo 12 de la Ley Orgánica, resolución mantenida al resolver el recurso de reposición».

Tal es el relato fáctico y administrativo del *thema decidendi* a heterocomponer judicialmente, narración de la que se desprenden: a) Que la súbdita chilena interviniente había entrado en España con sus dos hijos menores, en virtud del pertinente visado consular obtenido exclusivamente con finalidades turísticas; b) Que se adentró en la irregularidad administrativa al permanecer en nuestro país por más tiempo del autorizado; c) Que con el objetivo de subsanar tal irregularidad solicitó la exención del visado consular al delegado del Gobierno correspondiente, y d) Que éste rechazó en todas las instancias, la pretensión deducida al efecto, reconduciendo el tema a la legislación común, desconociendo el posible efecto subsanatorio *per se* (o permitiente de una ulterior convalidación administrativa) derivado del artículo 7, objeto de permanente análisis en este trabajo, aplicando a rajatabla al caso controvertido las instrucciones incorporadas a la Circular interpretativa antes dicha de 1 de julio de 1988, dimanante, tal como apuntamos anteriormente, de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Interior y de Trabajo y Seguridad Social, disposición que al componer el elenco de supuestos en los que es factible la dispensa gubernativa del visado consular de residencia omitido, no hace ningún tipo de alusión a los iberoamericanos amparados por los respectivos Convenios de doble nacionalidad.

En base a las susodichas premisas, se dictó la Sentencia de Instancia recurrida en apelación, refiriéndose a este evento el Fundamento Jurídico segundo de la que nos ocupa, que sienta literalmente que:

«Interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Sala de esta jurisdicción de Palma de Mallorca, por Sentencia de 23 de mayo de 1988, en atención a que según el artículo 13 de la Constitución, los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el título I de la misma en los términos que establezcan los Tratados y las Leyes y dentro de esta perspectiva el artículo 7 del Convenio de doble nacionalidad de España con la República de Chile de 24 de mayo de 1958 que dice: “Los españoles en Chile y los chilenos en España que no estuvieren acogidos a los beneficios que les concede este Convenio continuarán disfrutando los derechos y ventajas que les otorguen las legislaciones chilenas y españolas respectivamente; en consecuencia, podrán especialmente: viajar y residir en los territorios respectivos, establecerse donde quiera que lo juzguen conve-

niente para sus intereses, adquirir y poseer toda clase de bienes muebles e inmuebles; ejercer todo género de industria; comerciar tanto al por mayor como al por menor; ejercer oficios y profesiones gozando de protección laboral y Seguridad Social y tener acceso a autoridades de toda índole y a los Tribunales de Justicia, todo ello en las mismas condiciones que los españoles"; y de otro, que la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y el Reglamento de ejecución de la misma aprobado por Real Decreto 1119/86, de 26 de mayo, regulan la situación de "mera estancia" que normalmente no puede superar los noventa días, así como la "residencia" que supone la obtención de un permiso cuya validez máxima, con sus prórrogas, no puede exceder de cinco años, salvo en supuestos de arraigo especial —art. 13.1.b)— que por sus características de situación más estable obliga a considerarlas circunstancias concurrentes, estableciendo el artículo 3.3 que "lo dispuesto en la presente Ley se entenderá en todo caso sin perjuicio de lo establecido en las Leyes especiales y los Tratados internacionales en los que sea parte España".

La sentencia de instancia continúa diciendo que una interpretación de la anterior normativa conduce a estimar el recurso porque es evidente que los ciudadanos chilenos no precisan en España de autorización para residir, ya que disfrutan de todos los derechos que les reconoce el artículo 7 del Convenio de forma indefinida, no estando sujetos, en consecuencia, a las limitaciones temporales y requisitos establecidos con carácter general sobre extranjeros, por lo que no habrá de reconocer a la recurrente y a sus hijos menores, los derechos enunciados en la normativa especial fijada por el Convenio, tesis que reproduce la mantenida por la Sala del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1982 y que aunque es anterior a la Ley Orgánica 7/85, de no seguir dicha interpretación se vulnerarían los artículos 19 y 33 de nuestra Constitución».

Teniendo a la vista el texto de la sentencia de instancia (y recurrida por la representación legal de la Administración) llama poderosamente la atención la firmeza con que se defiende en la misma la que puede considerarse como virtualidad máxima del artículo 7, objeto de análisis, alcance en obsequio del cual se produce una equiparación absoluta entre los chilenos y los españoles en cuanto a las facultades residenciales que unos y otros pueden ejercer sobre el territorio nacional hasta el punto de que ni siquiera necesitan proveerse de la autorización de residencia, hecho que determina el que las cuestiones relacionadas con tal obtención devengan absolutamente irrelevantes, calificativo que se pueda aplicar a los temas conectados con la consecución del visado consular para residir y a la dispensa, en su caso, del mismo.

Es tal el grado de potenciación aludido que el mismo no podía prosperar. Por ello, el TS (conociendo en apelación), tras poner de relieve en su

Fundamento Jurídico tercero la normativa a aplicar, y determinados matices de su aplicación («Entrando a conocer el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado, ha de tenerse en cuenta que el artículo 4 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, que reguló los derechos y libertades de los extranjeros en España, establece que los mismos gozarán de los reconocidos en el Título I de la Constitución Española en los términos establecidos en dicha Ley y en las que regulan el ejercicio de cada uno de ellos, por lo que el derecho reconocido a los españoles en el artículo 19 de la Constitución habrá de ser interpretado en cuanto a los extranjeros en función de lo establecido en la citada Ley Orgánica, en lo que aquí respecta en los artículos 12 y siguientes, distinguiendo entre los visados de estancia y residencia») se encarga en desmontar el dispositivo resolutorio de la sentencia recurrida diciendo literalmente en su Fundamento Jurídico cuarto que:

«No puede producir los efectos que pretende la parte recurrente y establece la sentencia recurrida, el Convenio de doble nacionalidad de España con la República de Chile de 24 de mayo de 1958, porque no es de aplicación automática, puesto que está condicionado a la concesión de la segunda nacionalidad en la forma prevista por la legislación que esté en vigor en cada uno de los países, surtiendo plenos efectos a partir de la fecha en que se hayan practicado las inscripciones de los chilenos en España, gozando desde entonces de la plena condición jurídica de nacionales, sin que sea aplicable el artículo 7 en que se apoya la sentencia para estimar el recurso, porque remita sus derechos y ventajas a los que otorgue la nacionalidad española; porque la locución contenida en dicho artículo referente a que los chilenos en España que no estuvieren acogidos a los beneficios que les concede este Convenio “continuarán disfrutando de los derechos y ventajas que les otorgue la legislación española”, se refiere a aquellos que en el momento de la aprobación del convenio estuvieren residiendo en España y además porque el Canje de Notas de 22 y 25 de abril de 1959 sobre supresión de visados a los súbditos de Chile, posterior por tanto en el tiempo al Convenio de doble nacionalidad, exime a estos de la obtención del visado —punto 2 del Acuerdo— para entrar y permanecer en España sin necesidad de visado consular por períodos no superiores a tres meses, siempre que estén provistos de pasaporte válido expedido por las autoridades competentes de su país y —punto 3— que en el caso de que estas personas hubiesen entrado en el país del que son extranjeros sin visado y desearan prolongar su estancia más de tres meses, deberán solicitar el permiso correspondiente de las autoridades del país en que se hallen, autorización que las referidas autoridades podrán conceder o no, y en su apartado 4, que la formalidad del visado consular es necesaria para los españoles

y chilenos que entren respectivamente en territorio chileno y español para una estancia superior a tres meses o con el ánimo de establecer allí su residencia o dedicarse al ejercicio de una profesión, remunerada o no».

Acabando con su tarea de desmontaje de la «ratio decidendi» de la sentencia apelada, la que nos ocupa sentó en su Fundamento Jurídico quinto que: «En atención a lo expuesto, a que las dos Sentencias de este Tribunal de 6 de octubre de 1982, aún referidas a extranjeros, se refieren a cuestiones distintas a la aquí debatida; a que como argumenta el Abogado del Estado, carecen de actualidad por haberse dictado con anterioridad a la citada Ley Orgánica de 1985 y a que la sentencia se limita genéricamente a atribuir al acto administrativo impugnado la supuesta lesión de los artículos 19 y 33 de la Constitución sin exponer las razones por las que estima dicha lesión, procede con estimación del recurso interpuesto revocar la sentencia apelada sin expresa declaración sobre costas».

Tal es el cuerpo de doctrina que fluye de la decisión del TS que acabamos de recensionar, resolución que se inscribe en la línea interpretativa más inflexible que pueda propiciarse al respecto y cuya clave de bóveda consiste en la inaplicabilidad del contenido del artículo 7 debatido en cuanto estatuyente de un régimen peculiar —aunque parcial— de extranjería, régimen cuya beligerancia se rehúsa en base a la serie de consideraciones con que se teje la urdimbre asertiva de la sentencia en cuestión, observaciones algunas francamente discutibles, tales como aquélla referida a que los derechos y ventajas atribuidos por la legislación española, se refiere sólo a aquellos chilenos que se hallaren residiendo en España en el momento de la aprobación del Convenio que nos ocupa, discurso que de admitirse daría entrada en este orden de cuestiones a una doble categoría de ciudadanos de tal nacionalidad, dependiendo la envergadura de su concreto *status* jurídico en España de un hecho tan contingente como es el de la fecha concreta en que se inició su residencia en nuestro país (dato, por otra parte, cuya relevancia no es dable constatar en méritos a una interpretación mínimamente coherente del tenor literal del indicado artículo 7).

Tampoco me parece de recibo de la sentencia comentada el que en la misma se diga que el Convenio que nos ocupa no es de aplicación inmediata, puesto que su concreta virtualidad se halla condicionada a la obtención de la segunda nacionalidad en la forma que tal Instrumento prevé, afirmación que de prosperar daría al traste con todo el proceso de potenciación de su eficacia que, en mayor o menor medida, se viene postulando para aquellos ciudadanos nacionales de los países firmantes que no adven-gan —porque no quieran o no puedan— a la condición de doble nacionales.

En realidad, la revocación de la sentencia recurrida era fácilmente justificable con sólo poner en evidencia su carácter contradictorio con lo

previsto en el apartado 3 del propio artículo 7, objeto de constante alusión, pudiendo utilizarse también —como argumentó *a fortiori*— el contenido del Acuerdo de supresión de visados entre España y Chile, argumento a la postre utilizado (aunque atribuyéndole una relevancia superior a la verdaderamente acreditada) por la sentencia que acabamos de recensionar, resolución que por méritos propios merece el calificativo de singular en el orden judicatorio que estamos contrastando.

3) Sentencia del TS de 13 de diciembre de 1990.—En esta sentencia, y en relación con otra anterior de instancia (que fue revocada) por la que se confirmaba una denegatoria administrativa del correspondiente permiso de trabajo postulado por un súbdito chileno, se dijo, en su Fundamento Jurídico único, lo siguiente:

«Un súbdito chileno, residente en España desde 1974, con contrato laboral suscrito con empresa distribuidora de prensa, dado de alta en la Seguridad Social, con anterioridad y en la actualidad, puede recabar la concesión de Permiso de Trabajo, invocando para ello la aplicación del artículo 7 del Convenio de 24 de mayo de 1958, ratificado por Instrumento de 28 de octubre, como Tratado internacional en que ha tomado parte España, aplicable según el artículo 3 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio. Toda la cuestión consiste en determinar si el ámbito, extensión y contenido del meritado artículo 7 del referido Convenio permite que el recurrente pueda trabajar en España, para lo cual debe sentarse el principio general contenido en el citado artículo 7, del que se deduce que los chilenos en España, aunque no hayan adquirido la doble nacionalidad —que es el supuesto de autos— continuarán disfrutando los derechos y ventajas que otorgue la legislación española, entre ellos —en su consecuencia, dice el precepto— el de ejercer oficios y profesiones, gozando de protección y seguridad social en las mismas condiciones que los nacionales, es decir, que los españoles. Esto es así, porque el referido Tratado está vigente y no ha sido denunciado por ninguna de las partes contratantes y porque es norma específica, respetada por la nueva Ley de extranjería, que no puede derogarlo; lo decisivo es que los chilenos pueden especialmente viajar y residir en España aunque no estén acogidos a los beneficios del Convenio, establecerse donde quiera que lo juzguen conveniente para sus intereses, todo ello en las mismas condiciones que los nacionales; por reciprocidad y en aplicación del mentado artículo 7, a los españoles les ocurriría igual en Chile y así podrán hacer lo mismo en las mismas condiciones que los chilenos: es decir, contrariamente a lo que se sostiene en la sentencia apelada, lo determinante es situarse en las mismas condiciones que los españoles —en las que se encuentra el recurrente— por lo que ha de estarse a lo que disponga la legislación con respecto a los extranjeros, como si el Convenio

no existiese o estuviese denunciado, sino que lo importante es que tanto los españoles como los chilenos, respectivamente, en cada una de estas dos naciones, han de recibir, los chilenos en España y los españoles en Chile, el mismo trato que los respectivos nacionales; entender lo contrario es desconocer la equiparación de trato, respectivamente, de que gozan los chilenos en España y los españoles en Chile, en las mismas condiciones que sus respectivos nacionales; en su consecuencia no se admite la tesis sustentada por la sentencia recurrida al desestimar el recurso interpuesto, por lo que procede acoger la apelación con obligada revocación de la misma, todo ello sin apreciar motivos de los que dan lugar a una condena en costas en ninguna de ambas instancias».

Las claves sobre las que se sustenta la congruencia del sentir decisorio de la sentencia objeto de mi presente comentario son, a mi juicio, las siguientes: *a)* La vigencia sin tacha del Convenio de doble nacionalidad de España con Chile; *b)* La consideración de que el artículo 7 del mismo dispone de un contenido propio y no estrictamente remisivo; *c)* Tal contenido se identifica en gran parte con el establecimiento de un régimen de equiparación absoluta entre españoles y aquellos chilenos no acogidos a la doble nacionalidad convencional que el mismo Instrumento articula; *d)* Tal absolutividad equiparativa no llega hasta el punto de considerar que tales chilenos queden al margen de la necesidad de obtener el permiso de trabajo, aunque su discernimiento puede arroparse del paradigma de la obligatoriedad de su comprensión para la Administración española, y *e)* La falta de abordaje por dicha sentencia de las cuestiones más conflictivas en este orden de magnitudes y que son aquéllas que hacen alusión a si el extranjero en cuestión debe ser dispensado de la necesidad de obtener el visado consular de residencia o en el caso contrario, su nacionalidad chilena puede suponer para él un privilegio —en cuanto aspecto excepcional a valorar— a los efectos de conseguir la exención gubernativa de tal visado.

4) Sentencia del TS de 4 de marzo de 1991.—En el curso de las observaciones que han antecedido hemos hecho referencia a una Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 29 de octubre de 1988, en la que se ventiló la justeza de una denegatoria dimanante de la Delegación de Gobierno de las Islas Baleares, por la que se rechazó la pretensión de una postulante de nacionalidad chilena dirigida a la obtención de un documento no regulado en la legislación especial de nacionalidad y extranjería en virtud del cual se reconociesen los derechos de la misma a residir en España en base a lo previsto en el artículo 7, objeto de constante atención, denegatoria a la postre confirmada por la indicada sentencia, que fue a su vez apelada, apelación a la que puso término la sentencia del Tribunal Supremo que acabamos de mencionar y a cuya glosa voy a destinar las

líneas siguientes, apuntando al efecto que centra adecuadamente el debate procesal a conocer el Fundamento Jurídico primero de la calendada sentencia al afirmar, «ad litteris», que:

«Las cuestiones a examinar en el presente recurso se contraen en definitiva a cuál es la interpretación correcta en Derecho del artículo 7 del Convenio de Doble Nacionalidad entre España y la República de Chile y cuáles son los términos en que dicho Convenio otorga derechos a los españoles en Chile y a los chilenos en España.

Pues en definitiva, si el Convenio internacional citado otorgase los derechos que la recurrente pretende le sean reconocidos, ningún precepto de nuestro ordenamiento se opone a que se le expidiese un documento como el que solicitó de la Delegación de Gobierno en las Islas Baleares, aún tratándose de un documento no previsto en la legislación de nacionalidad y extranjería. Antes al contrario, el artículo 70 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que toda persona natural o jurídica puede elevar instancias a las autoridades y obviamente al resolver dichas instancias las autoridades pueden dictar un acto administrativo válido, aunque no sea un acto típico expresamente previsto en una norma, con tal de que el contenido de dicho acto se ajuste a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y sea adecuado a sus fines, según el artículo 40 de la citada Ley».

Tras el aludido centraje del objeto procesal del recurso de apelación sustanciado, el TS emprende su tarea revisora poniendo de manifiesto cuáles van a ser los dispositivos normativos a considerar en el curso del debate jurisdiccional emprendido, señalando taxativamente al respecto, en el Fundamento de Derecho segundo, que:

«Para pronunciarse sobre la aplicación del Convenio a que se refiere el Fundamento Jurídico anterior debe partirse de los artículos correspondientes de la Constitución, es decir, del artículo 13 que reconoce a los extranjeros las libertades y derechos de los españoles en los términos que establezcan los Tratados internacionales y la Ley, y el artículo 96 que dispone que los Tratados internacionales, válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente, forman parte del ordenamiento interno.

A la vista de dichos preceptos, y habida cuenta de la válida celebración y publicación oficial del Convenio de Doble Nacionalidad con Chile, para determinar si nuestro ordenamiento otorga los derechos que la parte actora pretende le sean reconocidos, es preciso estar a lo que dispone el Convenio citado y la Legislación española sobre la materia».

Tras esta sintética puesta de manifiesto de los materiales normativos a considerar de forma convergente, el TS, en el Fundamento Jurídico siguen-

te, o sea, el tercero, entra decididamente en «harina» interpretativa señalando que:

«Esta necesidad de interpretar conjuntamente el Convenio y la Ley interna podría plantear problemas interpretativos si hubiese contradicción entre ellos, pero no sucede así en el supuesto a que se refiere el presente recurso. Antes bien, un estudio de los preceptos pertinentes al caso conduce a la conclusión de que lo aplicable es la legislación interna.

En efecto, el artículo 7 del repetido Convenio de Doble Nacionalidad con Chile otorga diversos derechos a los chilenos residentes en España que no disfruten de la doble nacionalidad, pero en cuanto al ejercicio de estos derechos remite en su inciso final “a la legislación del país en que tales derechos se ejerciten”. Por otra parte, la legislación interna sobre nacionalidad y extranjería constituida por la Ley Orgánica 7/85 y su Reglamento aprobado por Real Decreto 1119/86, aun dando preferencia a ciertos efectos a los ciudadanos de países iberoamericanos como, por ejemplo, a efectos de obtención del permiso de trabajo, establece en el artículo 3 de la Ley Orgánica que lo dispuesto en el texto legal se entenderá sin perjuicio de las leyes especiales y tratados.

Pero como el caso es que el convenio con Chile se remite precisamente a la legislación interna, es indudablemente ésta la que resulta de aplicación».

Tal es el conjunto de reflexiones que como soporte motivador de la decisión que va a seguir explaya el TS, observaciones orientadas a poner de manifiesto la inanidad del artículo 7 que estamos viendo desde el punto de vista ordinamental, siendo así que éste no es sino un puro apunte remisorio a la legislación interna, que es, en suma, la que va a gobernar toda esta problemática, remisión excluyente que viene a vaciar de sentido específico el tenor literal del precepto en cuestión, que se convierte así, por obra y gracia de esta sentencia, en una pura declaración de principios sin ninguna beligerancia práctica, resultando así totalmente neutralizado el criterio equiparador consignado en el último inciso del apartado segundo del más que citado artículo 7 del Convenio de Doble Nacionalidad celebrado entre España y Chile.

Así pues, y en méritos a todo lo que acabamos de explicitar, no cabía otra solución jurisdiccional que la que cristalizó en el Fundamento Jurídico cuarto de la sentencia materia de esta glosa, pasaje contenedor del fallo que sienta literalmente que:

«Por tanto, el ejercicio de los derechos que la recurrente pretende le sean reconocidos debe efectuarse sometiéndose a lo dispuesto en la legislación española sobre nacionalidad y extranjería, por lo que procede deses-

timar el recurso y confirmar la sentencia recurrida», conclusión judicial que resulta totalmente congruente con el tejido de reflexiones antes literalizadas y que parte de la idea de que la remisión a la normativa interna que impone el último apartado del precepto cuya investigación nos ocupa (en cuanto tuteladora del ejercicio de los derechos que el indicado precepto enumera) acredita un carácter totalizador, abarcante por completo de la regulación de tal faceta ejercitativa en sus dos anteriores modalidades dichas, o sea, aquélla que atañe a sus concretos presupuestos de procesalidad y la que disciplina sus singulares alternativas de funcionamiento, una vez ya en plena activación, regulación, pues, por la normativa interna que acantona el contenido del más que citado artículo 7 en lo puramente remisivo, carente por ello de cualquier significado normador *ex proprio*.

5) Sentencia de 4 de diciembre de 1991.—En esta sentencia, de la que fue ponente el magistrado CONDE MARTÍN DE HUAS, se abordó, en línea con otra de 23 de febrero del mismo año (que tuvo idéntico ponente), el tema que nos preocupa, partiendo de la situación fáctica materializada en una denegatoria administrativa relativa a un permiso de trabajo postulado por un súbdito chileno, basándose su sentido decisonal (negativo, tal como hemos indicado) en «no quedar justificada la necesidad o conveniencia para el empleo y la economía nacional» del permiso solicitado (y denegado), todo ello de conformidad con lo establecido por el artículo 18 de la LOE, señalándose en la mencionada denegatoria, «que no se da ninguna de las circunstancias que el artículo 18.2 de la Ley 7/1985 recoge para favorecer la concesión del permiso de trabajo solicitado», sin que desvirtúe lo expuesto la concurrencia en el solicitante de la preferencia establecida en el artículo 18.3.f) de la Ley 7/1985, ya que el mismo es de aplicación en caso de concurrencia de solicitantes, cuando todos ellos reúnen los presupuestos para la concesión del permiso de trabajo, cosa que no sucede en el caso enjuiciado».

Tal es la ratio de la historia jurisdiccional que encarna en el procedimiento que culmina con la sentencia materia de comentario, resolución que únicamente nos interesa en lo que atine al tema relativo al valor que deba atribuirse al artículo 7 del Convenio objeto de permanente referencia, descartándose el análisis de otros componentes de la misma que apuntan a los restantes puntos conformadores del objeto procesal sometido a debate.

Pues bien, arrancando de este previo confinamiento especulativo, tengo que poner de relieve que frente a la imputación procedente del Tribunal «a quo» absolutamente minusvalorador del alcance del artículo 7, objeto de análisis («se rechaza la petición del justiciable, entre otras razones que no vienen ahora a cuento, porque “el Convenio invocado, en cuanto hace referencia a los súbditos de los dos países que no adquieran la doble nacionalidad, se remite a la legislación respectiva”, por lo que “no basta la mera invocación del Convenio internacional de doble nacionalidad para justificar

la procedencia de la concesión del permiso de trabajo, y la anulación de las resoluciones recurridas, sino que habrá de estarse a lo que establezca, y establece, la legislación española»), la sentencia sometida a nuestra presente consideración efectúa una defensa —enérgica y fundamentada en su concepción— del valor intrínseco o «per se», y no puramente remisivo (y mucho menos programático) del artículo objeto de constante imputación asertiva, señalando «ad litteris», en su Fundamento Jurídico cuarto (que reproduce en lo esencial la *ratio decidendi* recogida en la antes dicha Sentencia de 23 de febrero de 1991) que:

«En cuanto a la segunda de las alegaciones apelatorias, debe también aceptarse la tesis del apelante de la inmediata fundamentación de su derecho en el artículo 7 del Convenio de doble nacionalidad con Chile, y en la intrascendencia de la situación nacional de empleo en este caso, cuestión sobre la que ya existe una reiterada jurisprudencia de esta Sala, que aquí debe reiterarse (SSTS de 21-5, 1-6, 7-7 y 19-11-1990, 23-2 y 4-3-1991).

La Ley Orgánica 7/1985, en su artículo tercero, establece que “lo dispuesto en esta Ley se entenderá en todo caso sin perjuicio de lo establecido en las Leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que sea parte España”, lo que implica salvar la eficacia de estos Tratados. En el Convenio que nos ocupa, y en su artículo 7, se consagra inequívocamente el derecho de los chilenos en España (y de los españoles en Chile) a ejercer todo género de industrias y “ejercer oficios y profesiones gozando de protección laboral y de la Seguridad Social”.

No se trata de una simple remisión desde el Convenio a la legislación española, como ocurre en otros convenios, y en cuya técnica normativa, al cambiar la legislación española, pueden cambiar los derechos de los extranjeros concernidos por el Convenio, sino que en el Convenio internacional con Chile se incluye un contenido propio y específico, y no sólo una abstracta remisión a la legislación de los Estados firmantes. Es en ese contenido propio, respetado por el artículo 3 de la LO 7/1985, en donde radica el título del derecho que el actor reclama, y el que exigía el otorgamiento del permiso solicitado, cuya negación por tanto resulta contraria a derecho y nula, conforme a lo dispuesto en el artículo 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, debiéndose declarar así, según lo dispuesto en el artículo 84.a) de nuestra Ley Jurisdiccional, con el consiguiente éxito de la apelación contra la sentencia recurrida, y revocada ésta, del recurso contencioso-administrativo que por ella se desestimó.

El dato de que el artículo 7 del Convenio, tras la enunciación de los derechos que consagra, se cierre con la expresión de que “el ejercicio de estos derechos quedará sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejerciten”, en modo alguno tiene el sentido que le atribuye la

sentencia apelada, debiendo distinguirse entre la titularidad del derecho a trabajar en España y el ejercicio de ese derecho, siendo sólo este último, y no el derecho mismo en su atribución al ciudadano de Chile, el que viene sometido a la legislación española, sumisión a ella que, por lo demás, también afecta a los ciudadanos españoles.

Dada la titularidad del derecho a trabajar en España en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles, el condicionamiento de su ejercicio por la legislación española debe suponer la necesidad de proveerse del permiso de trabajo (art. 15 de la LO 7/1985 y 33 de su Reglamento); pero su otorgamiento para la autoridad laboral resulta imperativo por exigencias del Convenio referido».

En relación con esta sentencia, tengo que evidenciar que la misma supuso un hito muy importante en la racionalización de las cuestiones debatidas, siendo notable su instrumentación de una especie de teoría general sobre esta temática cuyas claves son, a mi juicio, las siguientes: a) El artículo 7 resulta plenamente operativo en sede del Derecho español de extranjería, suponiendo el mismo, considerado en aras a lo que postula el artículo 3 de la LOE, un repunte de excepción en este orden de cosas; b) Tal precepto, el pluricitado artículo 7, confiere un *status* singular a los súbditos chilenos que no quieran o no puedan prevalerse de su eventual condición de doblenacionales, *status* cuya funcionalidad se centra en el foro de la extranjería; c) Tal *status* no abarca todo el complejo entramado de posibilidades (y los presupuestos para su ejercicio) que el meritado ordenamiento articula, es decir, no es totalizador de la regulación de las aptitudes capacitativas del indicado extranjero, sino que debe coordinarse, a fin de suplir sus más que evidentes lagunas, con lo que la normativa común sobre el particular postula; d) El meritado *status* especial sólo resulta legítimo en la medida en que el Convenio de doble nacionalidad con Chile acredite un contenido normativo propio y específico, hecho que la Sentencia da por cierto; e) Tal atribución implica, «per se» y consecuentemente, el que el pluricitado artículo 7 no sea una mera recopilación de principios generales y tampoco un mero apunte remisivo a la normativa doméstica (la que sea o pueda ser en el futuro); f) De todos modos, también el alcance remisivo del instrumento en cuestión (y por ende de su artículo 7) es evidente, siendo por ello necesario armonizar el meritado contenido propio con el de las normas comunes sobre la extranjería, y g) Tal coordinación la efectúa la sentencia que nos ocupa, reconociendo dos exigencias plurales, la que afecta al nacional chileno de que se trate, a obtener el permiso de trabajo (lo cual supone la detención por su parte del correspondiente visado de residencia laboral) y la que incumbe a la Administración a concedérselo, y ello sin valorar a tales efectos la situación nacional de empleo.

6) Sentencia de 25 de febrero de 1992.—Esta resolución, cuyo ponente es el mismo que el de la anterior, reproduce, aunque con matices, la argumentación potenciadora de la que acabamos de comentar (siendo también comunes los supuestos fácticos de ambas) incentivación que opera en obsequio a la consideración de que el súbdito chileno de que se trata se halla amparado por el artículo 7, objeto de constante referencia, y que en base a ello el permiso de trabajo que postula no le puede ser denegado en razón a la situación nacional de empleo, tesis, en suma, que es la única que parece consolidada en este orden de cosas, siendo al efecto de reseñar que la misma, que resulta formulada por primera vez de forma expresa en la STS comentada precedentemente, recibió un fuerte espaldarazo por la posterior de 8 de febrero de 1992, de la que merece destacarse sobre el particular, por su carácter lineal y apodíctico, el último apartado de su Fundamento Jurídico segundo, en el que puede leerse que:

«En consecuencia, dada la titularidad del derecho del ciudadano chileno a trabajar en España en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles, el condicionamiento de su ejercicio por la legislación española debe suponer la necesidad de proveerse de permiso de trabajo —art. 15 de la Ley Orgánica 7/85 y art. 33 de su Reglamento— pero su otorgamiento por la Autoridad Laboral resulta imperativo por razones del Convenio de Doble Nacionalidad con Chile de 24-5-1958, ratificado por Instrumento de 28-10-58».

Esta es la postura jurisdiccional que enseñorea también la sentencia que estamos ahora comentando, resolución que si bien es cierto que se limita a reproducir planteamientos asertivos anteriormente enunciados en las sentencias precedentes que la misma menciona en el apartado primero de su Fundamento Jurídico primero («Son reiteradas las sentencias de esta Sala, desde la de 21-5-1990 [entre otras, aparte de ésta, las de 1-6, 7-7, 19-11-1990, 23-2-1991 y 8-2-1992, que en aplicación del artículo 7 del Convenio de doble nacionalidad con Chile, y del Perú, han sostenido la tesis de que dicho precepto consagra directamente el derecho de los súbditos chilenos y peruanos a trabajar en España con la consecuente obligación de las autoridades laborales españolas a otorgarles el correspondiente permiso de trabajo para el ejercicio de su derecho») ofrece la novedad de confinar el objeto procesal a heterocomponer judicialmente en sus justos límites, que son los estrictamente laborales, conectados con el ordenamiento de extranjería, sin permitir extravasaciones adventicias, y así, frente a la súplica de la recurrente en el sentido de que le fuera concedido por la vía jurisdiccional emprendida el permiso de residencia, la sentencia en cuestión rechaza tal petitum —por extravagante—, señalando al respecto, literalmente, en el apartado «in fine» de su Fundamento Jurídico primero que:

«No procede, sin embargo, aceptar la súplica referida al permiso de residencia y peticiones a ella ligadas, que desbordan el marco de la resolución administrativa recurrida, a la que debe contraerse la respuesta jurisdiccional».

a)b) *Afectantes a los peruanos*

En relación con esta categoría de extranjero, también amparados en sus pretensiones laborales a ejercer en nuestro país por el correspondiente Tratado de Doble Nacionalidad (de 15 de mayo de 1959, ratificado por Instrumento de 15 de diciembre del mismo año) se puede percibir la misma línea jurisdiccional que la que ejerce imperio sobre los súbditos chilenos, situación de analogía que en última instancia nos evitaría efectuar su recensión, sin embargo, y a fin de conseguir la máxima claridad sobre la materia (y facilitar al propio tiempo la labor del lector) voy a recensionar, aunque en clave de síntesis, las sentencias de mayor impacto sobre los puntos debatidos en el curso de estas consideraciones y que tengan como prístinos destinatarios a los indicados súbditos peruanos.

1) Sentencia de 7 de julio de 1990.—En esta sentencia se pone fin a la apelación planteada por la parte demandante respecto de otra procedente de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona de 8 de febrero de 1989, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución administrativa denegatoria del permiso de trabajo solicitado por el recurrente, fundándose la apelación, aparte de en determinados fallos procedimentales del expediente instruido «ad hoc» y en la carencia de suficiente motivación de la resolución dicha, en la efectiva infracción por parte de la sentencia recurrida del Tratado de doble nacionalidad antes aludido, tema que es el único que nos acucia y cuya alegación determinó que el Tribunal Supremo dijese en el Fundamento Jurídico cuarto de su sentencia, apartados dos y tres (únicos que nos interesan) que:

«No es acertada la escueta argumentación de la sentencia apelada en este punto, según la cual el Convenio citado no tiene mayores efectos que la mera remisión a la Ley Orgánica 7/1985”. Lo que hace esta en su artículo tercero (“Lo dispuesto en esta Ley se entiende en todo caso sin perjuicio de lo establecido en las leyes especiales y en los Tratados Internacionales en los que sea parte España”) es salvar la eficacia de los Tratados y Convenios Internacionales, por lo que, si según estos, el súbdito extranjero tiene reconocido el derecho a trabajar en España, ese derecho no resulta recortado por la Ley Orgánica.

En el Convenio de doble nacionalidad que nos ocupa, y en su artícu-

lo 7, se consagra inequívocamente el derecho de los peruanos en España (y de los españoles en Perú) a ejercer todo género de industria y “ejercer oficios y profesiones gozando de protección laboral y de seguridad social”. No se trata de una simple remisión desde el Convenio a la legislación española, como parece indicar la sentencia apelada, en cuya técnica normativa al cambiar la legislación española cambian en la misma medida los derechos de los extranjeros, cual ocurre en otros Convenios internacionales, sino que en el Convenio con el Perú se incluye un contenido propio y específico, y no una abstracta remisión a la legislación de los Estados firmantes. Es en ese contenido propio, respetado en su eficacia por el artículo 3 de la LO 7/85, en donde radica el título del derecho que el recurrente reclama, y el que exigía el otorgamiento del permiso solicitado, cuya negación, por tanto, resulta contraria a derecho y nula».

Vemos, pues, que la línea jurisdiccional de la sentencia cuya «ratio decidendi» acabamos de exponer en lo que nos interesa, se orienta de forma inequívoca a la potenciación de la virtualidad del artículo 7 del Convenio de doble nacionalidad concertado entre España y el Perú, optimización de efectos que viene de la mano del recalcamiento del contenido propio y específico del mismo, dato que excluye la posibilidad de que éste sea estrictamente programático o remisivo, alternativa que vendría a vaciar de virtualidad ordinamental el tenor del artículo 7 que estamos viendo, reflexiones que en cualquier caso deben completarse con las que al encuentro de la Sentencia del TS de 21 de mayo de 1990 (Sala 3.ª, Sección 7.ª) deje escrito en las páginas precedentes.

2) Sentencia de 15 de noviembre de 1990.—Sobre la base de una contienda jurisdiccional prácticamente idéntica a la que motivó la sentencia anterior, el TS en ésta pone de relieve lo que antes aludimos en cuanto elemento racionalizador de la sentencia anteriormente comentada, es decir, que el Convenio de doble nacionalidad entre España y Perú acredita un contenido propio y específico de donde emerge el derecho de los peruanos para trabajar en España en idénticas condiciones que los españoles. Tesis que es, en suma, la misma que la que gobierna la motivación de la sentencia primeramente dicha, es decir, la de 7 de julio de 1990, y que también tuvo su seguimiento en otra ulterior de 19 de noviembre de 1990 (de idéntico tenor racionalizador que las que acabamos de evidenciar).

3) Sentencia de 24 de enero de 1991.—En esta sentencia se debatió la justeza de otra dimanante de la Audiencia Nacional, de fecha 14 de abril de 1989, confirmatoria del contenido de una resolución dictada por el gobernador civil de Barcelona, por la que se expulsó del territorio nacional al recurrente, súbdito peruano, aludiendo a los ingredientes fácticos del debate jurisdiccional seguido al efecto el Fundamento de Derecho primero de la sentencia que nos ocupa, pasaje en el que se lee que «El recurrente entró

en España el 8 de marzo de 1979, sin que hasta el 11 de octubre de 1985 intentase siquiera obtener autorización de residencia hasta que en esta fecha pretendió su regularización, cuando había sido ya expulsado con anterioridad el 28 de febrero de 1985. Por resolución de 18 de julio de 1988, del gobernador civil de Barcelona, obrando por delegación, se acordó su expulsión del territorio nacional, fundándose en lo previsto en el artículo 26.1-a y f de la LO 7/1985, de 1 de julio, por carecer de la documentación adecuada y de medios de vida lícitos».

Con independencia de otros aspectos de la sentencia que no nos interesan ahora, es de hacer notar que el recurrente, aparte de invocar en su favor el principio de presunción de inocencia por lo relativo a la imputación administrativa de que el mismo no disponía de medios lícitos de vida para costear su estancia en España, manifiesto que el Tratado de doble nacionalidad al que venimos haciendo mérito, y concretamente su artículo 7, legitimaban su permanencia en nuestro país, alegaciones que sirvieron para centrar los términos del debate de la forma delineada por el Fundamento tercero («Es evidente, y así lo ha declarado el Tribunal Constitucional, que aparte los derechos que corresponden por igual a cualquier ser humano, otros como los de la libertad de residencia y circulación reconocidos en el artículo 19 de la Constitución, sólo pueden disfrutarlos los extranjeros en los términos establecidos por la Ley y los Tratados, y el artículo 6 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, solamente reconoce aquellos derechos a los extranjeros "que se hallen legalmente en territorio español"». Por esta razón no es posible reputar no ajustado a Derecho por estos motivos, un acto como el recurrido, que precisamente se funda para acordar la expulsión en que el recurrente carece de la adecuada documentación y no se ha hallado legalmente en España desde que entró en el territorio nacional [hace casi once años] sobre todo si a ello se une el hecho de que no se le conozcan [ni haya acreditado] poseer medios lícitos de vida en España y la, cuando menos aparente, negligencia que supone la falta de renovación de los citados documentos. Pero, además, porque cuando intentó regularizar su situación existía ya una orden de expulsión. Ello, aparte de los antecedentes penales») de la sentencia apelada.

Tras esta puesta de manifiesto de la justeza de la orden de expulsión decretada, la misma sentencia aborda el punto relativo al valor que deba ofertarse «ad casum» al artículo 7 del Convenio que estamos debatiendo, cuestión en la que incide directamente el «dictum» de su Fundamento de derecho quinto, que predica literalmente al efecto que:

«La invocación del artículo 7 del Convenio de 26 de mayo de 1959, de doble nacionalidad con Perú, no modifica las consideraciones expuestas. El

mismo regula, fundamentalmente, el régimen de adquisición de la nacionalidad española o peruana para los ciudadanos españoles o peruanos, y el artículo 7 se refiere a aquellos que no se hubieran acogido a esos beneficios, estableciendo que continuarán disfrutándolos, singularmente a que “podrán viajar y residir en los territorios respectivos, establecerse donde quiera que lo juzguen conveniente, etc.”, lo cual significa un amplio reconocimiento de derechos; pero lo que el Tratado evidentemente no autoriza es que esos derechos puedan ejercitarse al margen de cualquier exigencia reglamentaria en orden a su ejercicio, regulación y documentación y, sobre todo, sin documentación alguna que lo acredite. La posibilidad de viajar, residir y establecerse significa que no podrán ser privados de estos derechos pero no que se les exime de obtener la autorización correspondiente al efecto, que es la que en concreto legaliza los términos de la estancia. Y esta autorización e incluso el documento de identificación personal es lo que falta al recurrente. Por eso, se repite, no puede estimarse contrario a derecho el acuerdo de expulsión tampoco desde este punto de vista».

Teniendo a la vista los pronunciamientos de la sentencia recurrida, el TS los acepta en su integridad, limitándose a decir respecto al tema que nos interesa, en el inciso último del Fundamento de Derecho primero, que:

«Los derechos que otorga el artículo 7 del Convenio de doble nacionalidad con Perú, de 26 de mayo de 1959, ratificado el 15 de diciembre siguiente, los peruanos que no hayan obtenido la doble nacionalidad se hallan sujetos a lo establecido en las respectivas legislaciones, por lo que los peruanos que no hayan obtenido la doble nacionalidad únicamente podrán invocar en España, de acuerdo con el citado convenio, los derechos que expresamente les reconozca la legislación española».

A la luz de los planteamientos interpretativos que emergen de las indicadas SS (la del Tribunal «a quo» y la de su confirmatoria del TS) resulta obvia la siguiente conclusión: fuera de las pretensiones residenciales laborales, el contenido del convenio es estrictamente remisivo por lo tocante al ejercicio de los derechos de estancia en nuestro país a desplegar en su caso por los beneficiarios del *status* especial de extranjería instrumentado por el artículo 7 que estamos analizando, hecho que determina una profunda desequiparación efectiva entre los españoles y tales extranjeros, desigualdad que queda establecida con toda su crudeza, y ello pese a lo postulado en sentido contrario —y genéricamente— por el inciso último del apartado 2 del pluricitado artículo 7, objeto de debate, desaparición que cristaliza en la evidencia de que tales extranjeros sólo pueden entrar y estar en nuestro país acomodándose a lo prescrito en la normativa interna común

sobre extranjería, exigencia de la que, como es lógico, quedan totalmente hurtados los españoles.

4) SS de 4 de marzo y 19 de abril de 1991.—En estas dos SS, en las que se dilucidó la legalidad de otras dos dimanantes de la Audiencia Territorial de Barcelona, confirmatorias de las correspondientes denegatorias procedentes de la Administración laboral relativas a sendos permisos de trabajo oportunamente postulados por dos súbditos peruanos, el TS, de la mano de un único ponente (el señor SÁNCHEZ ANDRADE Y SAL) sentó, en lo concerniente al valor del artículo 7 que nos preocupa, la doctrina cuya formulación literal es la siguiente:

«Esta Sala, en sus Sentencias de 7 de julio y 19 de noviembre de 1990, dictadas en supuestos de denegaciones de permisos de trabajo a súbditos peruanos, aplicando las prescripciones contenidas en el artículo 7 del Convenio celebrado por el Gobierno español con la República del Perú el 16 de mayo de 1959, Convenio que, ratificado el 15 de diciembre de 1959, su observancia respalda el artículo 3 de la Ley Orgánica 7/85 de los Derechos y Libertades de los extranjeros en España, ha declarado el derecho de los peruanos a obtener permiso de trabajo en España “para ejercer oficios y profesiones”, declaración que en aras del principio de unidad de doctrina, reconocido en el artículo 102 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, conduce a la estimación del presente recurso, sin que proceda hacer una especial condena en costas».

En obediencia a esta «ratio decidendi» es evidente que en lo sucesivo el aludido principio operará como un freno para la adopción de sentencias contradictorias con la línea jurisdiccional ya consolidada, y que es aquella que imposibilita a la Administración para denegar el permiso de trabajo instado por un súbdito peruano, alegando la situación nacional de empleo, circunstancia pues, que ha convertido el trámite concesional al respecto en una pura fórmula, teniendo en cuenta que al respecto la Administración laboral ha sido desapoderada de la importante función de control sobre el particular, convirtiendo su acto decisorio de discrecional en absolutamente reglado (y de discernimiento positivo obligatorio).

5) Sentencia de 1 de julio de 1991.—En esta sentencia se revisó la actuación jurisdiccional de la Audiencia Territorial de Barcelona, órgano que manteniéndose terne en su actitud de minusvalorar los efectos del Convenio que nos ocupa, volvió a fallar en contra de un justiciable peruano que reclamaba contra la denegatoria de su permiso de trabajo dimanante de la Dirección Provincial de Trabajo y SS de Barcelona mediante su sentencia de 30 de enero de 1989, efectuándose en la del TS que nos ocupa (que revocó la apelada a la que acabamos de referirnos) la elaboración de un

esbozo de teoría general sobre el particular, resultando el mismo de lo postulado al efecto por los distintos Fundamentos de Derecho contenidos en tal sentencia, diciéndose así en el segundo que:

«Según la doctrina sentada por este Tribunal, la Ley Orgánica 7/85, en su artículo 3 deja a salvo la eficacia de los tratados en la materia que nos ocupa —SS 19-11-1991 y de 23-2-1991, ésta dictada en la Apelación 1454/89—, según la cual el Convenio mencionado en el fundamento anterior (in fine) en su artículo 7 establece con claridad el derecho de los peruanos en España a ejercer todo género de industrias y “ejercer oficios y profesiones gozando de protección laboral y de Seguridad Social”, con reciprocidad para los españoles en Perú. Así pues, no estamos ante un reenvío a la legislación española, como se dan en otros convenios, en los que el cambio de normas en España o en el país con el que convino altera el contenido de los derechos reconocidos a los ciudadanos de cada país. Por el contrario, el Convenio Perú-España de 1959 contiene contenidos normativos propios, aparte de genéricas remisiones a la legislación de los Estados contratantes. Precisamente, el contenido sustantivo propio es el que salva el artículo 3 de la Ley Orgánica 7/85 y el que rige en el artículo 7 del convenio que otorga un derecho al trabajo de cada ciudadano del país firmante en el otro Estado, de modo que la negativa al permiso de trabajo solicitado no es ajustada a derecho y en consecuencia nula conforme al artículo 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo por conculcar una norma contenida en el Convenio que mantiene como derecho interno la Ley Orgánica 7/85».

A través de este pasaje, el TS, mediante la autorizada pluma del ponente de la sentencia, señor don LUIS ANTONIO BURÓN BARBA, pone de manifiesto las piezas fundamentales de su hilo considerativo y que son: a) La vigencia actual, pese a la adopción ulterior de la LOE, del Convenio que nos ocupa; b) El contenido de éste es mixto, propio y especiado por un lado, y remissivo a la legislación interna por otro; c) Tal contenido propio es el que instrumenta, a través del artículo 7 del pluricitado Convenio, la detentación por parte de los peruanos beneficiarios del mismo del derecho al trabajo en España, derecho que no puede ser desconocido, salvo incurrir en ilegalidad por la Administración actuante, si bien, ello no exonera al extranjero en cuestión de la exigencia de demandar el permiso de trabajo consiguiente.

Tras este bloque de reflexiones de propedeútica básica sobre el particular, el TS se aventura a la intelección de lo más espinoso del meritado artículo 7, es decir, a la atribución de sentido al reenvío que a través de su último apartado se efectúa a la legislación del país de situación, diciéndose literalmente al efecto en el Fundamento de Derecho tercero, que:

«Ciertamente, el artículo 7 del Convenio termina con la frase siguiente: “el ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejerciten”. Esta frase examinada en la sentencia apelada en el Fundamento II en relación a la totalidad del texto analizado, induce al Tribunal “a quo” a desatender el artículo 3 de la Ley Orgánica 7/85, en virtud quizá de un doble reenvío —de la Ley 7/85 al tratado conforme al artículo 3 y devolución del tratado a las leyes españolas según la frase antes acotada— que no puede operar en buena técnica interpretativa, porque en realidad no hay devolución que valga para resolver un conflicto de leyes sino una referencia a las modalidades del ejercicio de los derechos. Así lo especifica la Sentencia de 21-5-90, trasladable a este caso, aunque recayera sobre un ciudadano chileno, por partir de presupuestos idénticos: “... con ello se está refiriendo, en el supuesto de trabajadores por cuenta ajena a las normas laborales del país en que se lleva a cabo el trabajo, sobre jornada, horario, descanso, concertación, etc.”»

En base a este tejido de consideraciones resulta evidente cuál es el parecer del TS al efecto, entendimiento de la cuestión que se asienta sobre las siguientes «perchas» especulativas: *a)* El vocablo «ejercicio» utilizado por el artículo 7, objeto de constante alusión como modulador de los derechos que el propio precepto articula debe entenderse, en cuanto reenviado a la legislación interna, en una sola de sus dos posibles versiones, es decir, aquélla que atina a las concretas condiciones de su practicidad una vez que tales derechos se encuentran ya en condiciones de activación, descartándose que tal remisión sirva para regular los presupuestos de procedibilidad de los mismos, tesis, sin embargo, que admite el matiz de su falta de absolutividad, toda vez que en la misma sentencia objeto de recensión se parte de la base de la legitimidad del reenvío a la normativa interna en lo concerniente a uno de los aspectos de tal procedibilidad, y es el relativo a la necesidad que acredita el extranjero recurrente de proveerse del permiso de trabajo, si bien, y esto es precisamente lo más sustancioso de la sentencia que nos ocupa, el mismo no podrá ser rehusado alegando la situación nacional de empleo, tesis que resulta evidente del último Fundamento de Derecho de dicha sentencia que reza literalmente que:

«De acuerdo con lo anteriormente expuesto llegamos a la conclusión de que en efecto, los ciudadanos peruanos deben proveerse de permiso de trabajo —art. 15 de la Ley Orgánica 7/85 y 33 del Reglamento— pero la concesión es imperativa por lo dispuesto en el Convenio, procediendo por tanto la estimación del recurso de apelación y revocación de la sentencia apelada, sin que se aprecien motivos que aconsejen especial pronunciamiento sobre costas».

6) Últimas sentencias sobre el particular.—Como colofón de este glosario elemental de la jurisprudencia, al respecto procedo a la enumeración de las últimas sentencias que inciden sobre el «quid» pretensional objeto de debate, sentencias que voy simplemente a citar porque las mismas lo único que hacen es reincidir, sin aportar novedades, en los comportamientos jurisdiccionales anteriormente descritos, reiterando así la línea decisoria ya señalada, sentencias que son, en suma, las de 18 de julio de 1991, revocatoria de la de instancia procedente de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Territorial de Valencia de 6 de octubre de 1989, la de 25 de abril de 1992, revocatoria de la de instancia dimanante de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de 27 de febrero de 1990 y la de 27 de julio de 1992.

3. RECOPIACION DE LAS CLAVES JURISPRUDENCIALES «AD HOC»

Aun a riesgo de incurrir indebidamente en actitudes expositivas ya explicitadas, voy a destinar este epígrafe al oportuno acopio de aquellas ideas-guías de todo el comportamiento jurisdiccional sobre la materia a fin de facilitar la tarea del lector, ideas que a mi juicio son las siguientes:

A) Los convenios de doble nacionalidad en general y los celebrados con Chile y Ecuador en particular, se hallan plenamente vigentes, sin que la promulgación de la LOE y normas de desarrollo de la misma haya impactado lo más mínimo en el indicado dato de su vigencia, beligerancia actual salvada, además, por la propia LOE a través de lo estipulado en su artículo 3.

B) Partiendo de la meritada vigencia en el día de hoy de los Convenios dichos, el problema se centra en la determinación de su concreta virtualidad actual, punto que debe examinarse a la luz de su interpretación y la de la normativa internacional y doméstica relacionada con el mismo, tema que nos lleva al punto clave consistente en la precisión del significado de sus sendos artículos 7.

C) Tal precepto, ampliamente aludido (y literalizado) en las páginas precedentes, tras efectuar una atribución genérica y especial de determinados derechos, se remite, en cuanto al potencial ejercicio de los mismos, a la legislación interna de los respectivos países de situación, introduciendo en estas áreas el problema cardinal de cuál sea el significado y alcance de tal remisión.

D) En síntesis y en teoría, tal reenvío puede revestirse del paradigma de lo absoluto o de lo relativo, alternativa cuya concreta entrada en juego va a depender de si el mismo regula todas las facetas adheridas a tal

ejercicio o solo alguna de ellas, cabiendo también posiciones más o menos sincréticas. Si se admite la primera hipótesis, el contenido de los Convenios que estamos viendo resulta carente por completo de sentido, convirtiéndose automáticamente en una mera declaración de intenciones o de principios generales (incluida la atribución de derechos que se contiene en los indicados artículos 7), de triunfar la segunda de las posibles interpretaciones, los chilenos, peruanos (y en su caso, los ecuatorianos) advendrían de facto a la condición de pseudonacionales, condición más matizada si prosperan las antes mencionadas, en cuanto posibles, soluciones sincréticas.

E) Descendiendo a lo concreto, la postura jurisdiccional que hemos recensionado a grandes rasgos parte del hecho de que los Convenios de doble nacionalidad que estamos considerando acreditan, a través de sus sendos artículos 7, un contenido mixto, en parte propio y específico y en parte remisivo, delimitándose sus respectivos confines de la siguiente manera: El contenido propio gobierna la atribución en sí del derecho de que se trate, derecho, cuyo título es, pues, el meritado contenido. El ejercicio de los mismos en las condiciones de igualdad con los españoles que postula el apartado 2 de los pluricitados artículos 7 debe ser disciplinado de todo plural, es decir, tanto desde el propio tratado como desde estrategias ordenancistas internas. Desde el propio tratado porque en méritos al mismo y a la pluricitada igualdad impuesta por su artículo 7, los chilenos y peruanos no pueden ver obstaculizada su pretensión a trabajar en España en atención a la situación nacional de empleo (circunstancia que provoca en suma la inclusión de estos en el repertorio de extranjeros privilegiados que pormenoriza el artículo 38 del RLOE). Desde vertientes reglamentistas internas en lo concerniente a: 1) necesidad de obtener, tal como postulan los respectivos Convenios sobre supresión de visados celebrados entre España y los respectivos países y la preceptiva interna *ad hoc*, el pertinente visado consular *ad hoc*; 2) la necesidad de conseguir, si tal visado no se ostentase previamente, la dispensa gubernativa del mismo por la vía diseñada por el artículo 5.4 del RLOE, dispensa respecto de la cual no se instrumenta ningún trato de favor en los convenios de doble nacionalidad de los que estamos hablando, no considerándose la situación como excepcional a estos efectos por el mero hecho de que el extranjero en situación irregular (por no disponer del consiguiente visado consular de residencia para trabajar o no) acredite la nacionalidad chilena o peruana; 3) la necesidad de solicitar, aportando la documentación imprescindible *ad casum*, el consiguiente permiso de trabajo, cuyo otorgamiento, en cuanto a lo netamente adjetivo, se rige en su integridad por la preceptividad estrictamente doméstica (aunque su concesión sea obligatoria para la Administración, sin que ésta pueda valorar al respecto la situación nacional de empleo (como tampoco lo puede hacer en los casos explicitados en el antes mencionado artículo 38 RLOE)

y 5) la necesidad de obtener, de conformidad con las normas comunes, la correspondiente autorización de residencia, credencial respecto de la cual la beligerancia de los Convenios que estamos viendo, a la luz de la jurisprudencia reseñada es nula.

Recapitulando, y a modo de colofón y síntesis, toda la línea jurisprudencial a la que hemos hecho alusión, que resulta ya consolidada incluso a los efectos de lo previsto en el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa (y que acredita un evidente carácter declarativo por lo tocante a la concesión de los permisos de trabajo inicialmente denegados por la Administración) lo único que ha conseguido en este ámbito es integrar el artículo 38 del RLOE en el sentido de incluir en él mismo a los súbditos extranjeros chilenos y peruanos, integración impuesta, pues, por *autoritas* de la jurisprudencia y que viene a colmar la falta de atención reglamentaria de tales supuestos, pese a que el artículo 18 LOE se refiere como categorías de extranjeros protegibles a los iberoamericanos en general.

4. REPERCUSIONES DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EN ESTE ORDEN DE COSAS

A mi juicio, la potenciación de los derechos de estancia de los nacionales comunitarios va a ir en detrimento de las facultades homólogas que sobre los países integrados en la CEE puedan ejercitar los extranjeros «comunes», circunstancia que en gran medida va a incidir sobre la regulación de los respectivos ordenamientos sobre extranjería. De todos modos, entiendo que éstos no perderán su soberanía al respecto hasta el punto de que un artículo como el 38 del RLOE quede desprovisto de sentido y, siendo ello así, y teniendo en cuenta que el régimen jurisdiccional que hemos reseñado no repercute en modo alguno en el sistema de visados, es obvio que el mismo no tiene por qué verse afectado por las disposiciones comunitarias que sobre el particular puedan adoptarse en el futuro.

Sin embargo, ello tiene una excepción, y es cuando el trámite para la obtención del consiguiente permiso de trabajo se desencadena hallándose el extranjero de que se trate en su país (o en otro que no sea España) supuesto en el que el desenlace del mismo tendrá que ser positivo si el postulante es un chileno o peruano, positividad que se materializara en la concesión del consiguiente visado consular que deberá ser discernido al extranjero en cuestión a fin de que pueda penetrar y residir en el territorio nacional; caso, repito, que en principio podría quedar afectado por la aludida normativa comunitaria de concesión de visados.

Venta de terrenos afectados por vínculo de inedificabilidad *

SUMARIO: I.—LOS SUPUESTOS DE CONTRADICCION.—1 Por causa de la clasificación. 2. Por causa de la calificación. 3. Por razón del sistema de actuación elegido. 4. Por razón de las restricciones singulares del uso de las edificaciones. II.—LAS PREVISIONES DEL SISTEMA URBANISTICO. III.—FACTORES DE APROXIMACION A LA CONSIDERACION INTEGRAL DEL HECHO CONFLICTIVO.—A. La figura de la nulidad absoluta. B. La inexistencia. C. La resolución. IV.—EL DESENVOLVIMIENTO DEL ARTICULO 45 DE LA LEY DEL SUELO.—1. Supuestos de aplicación. 2. Consecuencias para terceros del incumplimiento de los deberes de urbanizar y edificar. 3. El reconocimiento legal de la acción como rescisoria. 4. Origen de la norma y su fundamento. V.—LA ACCION DE NULIDAD POR EXISTENCIA DE ERROR.—1. La aplicación sucesiva de la acción de nulidad. 2. Causas eventuales de nulidad aplicables. 3. Significación del error. VI.—LA RESOLUCION DEL CONTRATO POR LA FALTA DE EQUIVALENCIA DE LAS PRESTACIONES.

I. LOS SUPUESTOS DE LA CONTRADICCION

La situación a partir de la cual se plantea la cuestión aquí debatida es la resultante entre la condición urbanística que afecta a unos bienes, debida a actos de planeamiento definitivamente aprobados, y el contenido de los negocios jurídicos realizados sobre ellos entre particulares, configurados objetivamente sobre unas bases diferentes.

A ella responde el artículo 45 del vigente Texto Refundido de la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992 cuyos cuatro primeros párrafos dicen:

* Este trabajo fue realizado gracias a la colaboración de la Registradora de la Propiedad doña BEATRIZ BLESÁ RODRÍGUEZ, a la que expreso mi agradecimiento públicamente

«1. El que enajenare terrenos no susceptibles de edificación según el planeamiento, o edificios e industrias fuera de ordenación, deberá hacer constar expresamente estas situaciones en el correspondiente título de enajenación.

2. En las enajenaciones de terrenos de urbanizaciones de iniciativa particular, deberá hacerse constar la fecha del acto de aprobación del planeamiento y las cláusulas que se refieran a la disposición de las parcelas y compromisos con los adquirentes.

3. En los actos de enajenación de terrenos en proceso de urbanización deberán consignarse los compromisos que el propietario hubiere asumido en orden a la misma y cuyo cumplimiento esté pendiente.

4. La infracción de cualquiera de estas disposiciones facultará al adquirente para rescindir el contrato, en el plazo de un año a contar de la fecha de su otorgamiento, y exigir la indemnización de los daños y perjuicios que se le hubieren irrogado.»

El nuevo precepto termina con el apartado 5, relativo a la publicidad relativa a las urbanizaciones de iniciativa particular que no figuraba en el artículo 62, el cual es reproducido literalmente con la leve rectificación de las palabras Plan y calificaciones del número 1 que se sustituyen por las de planeamiento y situaciones; el cambio de la expresión «de la misma» por «del planeamiento» y la palabra resolver por rescindir en el apartado 4, lo que implica tomar partido sobre la naturaleza de la facultad legalmente reconocida.

De los distintos supuestos que contempla el precepto, el que va a ser aquí objeto de estudio es el primero; esto es, la enajenación de terrenos que no sean susceptibles de edificación y, por extensión, la de edificios e industrias que por virtud del Plan queden fuera de ordenación.

Dejamos pues fuera del trabajo el caso de la enajenación de terrenos en procesos de urbanización, tema que ha sido estudiado por GONZÁLEZ SALINAS, principalmente en relación con el sistema de compensación y en orden a los efectos que la rescisión del contrato provoca entre la Junta y el tercer adquirente (1).

Este punto de aproximación a la cuestión planteada no es bastante sin embargo para plantear adecuadamente la problemática que comporta.

Para comenzar hay que decir que la discrepancia para ser relevante ha de ser frontal entre el planeamiento y el contenido del negocio, sin que se reduzca necesariamente a una hipótesis, como el propio nuevo texto legal intuye.

(1) GONZÁLEZ SALINAS, JESÚS: *Sistema de Compensación y terceros adquirentes de suelo*. Editorial Montecorvo, 1987, págs. 232 y ss

Ahora bien, ¿cuándo se puede decir que existe esta discrepancia frontal? La excepcionalidad del remedio postulado exige también idéntico rigor en su planteamiento.

Por eso debe entenderse que hay discrepancia frontal:

1. Por causa de la clasificación.

Cuando unos terrenos se venden como urbanos y, sin embargo, según el planeamiento, son no urbanizables o urbanizables no programados porque el terreno no urbanizable está preservado de la urbanización en su raíz y aunque el urbanizable no programado pueda llegar a serlo, en el tiempo que medie hasta la aprobación del programa está sujeto a las mismas restricciones que el no urbanizable, según los artículos 15 y 18 de la Ley del Suelo.

La contradicción resultante es radical porque en ambos casos el adquirente ve cercenado en su origen cualquier iniciativa urbanística ya que, por su propia naturaleza, es un suelo no urbanizable; o por las condiciones de desarrollo del suelo urbanizable no programado que está excluido de la promoción por la propiedad mientras no se convoque un concurso en ejecución del Programa —art. 18.1— y se asignen los sistemas de cooperación y compensación.

Por tanto al adquirente al que formalmente se le vende un suelo urbano se le priva de raíz de las facultades de desarrollarle.

2. Por causa de la calificación.

Así como la clasificación del suelo tiene su origen en la Ley no pudiendo existir más especies que las previstas en los artículos 9 y 10, en razón de la existencia o no del Plan General, la calificación es un acto de destinación reservada libremente al Plan. Por eso en el primer caso el Plan ha de remitirse a las especies legales, y en el segundo no hay más punto sistemático de referencia que el propio Plan.

A la luz de esta distinción existe discrepancia frontal por razón de la calificación cuando el suelo, sea cual fuera la clasificación, se vende como edificable por la iniciativa particular y resulte ser absolutamente inedificable según el Plan o inedificable por el propietario, aunque en sí mismo y objetivamente lo sea.

Tal ocurre, en el primer caso, con las zonas verdes y en el segundo con el suelo destinado a dotaciones urbanísticas que, aun siendo edificable, no lo es por el propietario.

3. Por razón del sistema de actuación elegido.

Aquí el rechazo radical es identificable tan sólo con la segunda de las

ideas expresadas en el apartado anterior: cuando se trate de terrenos que no son edificables por su propietario y se vendan como si lo fueran.

Lo cual conduce a encuadrar en esta hipótesis el caso de venderse terrenos sometidos a expropiación en ejecución de un Plan con la unidad de actuación delimitada.

El artículo 133 del Texto Refundido, aunque ha recogido en lo esencial el contenido del artículo 64 de la antigua Ley, con la atribución de los efectos de declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación lo hace más matizadamente diferenciando con carácter general tales efectos, en función de la aprobación de los Planes y, además, en el mismo precepto, de las «delimitaciones de unidades de ejecución a desarrollar por el sistema de expropiación». Es por ello que debe ser a estos últimos a los que, con referencia a este punto, nos referimos por haberseles asignado el sistema de expropiación.

Aunque la Ley señala una aplicación genérica de la expropiación que procede globalmente del Plan, según el artículo 132, no basta esta potencial sumisión. Es preciso que se trate de terrenos comprendidos en unidades de ejecución a las que se haya asignado el sistema de expropiación según el artículo 119 de la Ley.

Estos tres supuestos son los únicos que según entendemos deben dar lugar a la contradicción sustancial. Aunque las tres hipótesis admiten una mayor generalización, la cual queda planteada en estos términos: cuando se venden terrenos como edificables y sin embargo en vista del planeamiento éstos son absolutamente inedificables por sí mismos o por el particular que los adquiere, se da el supuesto previsto en el artículo 45 de la Ley del Suelo o, en términos generales, en caso de discordancia radical entre el contenido formal del contrato y la realidad, con los consiguientes efectos civiles.

Por eso determinadas situaciones límites pueden inducir a confusión. Un caso particular es el del suelo de sistemas generales que, según el artículo 51 del Reglamento de Gestión, tiene aprovechamiento cero, pero sí tiene derecho a participar en el aprovechamiento medio del suelo urbanizable programado.

La inclusión de esta hipótesis también parece razonable porque de no incluirse no tendría por qué admitirse como lo hace la Ley, para las zonas verdes; es decir, todos los casos de suelo con calificación de inedificable dan lugar a las medidas de excepción, puesto que también las zonas verdes tienen derecho por subrogación real a recibir suelo edificable de reemplazo y sin embargo están claramente incluidos por la Ley en el supuesto del artículo 45.

4. *Por razón de las restricciones singulares del uso de las edificaciones.*

Esta hipótesis no está centrada estrictamente sobre el supuesto de limitaciones extraordinarias impuestas por los Planes al suelo sino a las restricciones de igual carácter impuestas por el planeamiento a las edificaciones no debidas a las características intrínsecas arquitectónicas concurrentes en el edificio sino a exigencias de interés público que, no implicando la privación del bien, sin embargo le someten a un uso restrictivo de la libertad individual.

Tal y como se enuncia no está recogido literalmente en el artículo 45 de la Ley, pero sí aparece regulada en los casos de los supuestos indemnizatorios a que se refiere el Título VI, en el artículo 239 del Texto Refundido, como continuidad de lo dispuesto en el artículo 87.3 del Texto de 1976.

Este tipo de vinculaciones, que en otra ocasión he calificado como supuesto de vinculaciones de uso, frente a la de destino aplicable a los bienes que están llamados a pasar al dominio público y mientras no se produzca el cambio de titularidad, tienen unas características semejantes a las de los terrenos afectados por vínculos de inedificabilidad a los que nos venimos refiriendo, incluidos en el artículo 45. Por ello debe entenderse que es aplicable analógicamente su régimen legal por existir identidad de razón con el caso de la venta de terrenos inedificables.

En efecto, la vinculación en tal caso, de una parte, no es asimilable a una limitación genérica relativa al uso de los terrenos o edificaciones, consustancial en el ámbito urbanístico con la calificación del suelo y que, por su generalidad, no es indemnizable, según el artículo 6, a diferencia del artículo 239. En el caso de este último precepto se trata de una limitación excepcional, no sujeta a la generalidad de los usos contemplados en el planeamiento ni tampoco reducida al mantenimiento de la edificación por razón de las características arquitectónicas del mismo, sino que adentrándose en el modelo de utilización económica del bien le priva a él y solamente a él de la libre utilización que le pudieran dar sus dueños conforme al régimen general resultante del Plan. Además, cuando así lo hace, la motivación del planeamiento se funda en la prestación de una utilidad social, aunque sea de titularidad privada y mediante contraprestación económica de los usuarios, pero no de tal entidad que demande ni esté avocado a pasar a ser la titularidad pública.

Ordinariamente se ha manifestado en relación con edificaciones destinadas al uso docente privado y con respecto a bienes de Congregaciones Religiosas. Mientras la jurisprudencia en un principio, Sentencias de 6 de octubre de 1981 no admitió la declaración de responsabilidad, posteriormente —Sentencia de 19 de julio de 1988— lo admite ante «la imposibi-

lidad de distribuir las cargas derivadas de la modificación puntual del planeamiento... y como consecuencia obligada, reconoce la calificación de sacrificio singular indemnizable... impidiendo su utilización para otros usos hasta entonces permitidos... Dichas limitaciones, de no poder ser objeto de distribución equitativa entre los interesados, no puede imponerse a un solo propietario, sin mediar la correspondiente indemnización».

Es decir, se trata del mismo régimen aplicable a los terrenos no edificables con la variación resulta de ser aquí sustituida la expropiación obligada —propia de las vinculaciones de destino— por la indemnización compensadora de la restricción en el uso no susceptible de redistribución.

Ello supone que existe la razón de analogía con los supuestos del artículo 45 y, por tanto, la aplicación del mismo régimen.

Estas hipótesis hacen que el juego de las instituciones tenga que desarrollarse aquí en un ámbito más cercano al de las relaciones individuales nacidas de la buena fe y el comportamiento leal entre las partes y no en el meramente urbanístico.

Esto lleva consigo cambiar el centro de gravedad del tema. En vez de estar situado en el ámbito de las instituciones urbanísticas, lo que debe entenderse es que es una cuestión planteada en sede civil aunque proveniente en sus elementos fácticos del juego de conceptos y términos extraciviles. Pero, en definitiva, esto es indiferente porque lo que está puesto en entredicho es la eficacia de un negocio suscrito entre partes privadas aunque el objeto está mediatizado por conceptos provenientes de otro ordenamiento.

Por eso en el ámbito civil lo único que importa determinar es cuándo se produce una disociación entre lo manifestado por las partes y los condicionamientos derivados del planeamiento; qué grado de discrepancia es exigible, para lo cual en cambio sí tiene que adentrarse a examinar en sede urbanística la relevancia de la disociación y, por último, qué remedios cabe utilizar de los previstos por el ordenamiento para restablecer la lealtad quebrantada.

El resto, es decir, los remedios puramente urbanísticos utilizables es un cometido extraño y más bien actuarán como instrumento corrector de las partes en caso de que fracase el remedio civil.

Por consiguiente no es exigible una mayor matización. Bastará con que quede puesta de manifiesto la discrepancia entre lo querido y lo resultante del planeamiento, sin que se entienda que con ello queden agotadas todas las hipótesis posibles, aunque se proponga una sistematización general que permita la investigación de las hipótesis que la realidad ofrezca. En otras palabras, el sistema permite un amplio margen a la interpretación de la realidad social mediante el cual subsumir los hechos en las hipótesis planteadas como ejemplo o advertir otras nuevas.

II. LAS PREVISIONES DEL SISTEMA URBANISTICO

La injerencia del sistema urbanístico en el civil es evidente y basta para apreciarlo con la mera lectura del artículo 8 de la Ley, que traslada con menos rigor y plasticidad el contenido del artículo 71 antiguo. Todo el conjunto de las relaciones jurídicas operantes sobre el suelo —y aún a veces sobre las edificaciones, por ejemplo, artículo 137, queda fuertemente afectado por el sistema.

Unas veces esta influencia opera de manera estructural —contenido del derecho de propiedad— y otra, sesgadamente.

Tal ocurre con el artículo 45 que regula la hipótesis planteada de partida de venta de terrenos e incluso edificaciones que no sean edificables —sin distinguir entre si la causa de ello estriba en la clasificación, la calificación o la sustracción de las facultades a sus propietarios—; la venta de terrenos pertenecientes a las denominadas urbanizaciones particulares y los terrenos situados en zonas en proceso de urbanización.

En tales casos el número 4 del artículo 45 dice que su infracción «facultará al adquirente para rescindir el contrato en el plazo de un año a contar de la fecha de su otorgamiento, y exigir la indemnización de los daños y perjuicios que se le hubieren irrogado».

¿La medida contenida en la Ley del Suelo, qué significa?

¿Es el instrumento único y excluyente que puede darse a los supuestos en él contemplados? ¿No hay nada más, dentro de las categorías e instituciones jurídicas que sea aplicable? Se ha derogado con ello para el ámbito urbanístico todo lo concerniente al régimen jurídico de los contratos, su validez, eficacia y remedios de restitución del equilibrio patrimonial, predecible para todas las relaciones bilaterales?

Por supuesto la respuesta ha de ser negativa. Si, según se ha visto más atrás, lo regulado en la Ley es la patología de un negocio civil entre partes, es evidente que será el ordenamiento civil el que ha de ser llamado a regular las situaciones conflictivas que puedan surgir. El régimen urbanístico ha regulado una determinada hipótesis y le ha dado una solución concreta, pero ni siquiera el orden urbanístico agota todos los matices y aspectos que esa misma situación puede tener.

Por tanto, si el punto de controversia es civil y son igualmente las consecuencias civiles, aunque nacidas de un supuesto de hecho proveniente del ordenamiento urbanístico, la solución que éste da ni tiene por qué agotar todo su contenido ni es excluyente de las consecuencias e hipótesis que dentro del orden civil el negocio jurídico pueda producir o surjan de él.

Lo que importa entonces es descubrir cuál es la utilidad que la regulación ofrece, porque es indudable que el hecho de que no agote toda la

regulación del supuesto no es equivalente a que la regulación que proporciona sea estéril o inútil.

III. FACTORES DE APROXIMACION A LA CONSIDERACION INTEGRAL DEL HECHO CONFLICTIVO

A partir de este punto la función del intérprete es buscar cuál es el sentido normativo del artículo 45 de la Ley del Suelo, investigar a través del recetario que proporciona el ordenamiento civil cuál es la herramienta aplicable y, principalmente, descubrir cuándo existen razones de justicia en la realidad de los hechos merecedores de salvaguarda ofreciendo el mecanismo restaurador de su equilibrio y eficacia.

Ello lleva necesariamente a buscar las analogías y diferencias útiles derivadas del mosaico de figuras jurídicas afines y desechar así las inútiles o innecesarias.

Para ello tiene que partirse de eliminar perspectivas no idóneas para su encaje, lo que permite reducir el ámbito de las utilizables.

Es bueno por ello replantear el origen de la cuestión en términos comunes: el supuesto plantea la situación de frustración que se produce en el desenvolvimiento de un contrato cuando lo contemplado por las partes no puede cumplirse por darse una disociación entre la situación prevista y la real, de tal modo que obtenida la utilidad querida en el patrimonio del vendedor por el cobro del precio, el comprador en cambio se encuentra con el dominio de un bien que no puede cumplir la función para la que lo adquirió. En medio de una y otra situación se ha producido un insatisfactorio conocimiento de la realidad normativa resultante del Plan aplicable, a pesar de que ésta goza de la posibilidad de conocimiento por todos desde el momento en que su eficacia sólo es oponible si previamente ha sido publicado.

El remedio legal del artículo transcrito que conduce a la figura jurídica dominante es el de configurar la hipótesis como un supuesto de rescisión ya que aun siendo el contrato válido puede destruirse su eficacia, al amparo de lo dispuesto en la Ley, al concederse expresamente la acción por concurrir el supuesto legal. Como después veremos, la propia terminología del artículo 47 de la Ley ha sustituido el término resolución por rescisión.

Ahora bien, el hecho de que la Ley del Suelo confiera en favor del perjudicado una acción rescisoria no significa que civilmente el supuesto contemplado en la norma urbanística tolere únicamente esa solución sino que, atendida la estructura de los hechos, también pueden ser predicables los efectos de otras instituciones jurídicas.

A tal fin y con el propósito de encuadrar la regulación íntegra del supuesto parece que resultan inútiles para su tratamiento:

A. *La figura de la nulidad absoluta.*

El supuesto de hecho no está prohibido ni es repudiado por sí mismo por el ordenamiento jurídico. No hay ninguna norma imperativa ni prohibitiva de su celebración, por lo cual, conforme al artículo 6.3 del Código nunca su celebración podrá ser nula de pleno derecho ni siquiera, en virtud de este motivo, salvo la concurrencia de circunstancias adicionales, anulable.

Prueba de ello es que producida la situación de hecho contemplada si el planeamiento cambia no se ocasionará la contradicción y, por tanto, el vicio inicial quedaría convalidado. De igual manera las acciones de restitución sólo son atendibles si se piden, pero nunca pueden dar lugar a una declaración de oficio por los Tribunales.

Por tanto, el acto no es nulo y menos nulo de pleno derecho. Podrá ser anulable pero no en razón de la materia sino por la consideración en que se tenga la declaración de voluntad si se estima viciada.

B. *La inexistencia.*

Podría plantearse la inexistencia del contrato con base en el hecho de que la cualidad de ser edificable el terreno adquirido es tan relevante que faltando aquélla no existe propiamente la cosa, en cuyo caso, con base en el artículo 1.460, entender que no concurriendo aquella cualidad antes de celebrarse el contrato éste queda sin objeto.

Parecen justificar esta asimilación los antecedentes remotos del Código.

Así la Ley 15, Título 1, Libro 18 del Digesto dice que *si consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emptio est*. Y la Ley 8 añade: *si ne re quae veneat nec emptio, nec venditio potest intelligi*.

El principio pasó a la Ley 21, título 11 de la Partida Quinta, que dice que «si un ome prometiesse a otro de dar alguna cosa cierta assí como cavalo, u otra cosa semejante que fuesse ya muerta, quando fizo la promission, deximos que tal promission non vale, nin es tenudo de dar aquella cosa nin otra ninguna por razón della».

GARCÍA GOYENA en los comentarios al artículo 1.382 del Proyecto del Código de 1851 (2), antecedente del 1.460 actual, dice que las leyes 57 y 58, título 1, libro 18 del Digesto y la 14, título 5, partida 5, son más extensas compendiándolas así: «Si la cosa había perecido del todo (y entiéndase es así cuando se compró un edificio y había desaparecido lo edificado, aunque se conserve el solar, o se compró una heredad, precisamente por sus árboles frutales que derribó el huracán o consumió el incendio) no hay venta

(2) Concordancia, Motivos y Comentarios del Código Civil español, Zaragoza. 1972, pág. 736

cuando lo ignoraban los dos contrayentes; si lo sabía sólo el vendedor, responda de los daños y perjuicios del comprador, pues que le engañó... si lo sabían los dos (vendedor y comprador) no hay contrato».

A la vista de ello concluye diciendo que «cuando la cosa haya perecido totalmente, no hay contrato».

En efecto, conforme interpretan también los comentaristas, Manresa (3), en tales casos «entendemos que no cabe hablar de nulidad de contrato, ni de contrato siquiera. Tal contrato no ha existido, es inexistente». Por ello el plazo para destruir la apariencia de contrato no es el de cuatro años del artículo 1.301, sino el de los quince del 1964.

La cuestión está clara en los términos expuestos. El problema está en si partiendo de los propios términos de Manresa (4), debe entenderse que la inexistencia se produce no sólo por «su destrucción material (sino también por) un cambio de su naturaleza que la haga inhábil para los fines que antes servía y que se tuvieron en cuenta al contratar», y si tal hipótesis es aplicable al supuesto de pérdida de la condición de edificable.

La destrucción evidentemente puede ser de una cosa, de un derecho o de la cualidad de la cosa o del derecho que determinaron por sí misma la celebración del contrato.

La dificultad estriba en extender el término hasta incluir la pérdida de la condición de edificable siendo así que el punto de partida para el desenvolvimiento de la situación de conflictividad es la de que el comprador en el caso del artículo 1.460 conoce perfectamente la cosa o sus cualidades y en función de una u otras la compra, mientras que en el caso ahora debatido el comprador sólo «cree» que lo que compra es edificable, pero no lo sabe con certeza porque si tuviera un conocimiento efectivo éste sería precisamente el contrario de «que no es edificable». Aún más, al ser público el planeamiento podría conocerlo, en virtud del principio de subrogación legal sancionado en el artículo 22 de la Ley que parte de la publicidad urbanística siquiera, como dice GONZÁLEZ SALINAS (5) la existencia del precepto lo que deja patente es «la insuficiencia del sistema de publicidad urbanística».

Por tanto, si el supuesto del que parte el artículo 1.460 es que quien compra conoce la cosa o sus cualidades y en razón de ello la adquiere, tolera la aplicación analógica del precepto que se encuadre en él la compra de una cosa cuya cualidad se desconoce? La mera creencia de que es edificable hace inexistente el contrato?

(3) MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA: *Comentarios al Código Civil*, 3.^a ed., pág. 120.

(4) Ob. cit., pág. 129

(5) Ob. cit., pág. 236.

De igual manera en el caso del artículo 1.460 la entrega de la posesión evidencia la insuficiencia del objeto. No así en el caso actual: la posesión se entrega normalmente y es sólo después cuando se sabe que adolecía de la falta de una cualidad que debía tener. Pero, si entregada la cosa readquiere la condición de edificable, es que lo que fue inexistente se convalida cuando la raíz de la inexistencia es la imposibilidad de revivir?

Ciertamente que el que podríamos llamar proceso de esencialización del dominio por el planeamiento deja a las cosas materiales como mero soporte de un valor económico (6) que no procede de ellas sino de la voluntad política deducida del planeamiento como función pública; cierto que esta esencialidad extrapolada al ámbito civil no exige un rigor conceptual pleno sino que puede contemplarse en su mera función de intercambio económico de bienes cuyo valor es recibido por los particulares según las leyes del mercado, con independencia de su ajuste técnico total, porque la cualidad de edificable del suelo no es un derecho sino una facultad como se ha encargado de resaltar insistentemente desde la Ley de 25 de julio de 1990 sobre Régimen Urbanístico y Valoración del Suelo; todo ello es cierto pero resulta difícil encajar en la estructura de la inexistencia un supuesto que, de modo ambivalente, puede o no ser o, por el contrario, existir y hacer válido el contrato.

Si el contrato es inexistente, y a ello concluimos que se refiere el artículo 1.460, la condición de tal es indivisible y no puede ser o no ser, en función de la situación de cada momento. Si el contrato no nació no puede ser ni siquiera posible que resucite puesto que no tuvo existencia, ni tampoco es convalidable.

El propio Manresa (7), incluye un supuesto semejante al que se plantea en este trabajo, citando a este respecto la Sentencia de 27 de enero de 1906, a propósito del estudio del artículo 1.483 diciendo que «vendido un terreno para edificar la circunstancia de hallarse sujeto a la facultad del Ayuntamiento de establecer después la alineación de solares no constituye gravamen oculto».

C. *La resolución.*

La utilización, a veces ambivalente, de las expresiones rescisión o resolución, induce a calificar como resolución la reacción ante el supuesto legal, tal y como se recogió en la Ley y en parte por la doctrina.

(6) En este sentido de desmaterialización del dominio producido por el juego de las instituciones urbanísticas es de interés recoger aquí el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1987 según la cual «ha de recordarse la espiritualización, por decir mejor, la desmaterialización del derecho de propiedad pues el suelo que pertenece a una persona es sólo un dato a determinar el contenido de su derecho».

(7) Ob cit., pág. 233

Sin perjuicio de la efectiva justificación de la medida por la imposibilidad de destinar el bien adquirido al fin para el que se compró, basado en el fondo en el juego de la resolución condicional implícita de los contratos bilaterales, realmente y en términos formales no tiene por qué calificarse como resolución del contrato, a menos que exista una condición explícita.

Evidentemente cabe que en el contrato se pacte como condición de su eficacia que la finca sea edificable. Condición suspensiva, que no resolutoria, porque debe estar configurada en favor del comprador ya que recibido el precio por el vendedor, en su interés no figura la posibilidad de devolverlo si llega a ser inedificable. A su vez, la resolutoria actúa sobre un cumplimiento de presente efectivo que se interrumpe después, lo cual es justamente la antítesis del precepto del artículo 45 de la Ley del Suelo, como se encargó de resaltar GONZÁLEZ SALINAS.

Aclarados estos motivos, no cabe duda que el contrato puede condicionarse suspensivamente a que la finca sea edificable, pero ello no entraña especialidad alguna porque el supuesto se desenvolvería de acuerdo con la mecánica de las obligaciones sujetas a condición suspensiva.

IV. EL DESENVOLVIMIENTO DEL ARTICULO 45 DE LA LEY DEL SUELO

1. *Supuestos de aplicación*

El ámbito del artículo 45 de la Ley parte de situaciones muy distintas, las que únicamente se unifican a los efectos de las consecuencias de su infracción.

Tres son los supuestos que contempla:

1) Terrenos no edificables según el planeamiento, cuando se vendieron como si lo fueran, y edificios e industrias que resultan fuera de ordenación.

La Ley se limita a decir que se trata de terrenos no edificables «según el Plan». El entendimiento de esta expresión tiene que hacerse bajo los términos expuestos más atrás. Es decir: cuando sean por sí mismos inedificables, sometidos al vínculo de inedificabilidad; no edificables por sus propietarios o excluidos del proceso urbanizador en el momento de la venta.

El Plan aplicable en el suelo urbanizable programado es el Plan Parcial, según el artículo 83.2. E incluso en el urbanizable no programado incluido en un Programa de Actuación Urbanística desarrollado por un Plan Parcial.

Mientras no se apruebe el Programa de Actuación en el suelo urbanizable no programado, y para el no urbanizable, el Plan General. Y lo mismo el suelo de sistemas generales.

Por fin, en los casos de no ser edificables por sus propietarios si están

sometidos los terrenos a expropiación, según vimos más atrás, cualquiera que sea el Plan al que se haya asignado el sistema de actuación por expropiación.

¿Y los estudios de Detalle? Según la jurisprudencia no pueden calificar suelo pero al ordenar los volúmenes están realmente calificándole aunque sólo sea residualmente en el suelo sobrante donde no está prevista la edificación futura.

Por eso se enlaza esta cuestión con la relativa a la razón de la inedificabilidad. No dice la Ley que el motivo esté justificado por tratarse de terrenos que han de ser de cesión obligatoria. Más bien la idea dominante es la contraria, porque al incluir a los edificios e industrias fuera de ordenación en los que expresamente no contempla la condición de inedificabilidad futura, está pensando quizá simplemente en el hecho de que en sí no sean edificables los terrenos, con independencia de que sean o no de cesión.

Por eso a los terrenos inedificables procedentes del planeamiento destinados a espacios libres de destino público, han de añadirse simplemente los no edificables, cualquiera que sea su origen y destino: esto es, zonas verdes privadas, espacios sobrantes entre bloques, etc.

Por esta razón sí que pueden tener su origen en Estudios de Detalle.

El fundamento de las dos hipótesis del número 1 del artículo 45 es muy distinto.

En el primer caso —terrenos no edificables— la norma pretende proteger al adquirente para que no compre un suelo carente de utilidad urbanística inmediata por no ser edificable.

En el segundo caso —edificios e industrias fuera de ordenación—, la protección se funda en cambio en evitar la adquisición de un elemento patrimonial que está llamado a desaparecer al estar sujeto a las restricciones del artículo 137.

En todo caso, debe decirse por fin que, evidentemente, el artículo 45 no prohíbe estas ventas, que son intachables si el vendedor consigna la verdadera condición del bien, lo que hace es someterla a unas determinadas consecuencias si no se cumplen las exigencias legales.

2) Terrenos incluidos dentro de Planes de Ordenación de iniciativa particular.

El supuesto es claramente distinto al anterior ya que comprende la venta de cualquier terreno incluido dentro de las llamadas urbanizaciones particulares; es decir, sea edificable o no. No comprende en cambio los terrenos ya edificados. Pero deben incluirse ya que si se refiere, por contraposición al número 3, a los incluidos en urbanizaciones acabadas el único compromiso vigente es el de conservar y por ello aplicable a los edificados.

El propósito del legislador pudiera situarse en el de advertir al adquirente de los compromisos que eventualmente hubiera podido contraer el

promotor, según los términos del artículo 105. Sin embargo, entre estos compromisos pueden estar los de conservar la urbanización, que afecta a los adquirentes de parcelas edificadas, que sin embargo por el tenor literal del precepto están excluidos.

La referencia a urbanizaciones de iniciativa particular era realmente arcaica en la legislación anterior, aunque la literatura e incluso los propósitos legales de algunos anteproyectos redactados y siempre frustrados así recogieron el término. Más que de urbanizaciones particulares hay que hablar de Planes de Ordenación de Iniciativa Privada, sean urbanizaciones en el sentido vulgar de la expresión o no. Así lo recoge el nuevo Texto Refundido en los artículos 104 y siguientes. Allí donde se está ante un Plan de iniciativa privada han de consignarse las condiciones y compromisos del artículo 105 y por tanto en ellos cabe hablar de reglas sobre disposición de suelo y compromisos de urbanizar y conservar.

Por tanto, como también cabe que esta iniciativa se asuma en Estudios de Detalle éste puede proceder también de ellos.

3) Terrenos en proceso de urbanización.

La tercera hipótesis se refiere a terrenos cuya urbanización está pendiente de cumplimiento. La trascendencia del supuesto es grande ya que el incumplimiento de la obligación de urbanizar puede provocar la descalificación del Plan según expresamente prevé el artículo 11.1 de la Ley sobre Medidas de Disciplina Urbanística de la Comunidad de Madrid, de 10 de febrero de 1984, su expropiación o el apremio y, con mayor rigor, todo el juego sucesivo de los deberes de urbanizar y edificar introducidos por la Ley 8/90, y recogidos además en su Texto Refundido.

Ahora bien, los términos de los apartados 2 y 3 no parece que deban ser permanentes. El número 3 tiene planteado en la Ley su caducidad: cuando se completa la urbanización. En cambio el número 2 permanecerá siendo aplicable en tanto siga vigente algún género de compromisos. Si éstos han concluido desaparecerá su razón de ser aplicado. De aquí la insuficiencia de la redacción ya que si el número 3 se refiere a urbanizaciones pendientes de realizarse, el número 2 ha de contemplar las ya terminadas respecto de las cuales queda en vigor tan sólo la obligación de conservar, siempre y cuando haya sido impuesta, ya que es una condición accidental del acto de aprobación según los artículos 67 y siguientes del Reglamento de Gestión.

De igual modo las garantías y medios económicos actuarán en la fase de pendencia porque recibidas las obras se cancelan.

Por tanto el ámbito temporal de aplicación del precepto es en el caso del número 3 claramente limitado al período en el que está pendiente de recibirse la urbanización. El del número 2 dura mientras haya alguna obligación pendiente, por lo que si no se ha impuesto la obligación de conservar y no existe ninguna otra, tampoco es aplicable.

2. *Consecuencias para terceros del incumplimiento de los deberes de urbanizar y edificar*

La nueva Ley 8/90 y su Texto Refundido plantean en este punto una situación especialmente relevante según entendemos porque, en nuestra opinión da lugar a una nueva lectura del principio de subrogación legal y, por ello, trasciende a la interpretación del artículo 45.

Aunque a los efectos de este trabajo su incidencia es lateral, no obstante resulta de gran interés apuntar aquí su interpretación.

Sabido es que, tradicionalmente, en el urbanismo ha regido el principio de subrogación legal, que estaba contenido en el artículo 88 de la Ley de 1976 y que ha pasado de ser el 22 del Texto Refundido vigente. Conforme al mismo «la enajenación de fincas no modificará la situación de su título en orden a las limitaciones y deberes instituidos por la legislación urbanística aplicable... El adquirente quedará obligado en el lugar y puesto del anterior propietario en los derechos y deberes vinculados al proceso de urbanización y edificación...».

El precepto era perfectamente congruente en el sistema anterior a la Ley 8/90 porque en él la aplicación del principio de vigencia indefinida de los Planes determinaba que mientras éstos se hallaban en vigor el adquirente, que estaba obligado a cumplirlos, podría además hacerlo. Aunque es cierto que la obligación de edificar podía exigirse que se cumpliera en los plazos legales —arts. 154 y siguientes de la Ley de 1976—, con aplicación del régimen de venta forzosa, en definitiva el propietario recibía el valor del bien, sin los menoscabos que la nueva Ley provoca automáticamente.

Porque el problema se produce en el nuevo régimen legal desde el punto en que el incumplimiento de los deberes provoca, de un lado, la reducción del aprovechamiento urbanístico —arts. 30 y 36—, con la consiguiente disminución de su valor, según los artículos 50, 52, 55 y 56 y, correlativamente, la aplicación de la expropiación o la venta forzosa —arts. 30 y 36—. Hasta tal punto es drástica la medida que incluso el mayor valor que sobre el urbanístico tengan los bienes objeto de venta forzosa no es ya del propietario sino de la Administración actuante, según el artículo 234.2.

Así las cosas resulta pues que en el nuevo régimen legal la declaración de incumplimiento de los deberes urbanísticos trasciende al núcleo mismo del dominio, produce su envejecimiento económico y determina su privación al titular. Con el artículo 22 no se trataría, por tanto, únicamente, de hacer trascender a terceros el deber de cumplir los planes, lo que no ofrece dudas, sino, eventualmente, de hacerles soportar unas consecuencias que exceden de las meramente urbanísticas y suponen la aplicación de la expropiación-sanción o de la venta forzosa también sanción, siendo así, sin embargo que el nuevo incumplimiento no está situado en el ámbito de los

ilícitos urbanísticos. El hecho de que se identifique aquí el término expropiación acompañado de la expresión sanción no es equiparable a la tipificación como ilícito de la omisión del deber de urbanizar o edificar. La jurisprudencia ha resaltado que en el orden administrativo por aplicación analógica del penal, es también exigible la tipificación de las infracciones y en el artículo 262 no está incluida esa conducta como infracción.

A la circunstancia anterior se une, por una parte, que al no estar ante una infracción urbanística tampoco existe el ineludible deber de restaurar el orden perturbado ya que, en definitiva, vigente aún el Plan la prestación consistente en urbanizar o edificar está también en permanente situación de poder ser cumplida, como lo demuestra incluso el reconocimiento de la facultad de iniciar o proseguir «el proceso de urbanización y edificación y adquirir las facultades urbanísticas correspondientes al cumplimiento de los respectivos deberes», según reconoce el artículo 42.3; de otra, que la imputabilidad del incumplimiento, aún no procediendo de un ilícito tipificado, sin embargo civilmente es predicable de un sujeto, el titular del bien, por lo que, no constando del Registro de la Propiedad el incumplimiento o la existencia de la privilegiada anotación preventiva del artículo 307.3 el tercer adquirente de buena fe o el titular del dominio compartido que no es poseedor lícitamente puede cuestionar la legitimidad de la oposición en su contra del deber incumplido que, a pesar de ser posible que se cumpla más tarde, generaría una degradación en el núcleo y permanencia de la titularidad.

El problema es sumamente interesante aunque, a los efectos de este trabajo, según se ha dicho, resulta incidental porque al contemplarse en el caso del artículo 45 la regulación de una relación *inter privatos* siempre cabría reconocer el desconocimiento del incumplimiento no hecho explícito en el contrato.

3. *El reconocimiento legal de la acción como rescisoria*

La calificación legal de las acciones reconocidas por la Ley del Suelo es claramente la propia de las rescisorias, aunque se utilizara antes el término resolución.

En efecto, la utilización por la primera Ley del Suelo, la de 12 de mayo de 1956, de la palabra «resolver» en el número 4 del artículo 50 en que se reguló esta materia, provocó que ya desde los primeros comentaristas del precepto se investigara si realmente la Ley se refería a una acción resolutoria, como podría deducirse de su texto, o si, más bien, de acuerdo con la estructura general de las formas de ineficacia de los contratos debería calificarse como acción rescisoria; es decir, como un remedio excepcional

arbitrado por la ley, en este caso la Ley del Suelo, para restaurar el equilibrio quebrantado en un contrato válidamente celebrado, como señala el artículo 1.290 del Código, cuando se daban las circunstancias contempladas en el texto urbanístico. Todo ello porque, como es evidente, el artículo 1.291 no tiene por qué comprender las únicas categorías de contratos rescindibles ya que el propio artículo 1.290 habla en términos generales de la Ley.

Así se manifestaban NARCISO FUENTES, LUCAS FERNÁNDEZ y MARTÍN BLANCO, por la primera doctrina (8). En la más moderna GONZÁLEZ SALINAS (9).

Sin embargo este último autor destaca que el régimen jurídico de la rescisión no es el del Código en cuyas normas se «están regulando los supuestos a que expresamente se refiere el artículo 1.291 CC, en los que el interés de la rescisión está del lado del enajenante... El supuesto del artículo 62 LS, por el contrario, es el medio legal que se proporciona a los terceros adquirentes para librarse de las cargas urbanísticas de la propiedad, no siendo dicha acción subsidiaria (art. 1.294 CC), ya que el perjudicado carece de todo otro recurso legal para librarse de tales cargas».

El nuevo Texto Refundido, haciéndose eco de la opinión mayoritaria, introduce en la refundición de los textos vigentes, en el apartado 4 la expresión «rescindir», que sustituye a la de resolver hasta ahora utilizado, tomando partido pues por considerar que se trata de una acción rescisoria si bien sólo en su naturaleza jurídica es equiparable a los del Código, pero no en su régimen que es especial y distinto del Código.

4. *Origen de la norma y su fundamento*

DÍEZ PICAZO (10) dice en nota a pie de página que «existe un evidente paralelismo entre la facultad resolutoria prevista en el artículo 71 de la Ley del Suelo (cita errónea ya que la correcta era la del artículo 50 de la Ley de 1956, cuyo texto es el mismo que el del artículo 62 del Texto Refundido, hoy artículo 45) y la llamada evicción por gravámenes ocultos que establece el artículo 1.484 del Código Civil» (la cita del art. 1.484 también resulta errónea porque la «evicción» por gravámenes ocultos es la prevista en el artículo 1.483 puesto que, según es conocido, el artículo 1.484 se refiere al saneamiento, a pesar de que en la doctrina, por ejemplo, CASTÁN sí entiende que deberá incluirse entre los casos de saneamiento).

(8) Todos ellos citados por MARTÍN BLANCO, JOSÉ, en su obra *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo* Editorial Montecorvo, 1964, pág. 357.

(9) Ob. cit., pág. 232.

(10) DÍEZ PICAZO, LUIS: «Los límites del Derecho de Propiedad en la legislación urbana», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 13, págs. 16 y ss.

Hecha la corrección de las citas y la atribución de los efectos de las acciones resolutorias, por lo dicho, ciertamente que la regulación del artículo 1.483 introduce un factor de importancia en la adaptación del artículo 45 de la Ley del Suelo que exige ahondar en las situaciones contempladas por ambos preceptos.

La doctrina tradicional entiende que el artículo 1.483 sólo es aplicable a las cargas y servidumbres no inscritas ya que «de otro modo, el comprador pudo conocer perfectamente el estado del inmueble y si sufre perjuicio debe imputárselo a sí mismo», según dice CASTÁN (11). MANRESA (12) entiende igualmente que en tal caso «no tendrá derecho el comprador ni a la rescisión del contrato ni a pedir indemnización de ninguna especie», por estar los bienes inmuebles sujetos por remisión del artículo 1.537 del Código a la Ley Hipotecaria que parte de la presunción de conocimiento. Por ello traslada la hipótesis al ámbito del error pero en este caso, al ser reconocible, «no cabe hablar de error cuando no ha habido ignorancia, y la ignorancia es legalmente imposible desde el momento en que hay un Registro público, cuyo principal objeto es precisamente ese, el evitar todo motivo de error en las transacciones».

Así pues si también el planeamiento es público y si se presumiese conocido por todos quiere decirse que el adquirente no podría ampararse en él para pedir la rescisión. Con ello resultaría que el artículo 45 venía a completar la regulación del artículo 1.483 (13) por la insuficiencia del texto del Código para recoger el supuesto que el legislador urbanístico llevó a la condición de protegible en el artículo 45.

Con lo cual resultan dos regulaciones diferentes, la urbanística de la Ley del Suelo y la del artículo 1.483 del Código, como lo revela:

1) Que el artículo 45 parte como hipótesis de la confrontación entre la situación declarada y la formalmente existente y que puede ser conocida. El mismo texto legal resalta la publicidad del planeamiento y sanciona en cambio la omisión de los particulares urbanísticos en el contrato de compraventa. Con ello se aparta pues del artículo 1.483 que sólo protege a los adquirentes respecto de cargas y servidumbres desconocidas, por no estar publicados, o no ser aparentes. Es decir, la rescisión del artículo 1.483 opera por la inexistencia de la publicidad ya que si se diera ésta no cabría su ejercicio mientras que en la Ley del Suelo se da a pesar de la publicidad.

2) Si se refiriesen al mismo supuesto serían repetitivos dado que

(11) CASTÁN, JOSÉ: *Derecho Civil*, Tomo IV, Editorial Reus, 1952, pág. 103

(12) MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA: Ob. cit., págs. 228 y ss.

(13) Precepto aplicable analógicamente, además de la buena fe, según GONZÁLEZ SALINAS, ob. cit., pág. 248.

ambos preceptos tienen un mismo plazo de caducidad para el ejercicio de la acción: el de un año.

3) Más bien por ello debe entenderse que, en relación con la regulación urbanística, así como el sistema hipotecario parte de la presunción de conocimiento del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y por tanto que si las cargas o servidumbres no son aparentes no cabe la posibilidad del ejercicio de las acciones del artículo 1.483, al entrar en juego la publicidad del Registro, el urbanístico parte de la posibilidad de conocer, sin que ello suponga que quien desconozca de hecho las determinaciones del planeamiento quede exento de su cumplimiento puesto que el Plan entraña el ejercicio de una verdadera función pública.

4) Por fin podría igualmente entenderse que el sistema urbanístico no ha querido ser tan exigente en el alcance de la publicidad material como lo es el hipotecario por el hecho de que el Registro se lleva por fincas, de acuerdo con el principio de especialidad, mientras que la publicidad urbanística está desconectada de la finca concreta como objeto de atribución de derechos y obligaciones, lo que haría más difícil que fuese conocida su situación.

En la jurisprudencia extranjera, sin embargo, particularmente la italiana, ha trasladado sobre el comprador los riesgos de una defectuosa información.

En efecto, la Sentencia de Corte de Casación de 5 de noviembre de 1977 y antes la de 2 de marzo de 1976, 16 de mayo y 5 de agosto de 1977 parte de la presunción «de conocimiento del vínculo impuesto por una norma de Ley publicada, la cual en este punto atribuye al Plan Regulador eficacia *erga omnes* para todos los ciudadanos».

Así una Sentencia de 16 de diciembre de 1982 (14) dice que «el vínculo impuesto por el Plan regulador, en cuanto sometido a una forma de publicidad propia de los actos normativos, que le hace presuntamente conocido *erga omnes*, no permite incluirla entre las cargas no aparentes que, si no son declaradas en el contrato de compraventa, legitiman al adquirente que no las conocía, a demandar la resolución del contrato, o una reducción del precio».

En la doctrina española el tema ha sido tratado muy parcamente, sin que haya tenido eco en la jurisprudencia.

MARTÍN BLANCO (15), partiendo de la publicidad del planeamiento entien-

(14) *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 1984, fascículo 3, pág. 527. Del mismo principio parte la doctrina. Así GALLONE, «Pericolo di demolizioni ed applicabilità dell'art. 1489 cod. civ. nella vendita di costruzioni abusive», en *R G D E.*, 1981, I, pág. 62; CORDARELLI, «Limiti di inedificabilità e risoluzioni contrattuali ex art. 1489», en la misma revista, I, 16 y CECCHETTI, «Destinazioni di area di piano regolatore», en *Foro*, 1977, I, 181.

(15) MARTÍN BLANCO, JOSE *Tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*. Editorial Montecorvo. 1964, pág. 359. Igualmente JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA, en el trabajo

de que es compatible incluso el ejercicio de la acción legal con el conocimiento por el adquirente de la situación ya que «la Ley quiso otorgar al adquirente tal facultad dispensándole del conocimiento de la situación urbanística de la finca, para mayor protección y seguridad en las adquisiciones».

En cambio dice que no operará la resolución si el adquirente conoce la situación, LUCAS FERNÁNDEZ (16), ya sea a causa del conocimiento de la constancia registral de la situación urbanística o de su conocimiento efectivo de tal modo que tan sólo es aplicable en las transmisiones por las que el adquirente sea tercero hipotecario.

Una y otra opinión parecen excesivas, la una por su extensión y la otra por su referencia estricta a los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Así, entender que el artículo 45 juega incluso si el adquirente conocía la situación casa difícilmente con el alcance de la sanción que lleva a la indemnización de daños y perjuicios. Cómo es posible que quien conoció la situación pueda resolver después el contrato reclamando además la indemnización y, a su vez, haciendo efectivo este derecho mediante el ejercicio de una acción rescisoria? A su vez, la referencia al artículo 34 de la Ley Hipotecaria da un margen sumamente estrecho que tiene su justificación dentro del sistema registral pero no desde una perspectiva más general y partiendo de una publicidad propia e independiente como la urbanística en la que puede darse la adquisición en documento privado, la falta de inscripción del transmitente o del adquirente, etc.

Una interpretación finalista del artículo 45, congruente, a su vez, con su inserción excepcional en el texto de la Ley del Suelo y, por fin, razonablemente entendido, fuera del complejo mundo de la invalidez de los negocios jurídicos, su rescisión o resolución que sólo en el ámbito del Derecho Civil pueden enfocarse, debe llevar a una visión más simple y suficiente con el alcance que la Ley urbanística persigue.

Esta lo que se propone es dar certidumbre a las relaciones jurídicas inmobiliarias insertas en el proceso urbanístico a fin de que la subrogación que por ministerio de la Ley se ordena no sorprenda a los adquirentes de buena fe, principalmente teniendo en cuenta que en el momento en el que se promulga la Ley de 1956, las determinaciones urbanísticas eran fácilmente modificadas en beneficio de intereses particulares, a pesar de la oponibilidad debida al carácter público de los Planes.

titulado «La edificabilidad de los terrenos y sus repercusiones en el tráfico jurídico inmobiliario (Comentarios a la Sentencia de 20 de abril de 1965)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1975, Tomo 506, pág. 65 y ss.

(16) LUCAS FERNÁNDEZ, FRANCISCO. *Aspectos civiles de la Ley del Suelo*, Cartagena, 1963, pág. 54 y ss., y en el trabajo «Normas, fines y principios de la legislación urbanística. Su influencia en el Derecho privado», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 3, 1967, pág. 39.

Se introducía con ello un instrumento corrector e incluso pedagógico de las conductas privadas, tendente a instruir acerca de los derechos y deberes nacidos de los Planes, cuando precisamente por la novedad de la Ley era más difícil captarlo, y con efectos facilitadores de la adecuación de la situación real a la urbanística.

Por eso el mecanismo se desenvuelve:

1. Considerándole, como lo ha entendido la doctrina citada, además de otros autores como NARCISO FUENTES (17), como un remedio rescisorio incluido dentro de la cláusula abierta contenido en el número 5 del artículo 1.291 del Código Civil.

2. En su eficacia se despliega por el automatismo de darse la concurrencia de las circunstancias legales: ejercerse dentro del plazo de un año, discrepancia entre la situación urbanística y la resultante del contrato y, según entendemos, desconocimiento por el comprador.

3. Sobre estas circunstancias quizá la mayor ventaja resida en invertir la carga de la prueba sobre el fondo de la cuestión. Al comprador le basta con probar documentalmente el contenido del contrato, la discrepancia con la situación urbanística y hacerlo dentro del plazo. No es necesario que alegue que hubo error, ni si se conocía o no la situación. Esta última se traslada al vendedor que entra así en un ámbito proceloso en el que los matices son mucho más sutiles.

4. Por este carácter limitado queda fuera del ámbito de esta regulación todo el resto de las complejidades contractuales derivadas del sistema general de obligaciones.

Recuerda por eso en parte la regulación del artículo 45 al automatismo del artículo 41 de la Ley Hipotecaria que parte igualmente de la prueba documental de estar inscrito el dominio a favor del actor sin contradicción alguna. Pero se queda a medio camino ya que para ser eficaz tendría que haber previsto un medio procesal específico, pues al tener que plantearse en juicio declarativo en él cabe por la vía de las excepciones replantear el debate íntegramente, suscitando otras cuestiones anejas pero determinantes de su viabilidad.

Por ello en definitiva su utilidad es relativa y queda reducida tan sólo a la facilitación para el actor de los motivos de su pretensión y de los medios de prueba correspondientes.

Lo que ocurre es que, además de esta medida especial y peculiar de la Ley urbanística, también el resto del ordenamiento jurídico juega un papel propio ya que en sede civil puede contemplarse igualmente la cuestión a la

(17) FUENTES SANCHEZ, NARCISO: *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Madrid, 1960, págs. 16 y 17

luz de los preceptos reguladores del cumplimiento de los contratos, lo cual es, por otra parte, lo usual en la práctica y en la jurisprudencia.

A ello es a lo que vamos a referirnos a continuación, aunque partiendo del esquema de la Ley del Suelo.

V. LA ACCION DE NULIDAD POR EXISTENCIA DE ERROR

1. *La aplicación sucesiva de la acción de nulidad*

El artículo 45 de la Ley del Suelo contiene una regla civil especial dentro de un texto normativo que esencialmente se propone la regulación normativa de la acción administrativa de planificación. Aun cuando en la Ley hay preceptos trascendentales que alteran de modo sustancial el régimen civil del dominio lo que no puede ponerse en duda es que la Ley tiene aquel objeto y que su carácter predominante es el administrativo.

Las reglas del artículo 45 son, por tanto, especiales, aunque están dirigidas al Juez civil y desarrollan unas relaciones en las que la Administración es ajena.

Pero como se vio antes no con ello se agotan todas las posibilidades de reacción frente al supuesto de hecho contemplado en la norma; de igual modo que el transcurso del plazo de artículo 45 no produce la extinción de cualquier otra acción dimanante del Código ya que, como es obvio, la Ley del Suelo ni persigue un tratamiento integral de los contratos que tengan por objeto bienes afectados por el planeamiento ni menos ha derogado el régimen general del Código.

Con lo cual se da paso a los remedios comunes previstos en el Ordenamiento.

Por ello, cuando se trata la cuestión dentro del ámbito del Código Civil es evidente que los interesados pueden acudir a sus soluciones en cualquier caso y momento. Esto es, aun dentro del plazo del año del artículo 45, ya que esa vía no impide el ejercicio de cualquier otra, y por darse alguno de los supuestos del Código que permitan al interesado dar remedio al daño sufrido.

Con ello quiere decirse que las acciones dimanantes del Código pueden ejercitarse simultánea o sucesivamente a las de la Ley del Suelo, y conjunta o separadamente. Esto es mediante la acumulación de acciones —las del artículo 45 y las del Código—, o en procesos separados sin que, a su vez, el fallo desestimatorio de la acción de la Ley del Suelo suponga el efecto de cosa juzgada si lo que se ejercita en proceso independiente es una acción no idéntica a la Ley del Suelo.

Así, en el fondo, la ventaja del artículo 45, según vimos, era la facilitación de la prueba al actor y el traslado de la carga al demandado. Si la

Sentencia es desestimatoria no puede enervar el ejercicio de una acción distinta, como es la de anulación del contrato. Por ello no cabe duda que ambas pueden ejercitarse simultánea o sucesivamente, aunque lo normal sea que se ejercite primero la de la Ley del Suelo. La operatividad de la acción de nulidad será en cambio inevitable si ha pasado el plazo de un año o si la primera fue rechazada.

La impugnación del contrato puede dar lugar pues a su anulación, no como supuesto de nulidad absoluta antes examinado sino por concurrir vicios del consentimiento o un desequilibrio sustancial que dé lugar a la frustración del fin del contrato.

2. *Causas eventuales de nulidad aplicables*

El artículo 1.261 señala cuáles son los requisitos del contrato: consentimiento, objeto cierto y causa de la obligación.

Entre las causas de nulidad caben destacar los vicios del consentimiento, es decir, el error, la violencia, la intimidación o el dolo. También puede estar enlazada la cuestión que aquí se trata con la identificación del objeto.

De todo ello, sin embargo, tan solo aquí interesa destacar el error ya que el dolo, la violencia o la intimidación carecen de peculiaridades aplicables al caso, por lo que es forzosa la remisión al tratamiento común de estos vicios.

El error, a su vez, como veremos, estará enlazado en ocasiones con la identidad del objeto, de aquí el enlace entre uno y otro, ya que si es relevante el error es porque versa sobre la verdadera identidad del objeto o su cualidad esencial pues, como dice la Sentencia de 12 de agosto de 1989 «es nula la obligación contraída con error en lo esencial de las cosas, sus circunstancias y objeto que motivaron el acto».

3. *Significación del error*

A. **Fundamentos de la protección**

La primera aproximación a la patología del contrato resulta de su contemplación meramente intuitiva a partir de la ineludible identidad entre negocio válido y negocio justo. En la literatura italiana siempre han sido sugestivas sus aportaciones en materia de interpretación de los contratos, lo que representa una fuente rica de información. Así RAVA (18) dice «por encima de las diversas teorías existe nuestra intuición jurídica, que unas

(18) RAVA: *I Contratti*, pág 178

veces nos induce a considerar válido un contrato y otras no; y sólo después de la solución intuitiva se intenta la justificación teórica».

Pues los principios de la buena fe, el hecho de que se consienta en algo para obligarse, a cumplirlo, «el respeto a las expectativas de quien recibe la declaración de voluntad, la necesidad de dar certeza a las relaciones jurídicas, el deber ético fundamental de ser fieles a la palabra dada», que a la declaración de los contratantes se le otorgue por el Derecho un resultado digno de tutela, etc., todas estas razones determinan en una aproximación meramente intuitiva, que produzca escándalo el que el Derecho se muestre ajeno e indiferente dejando desprotegido a quien confiado en una determinada declaración de voluntad determinante de la prestación de la declaración complementaria, ve después frustrada su intención sufriendo un quebranto económico debido justamente a la reciprocidad contemplada al celebrar el contrato.

En la estructura del contrato aparecen así destacados:

1. Una declaración del transmitente en sentido positivo, esto es, en cuanto que lo que se vende es directamente edificable aunque no se detalle esa condición.
2. La omisión de que sobre el inmueble vendido pesa un vínculo de inedificabilidad que le hace radicalmente inútil por sí mismo para el cumplimiento del fin o alguna de las causas restantes examinadas.
3. El desconocimiento por el comprador del vínculo y, recíprocamente, la voluntad sobreentendida de que compra para edificar, bien resulte de modo expreso de los términos del contrato bien tácitamente.
4. El pago de un precio congruente con el supuesto de que el terreno adquirido es edificable.

Así el Tribunal Supremo ha dicho que uno de los elementos reveladores de la distinción entre fincas rústicas y urbanas reside en el hecho de que por éstas se paga un precio que es superior al de aquéllas ordinariamente, según Sentencia de 4 de noviembre de 1977.

El descubrimiento de la situación real provoca la convicción en el comprador de que el contrato celebrado no responde a lo realmente querido, siendo la cosa inhábil para el fin al que se destina, ya que la inderogabilidad del planeamiento por los particulares, al estar prohibidas las reservas de dispensación por el artículo 134.2 de la Ley y la subrogación legal del adquirente, salvo la interpretación expuesta relativa al mero incumplimiento de los deberes de urbanizar y edificar, según el artículo 22 hacen imposible la sustracción a sus consecuencias.

En tales casos resulta pues que entre la declaración de voluntad del vendedor y la realidad existe una diferencia radical que, de no haber mediado dolo, determina al menos la concurrencia objetiva del error.

B. La individualización del error

La existencia de una dualidad de partes en un contrato determina que cuando concurre el error hay, de un lado, el contratante que ha provocado incluso de buena fe, la disociación entre la realidad y la declaración de voluntad y, de otro, quien recibió aquella declaración, el destinatario, que fue inducido por la declaración errónea a contratar.

Se podría decir entonces que, en tales casos, el error se ha padecido por ambas partes.

Sin embargo la protección del Derecho se da a quien recibiendo la declaración errónea se fía de ella y en razón de la misma efectúa su prestación, que no es equívoca sino de certidumbre plena porque es constitutiva del pago del precio.

Fácilmente puede advertirse el juego del error en dos situaciones extremas pero contradictorias.

En una, el vendedor desconoce que el cuadro vendido es de un pintor de fama mundial y lo vende a un precio irrisorio, teniendo en cuenta el origen. El comprador desconoce la realidad de quién es el pintor autor del cuadro y paga el precio convenido planteándosele después por el vendedor el error padecido.

En la otra situación el vendedor recibe un precio muy superior al que por la categoría del pintor corresponde al cuadro y el comprador, conocedor después de que el precio es excesivo, solicita la anulación por haber cometido error sobre la identidad del pintor del cuadro.

En ambas situaciones se puede decir que hay una desviación entre lo que externamente aparece y la realidad. Y, sin embargo, la aproximación intuitiva dice que no es igualmente merecedora de protección una parte que la otra.

De aquí que en la doctrina, superando de momento las relevantes circunstancias de si el error es excusable en quien lo padeció y reconocible por la otra parte, se procure trasladar el centro de gravedad desde la discordancia entre voluntad y declaración hacia la confianza que la declaración pretende suscitar.

Así, PIETROBON (19), partidario de esta posición, señala que «la unidad del acto lleva al convencimiento de que una teoría sobre el negocio ha de tener en cuenta ambos aspectos (voluntad y declaración), a fin de tutelar tanto la voluntad de quien emite la declaración como la buena fe de quien la recibe». En tal sentido «la disciplina de los vicios de la voluntad no viene

(19) PIETROBON, VITTORINO: *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Traducida por MARIANO ALONSO PÉREZ, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1971, págs. 3 y 7.

explicada tanto con referencia a la voluntad viciada sino también, y tal vez sobre todo... teniendo en cuenta la situación de quien recibe la declaración viciada... porque la parte contraria a la que incurre en la falsa representación de la realidad merece incluso mayor tutela que quien, hipotéticamente, ha obrado con reticencia...». En sentido estricto, el principio de la confianza consiste en asignar a la buena fe de quien recibe la declaración el lugar ocupado hasta ayer por la voluntad.

Ahora bien, es evidente que no siempre el destinatario es el que tiene que verse favorecido por una mayor protección ya que «el efecto de una declaración de voluntad depende del sentido que debe darle al destinatario cuando se comporta con diligencia y honradez».

De aquí por ello que el error alegado lleva inevitablemente al examen del contenido del contrato y su interpretación, a las relaciones entre los contratantes, la reciprocidad de la prestación, dando siempre primacía a la buena fe, a las exigencias de una justicia sustancial ya que «la buena fe supone el criterio máximo de valoración de las recíprocas obligaciones contractuales» apareciendo así dotada de un «plusvalor» respecto a las restantes normas (20).

C. Las reglas de su valoración

El examen de todas las circunstancias anteriores fuerza a verificar en qué modo las pautas marcadas por la doctrina en la interpretación del error y las reglas del Código permiten juzgar si una situación como la descrita en el supuesto de hecho planteado debe ser determinante de la nulidad del contrato.

A tal fin estas son las circunstancias relevantes:

1) La función que el ordenamiento jurídico en su totalidad confiere a la declaración del vendedor.

De momento no se trata de determinar si la actitud del vendedor está marcada por un matiz desleal o inmoral, ni siquiera negligente. Simplemente se plantea esta perspectiva tomando pie de la obligación directamente emanada de la Ley que obliga al vendedor no sólo a actuar honestamente sino a ser especialmente escrupuloso en declarar la situación urbanística de una finca en los supuestos previstos en el artículo 45. Hay, por tanto, una diligencia directamente impuesta por la Ley que refuerza así señaladamente el deber general de diligencia de todo vendedor. El vendedor de un terreno inedificable no sólo está obligado a comportarse de acuerdo con las reglas

(20) Ob. cit., pág. 119. También GONZÁLEZ SALINAS hace descansar el precepto en la buena fe. Ob. cit., pág. 246.

de una contratación de buena fe; tiene además que cumplir un deber complementario porque la Ley de modo directo refuerza o intenta reforzar la seguridad del tráfico jurídico en congruencia con el principio de subrogación legal de las cargas, quizá también para hacer más fácil el cumplimiento de los deberes por terceros, al partir de situaciones que por no trascender al Registro pueden ser menos conocidas por los adquirentes ya que no se individualizan sobre las fincas que adquiere en concreto.

Por tanto, el ordenamiento en su conjunto refuerza la protección del destinatario de la declaración y crea una carga adicional al vendedor.

2) Situados en el momento de la celebración del contrato, la infracción de la norma da lugar a la rescisión del contrato. Al tiempo evidencia la existencia de una declaración de voluntad insuficiente.

Ambas circunstancias repercuten en el destinatario de la declaración, de aquí que dada la transcendencia del hecho y, repetimos, planteada en el momento en que el acuerdo se toma, el vendedor tiene la obligación de poner en conocimiento del comprador todas las causas que pueden afectar al desenvolvimiento del contrato. Es decir, si la Ley anuda a la declaración errada la rescisión, cumple al vendedor un deber de diligencia especial desde el momento en que a su declaración se sigue un efecto potencialmente tan severo. Se ha dicho que «la buena fe exige avisar a la parte contraria, incluso en el supuesto de advertir que ésta se inclina a contratar impulsada por un motivo determinante claramente infundado».

Las partes «están obligadas recíprocamente a guardarse lealtad, desengañarse de errores, huir de reticencias; en definitiva, cada contratante debe hablar con claridad y poner en conocimiento de los contrarios las situaciones reales reconocibles, huyendo del fraude que puede llevar a falsas determinaciones volitivas» (21).

Una conducta de este género sería evidentemente culposa si se enjuicia en nuestro derecho, por lo que el contratante quedará sujeto a la indemnización de los daños sufridos según el artículo 1.101 del Código.

¿Cuándo podrá producirse una situación de esta clase? Evidentemente éste será un punto determinado por las particularidades del contrato y la situación de las partes. El reforzamiento operado por ministerio de la Ley de la confianza del comprador al poner al vendedor en la obligación de señalar cuáles son los vínculos de inedificabilidad que gravan las fincas no produce *per se*, si se infringe una presunción de culpa por el vendedor. Es una obligación objetivada la impuesta al vendedor que le fuerza a una conducta más diligente por los efectos que la sanción produce, pero no puede equipararse sin más y por necesidad a una situación de culpa subjetiva.

(21) RAVA. ob. cit, págs 181 y 194.

Para que esto ocurra han de darse las circunstancias que permiten entender que el vendedor lo sabía con certeza y que, a pesar de ello y amparándose en la ignorancia del comprador, forzó la celebración del contrato. Pero si esto no ocurre podrá existir un contrato en el que medió error pero no culpa. La consecuencia es que aun no habiendo culpa puede haber invalidez por error, con obligación de restituirse las cosas recibidas según el artículo 1.303, pero no la responsabilidad del artículo 1.101.

Ahora bien, ¿cuándo del error objetivo se pasa a la culpa *in contrahendo*? La respuesta está en función de las circunstancias del contrato.

Habrà culpa cuando el vendedor conozca puntualmente la situación, por ejemplo, por razón de su oficio, o por el cargo público que ocupa, si es determinante de la calificación del suelo; cuando el promotor del Plan propuso la calificación, etc. Tal sería el caso del Arquitecto municipal que vende un terreno de su propiedad no edificable; o el Alcalde o Concej al que haya participado en la aprobación de los Planes, o en la venta de terrenos por la propia Corporación.

De este modo se da al contrato no sólo el relieve debido a la voluntad de los contratantes sino el reconocimiento de la función social que cumple y en razón de la cual es protegida por el Ordenamiento ya que si bien a las partes les corresponde dar contenido al contrato, la causa —elemento del que dimana que el contrato sea merecedor de protección— se convierte en límite de la libertad y medio para que sólo los intereses dignos sean protegidos, aunque ello sólo sirve para conseguir una justicia sustancial a las partes, prescindiendo de la utilidad o relieve social resultante del contrato.

3) La excusa del desconocimiento del hecho erróneo por el declarante.

La bilateralidad del error —como vimos en el error incurren tanto el declarante como el que recibe la declaración errónea— llevó a la doctrina lo articular dos remedios recíprocos para excluir la causa de la invalidez del contrato: la excusa por el declarante de que habiendo puesto de su parte la diligencia que en circunstancias iguales observaría una persona de diligencia moral (22), a pesar de ello, sin embargo, no pudo evitar el error. Y, paralelamente que el destinatario de la declaración podía también, en circunstancias normales, reconocer el error.

De acuerdo con la primera acepción sólo el error inexcusable invalida el contrato mientras que si es excusable no.

Sin embargo la teoría de la confianza refuerza la posición del destinatario al considerar que es injusta la exoneración del error por el mero hecho de que se dé o no una circunstancia del fuero interno del declarante, siendo así que lo importante es que aquél decidió contratar basado pura y simple-

(22) En los comentarios adicionales del traductor, don MARIANO ALONSO PÉREZ, a la obra de PIETROBON, págs. 334 y 336.

mente en la declaración objetivamente recibida y que satisfizo un precio no congruente con la prestación por él cumplida.

La excusabilidad, no obstante, carece de relevancia en nuestro Derecho según entiende la doctrina (23) y particularmente MARIANO ALONSO PÉREZ; sin embargo la jurisprudencia parece haberle dado valor en algunos casos, al declarar la ineficacia tan sólo cuando la disconformidad sea maliciosa o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, según la Sentencia de 23 de mayo de 1935.

Sin embargo se critica su aplicación porque al admitirse únicamente el error inexcusable, es decir, el fundado en la culpabilidad del declarante, se trasladó el error al ámbito de la voluntad siendo así que el error es fundamentalmente un hecho intelectual.

Pues bien, la excusabilidad aplicable a la situación estudiada debe descartarse en dos situaciones posibles:

a) Cuando se afirma que en el acto de la venta se limitó el declarante, por ejemplo, a decir que la finca era meramente una finca urbana sin añadir que fuera edificable.

No parece razonable la excusa porque el deber legal no sólo actúa en la obligación de reseñar el hecho positivo —ser edificable la finca—; más relieve adquiere aún el omitir el hecho negativo —la existencia del vínculo de inedificabilidad—.

Por eso no es tanto que pueda entenderse el contenido de la declaración que no hubo un compromiso de ser el bien edificable como haber omitido que no lo era.

b) La significación de los términos empleados en el contrato. En línea con lo que se acaba de decir se halla también la idea del sentido del lenguaje empleado ya que, en algunos casos, la venta de una finca como urbana no es técnicamente defectuosa porque unos terrenos calificados como zona verde dentro del ámbito del suelo urbano evidentemente son también suelo urbano y, por ello, la expresión sería correcta; del mismo modo que el suelo urbanizable no programado es también sin duda suelo urbanizable. De igual manera podría decirse, como ya se apuntó al principio, que el hecho de que un terreno sea zona verde o forme parte de los sistemas generales no excluye que esté llamado a participar en el proceso de distribución de cargas adecuado e incluso jurídicamente exigible o, al menos, que dé derecho a su titular a percibir el valor que le corresponda bien sea a través de la parcelación sustitutiva o de la misma expropiación.

Todo ello es cierto e incluso podría ser un argumento a su favor el hecho

(23) DANZ: *La interpretación de los negocios jurídicos*, traducida por BONET RAMÓN. Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, págs. 2 y 3.

de que se configure la situación dentro del marco de aplicación del planeamiento en el que el empleo riguroso de los términos es decisivo y tiene una inevitable significación técnica.

Sin embargo, ni la norma está dirigida a la acción administrativa, ni tampoco la Administración es parte en ningún caso de la relación que se crea, salvo que sea vendedora, ni, por fin, debe olvidarse que los destinatarios son personas privadas en el ejercicio de su libre iniciativa que actúan conforme a los usos generales de tráfico.

Así, DANZ (24) dice que «los contratos han de interpretarse como lo exija la buena fe y atendiendo a los usos sociales». Y más adelante añade: «Por interpretación se entiende, en el lenguaje usual, la acción que tiende a fijar el sentido y el significado de las manifestaciones de la voluntad, especialmente de las palabras». Y en el prólogo a la segunda edición DANZ especifica: «Hasta aquí, la interpretación de los negocios se ha entendido como una función más o menos análoga a la de la interpretación filológica... Nada más falso. El Juez en su función de intérprete, sólo tiene que preocuparse de ver cómo entiende la generalidad de las gentes una determinada conducta... su misión es ver qué sentido atribuye el comercio jurídico a ese modo de conducirse. El Juez ha de amparar el fin económico a que según ese análisis aspiran los hombres».

Con ello se pone de manifiesto que es la voluntad real no su expresión técnica la que predomina. Y la voluntad real, despojada de tecnicismos para iniciados, se manifiesta en la forma en que el hombre de la calle cuando compra un inmueble y paga el precio congruente con ese significado, lo que hace es comprar un terreno no sujeto a vínculo de inedificabilidad por sí o por sus propietarios.

4) La reconocibilidad de la diferencia entre lo declarado y la situación real.

Es este por fin el test final que ha de cumplir la prueba del error. Si éste es reconocible por el comprador; si por los tratos preliminares habidos, por su condición personal o por la conducta seguida el comprador conoce la situación evidentemente no puede alegar el error. Es hoy una práctica usual las ventas de terrenos calificados como sistemas generales, que tienen aprovechamiento cero según el artículo 51 del Reglamento de Gestión Urbanística y que se adquieren a conciencia para participar en el desarrollo de sectores clasificados como suelo urbanizable programado.

La situación se hace aún más significativa, como vimos al principio, ante el hecho de que el planeamiento es público.

En el ámbito puramente civil se dice que el error es reconocible cuando

(24) DANZ: *La interpretación de los negocios jurídicos*, traducida por BONET RAMÓN, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, págs. 2 y 3

«el destinatario de la declaración conocía o debía conocer, empleando una diligencia “normal” la situación real». Sin embargo esta interpretación se ha censurado por la doctrina por entender que «la valoración de la reconocibilidad se reduce a una valoración de la culpa» (25), lo cual lleva a examinar «el comportamiento total del individuo». Este proceso de identificación se admite que sea válido como tendencia a hacer coincidir el error reconocible y la negligencia del destinatario pero sólo se puede llevar esta tendencia a criterios imperativos si la Ley impone la obligación de conocimiento. Por eso, sin caer también por entero en la intrascendencia de si el vicio era o no reconocible, se propone que deba investigarse «la diligencia empleada por las partes en litigio, la que pide la nulidad y la que se opone a ella, para admitir la demanda de la parte que se revela más digna de la tutela jurídica». A este fin se reconduce la situación, según apuntábamos más atrás, a los tratos preliminares, a las «cualidades de las partes», la «experiencia particular del sujeto», su «profesión y posición social» partiendo de que «al exigir que el error sea reconocible y no que sea reconocido de hecho, no ha tutelado la confianza del destinatario en la mayor medida posible, pues en tal caso habría exigido el conocimiento efectivo».

En el Derecho español, ALONSO PÉREZ (26) y ALBALADEJO afirman que el error no requiere para su relevancia que sea reconocible. Lo cual no quiere decir que si el destinatario lo conoce o está en condiciones de conocerlo efectivamente debe ser protegido ya que sería contrario a la buena fe su protección (27).

Planteada la cuestión desde una perspectiva urbanística la interpretación es coherente con lo expuesto ya que la publicidad lo que confiere es la facultad de ser informado el interesado; pero de la Ley del Suelo no se deduce que la carga de informarse sea del comprador. Todo lo contrario, la sitúa explícitamente en el vendedor y únicamente contempla para el comprador la subrogación legal en el cumplimiento del Plan.

Por otro lado resulta de interés destacar una doble alternativa del conocimiento, coincidente también con el principio de justa distribución de beneficios y cargas derivado del sistema. Todo titular del suelo o presunto adquirente debe conocer, por ser consustancial con el sistema, que el dominio por virtud del planeamiento está sometido a unas normas que delimitan y conforman su contenido, de tal modo que bajo el principio de solidaridad todos los propietarios están sujetos a la obligación de contribuir a la creación del equipamiento urbanístico. Pero en cambio la ampliación

(25) PIETROBON: Ob. cit. págs. 282, 287, 305 y 322.

(26) ALONSO PÉREZ, MARIANO: En los comentarios citados, pág. 339.

(27) DE CASTRO, FEDERICO: *El negocio jurídico*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1977, pág. 116.

de este estatus hasta el punto de que un terreno resulte privado directamente de la facultad de edificar o de que sea edificable por sus propietarios excede del ámbito del contenido normal y, por ello, tal conocimiento no es exigible al adquirente porque en esta situación la Ley impone la carga de esclarecer la situación al vendedor.

Así, en la doctrina italiana, en donde se ha estudiado con mayor detenimiento el tema, BIANCA (28) se ha opuesto a la presunción general de conocimiento de la Ley y Reglamento en cuanto falta un deber jurídico de conocerlos; es preferible hacer referencia a la normalidad de las limitaciones, las cuales se presumen conocidas por todos, pero el vínculo que afecta singularmente a un terreno, en cuanto excede de los límites normales, excede también de la obligación de conocimiento.

Resulta también, por ello, de interés destacar la desviación jurisprudencial en Italia respecto de la línea tradicional sobre la irrelevancia del error. Así, en Sentencia de 22 de octubre de 1985 la Corte de Casación (29) dice que «el artículo 1.492 del Código Civil considera esencial, a los fines de la anulación del contrato, el concurso de los requisitos de los artículos 1.428 y 1.431 del mismo, por ello el error sobre una cualidad del objeto el cual, según la común apreciación o en relación a las circunstancias del caso, es determinante del consenso; por tanto el error producido subsiste no sólo en el caso de venta de un terreno en la falsa convicción de la naturaleza rústica o edificatoria del mismo, sino también en el caso de que el vendedor había ignorado que el fundo, no siendo edificable al tiempo de celebrarse el contrato, tenía atribuida naturaleza edificatoria en el Plan».

En la Jurisprudencia española existe un testimonio de indudable trascendencia como es el contenido en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1985.

Se trataba de la venta de un terreno que en unión de otros pertenecientes al mismo vendedor había permitido la construcción sobre el resto no vendido, computándose la edificabilidad teniendo en cuenta la totalidad de los que le pertenecían, siendo así que la parcela comprada, según justificó el Ayuntamiento, estaba destinada a zona verde y no era por tanto edificable al haber agotado la edificabilidad permitida por el Planeamiento.

El Tribunal Supremo entiende que se da en este caso un supuesto de error esencial, «prestado por la compradora sobre las cualidades de la cosa comprada, que por sí solo comporta la nulidad de la compraventa, ya que, como se decía con poca propiedad en el súplico de la demanda, «siempre procedería la resolución de la compraventa por error sobre las condiciones esenciales de la cosa».

(28) BIANCA: *La vendita «Trattato di dir. civ.»*.

(29) R.G.D.E.: Fascículo I, 1986, pág. 103.

El Tribunal Supremo admite, por tanto, la invalidez del contrato por mediar error, sin que debamos omitir la importancia, que destacaremos más adelante, de la última frase de la Sentencia cuando alude a la resolución del contrato.

De igual manera ha sido abordado el caso en la Sentencia de 27 de marzo de 1989 (Aranzadi núm. 2.201), que incluso califica la conducta del vendedor como dolosa y generadora del error (30).

Otra Sentencia de 28 de febrero de 1974 reconoce que «el consentimiento prestado por error provoca la nulidad del acto o negocio siempre que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fue objeto del mismo o sobre aquellas condiciones del objeto que principalmente hubieran dado motivo a su celebración (art. 1.266) o la situación en que puede encontrarse la adquisición de un terreno que se cree edificable, sin que realmente lo sea, según Sentencia de 20 de abril de 1965... No debe olvidarse no obstante que para que tal efecto se produzca es indispensable que el error haya quedado acreditado plenamente... porque el reconocimiento del error sustancial, con trascendencia anulatoria del contrato, debe interpretarse de forma restrictiva».

Por fin, Díez PICAZO (31) incluye como error que determina la invalidez de un contrato cuando «una persona compra una parcela de terreno con la intención conocida por el vendedor de edificar una casa, pero los planes municipales de urbanización no permiten construir en aquella zona».

Por consiguiente, y concluyendo este apartado, debe entenderse que el error sobre la condición de un terreno como edificable es determinante de la nulidad del mismo por cuanto recae sobre la sustancia de la cosa, según establece el artículo 1.266 del Código. Probado por tanto el error es posible que la persona que lo hubiere sufrido, es decir, no el que produzca el error, puede ejercitar la acción de nulidad conforme al artículo 1.302 del Código Civil pero tan sólo en el plazo de cuatro años que establece el artículo 1.301 contados a partir de la fecha de consumación del contrato; es decir, del momento en que se hubiera entregado la cosa y el precio con lo cual, transcurrido aquel plazo, no puede exigirse ya la declaración de nulidad por caducidad de la acción.

(30) Comentado por DELGADO ECHEVARRÍA, JESÚS, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 20, 1989, págs. 465 y ss. bajo el título: «Error sobre la edificación de la parcela comprada. Dolo. Deber de información sobre la edificabilidad y artículo 62 de la Ley del Suelo. Anulabilidad, plazo de prescripción».

También, en la misma revista núm. 21, pág. 895, el trabajo de NIEVES FENOY PICON comentando la Sentencia de 4 de octubre de 1989 bajo el título *Compraventa de terreno para edificar. Cláusula de reajuste del precio al aprovechamiento urbanístico efectivo. Interpretación del contrato. Vicios ocultos*.

(31) Díez PICAZO, ob. cit., pág. 845.

VI. LA RESOLUCION DEL CONTRATO POR LA FALTA DE EQUIVALENCIA DE LAS PRESTACIONES

La equivalencia de prestaciones en las obligaciones sinalagmáticas es uno de los principios rectores para la interpretación de los contratos, como se induce de las reglas contenidas en el artículo 1.289, expresión, a su vez, de un principio general más profundo como es el de evitar el enriquecimiento indebido, exigencia propia de la buena fe reconocida en el artículo 7 del Código.

La exigencia de equivalencia entre las recíprocas prestaciones de un contrato no equivale, como es evidente, a hurtar lo querido por las partes en el ejercicio legítimo de su libertad individual. Actúa más bien como criterio corrector para la interpretación de la dudas surgidas de la voluntad declarada y en aquellos casos en que objetivamente las consecuencias del contrato no son las que se derivan de la voluntad de las partes rectamente interpretada, de sus tratos preliminares, de la posición que cada contratante asume y del carácter conmutativo propio de los contratos onerosos.

Así, del Código Civil puede deducirse su preocupación por el mantenimiento de la «reciprocidad de intereses» a que alude el párrafo primero *in fine* del artículo 1.259, en las diversas fases del contrato:

1) En la fase anterior a su consumación, con la declaración de inexistencia cuando la cosa vendida «se hubiera perdido en su totalidad», según el artículo 1.460 para la compraventa.

Puesto que la compraventa se manifiesta en la reciprocidad entre el precio y la cosa, la falta de ésta al tiempo de celebrarse el contrato le deja ineficaz por inexistente, según se vio más atrás.

2) En la fase posterior a su celebración la equivalencia se manifiesta por causa sobrevenida en dos hipótesis:

- a) En los casos en que la cosa estuviera afectada por vicios ocultos «si la hacen impropia para el uso a que se le destina» según el artículo 1.484, resaltándose así que en los restantes vicios no ocultos los riesgos derivados de causas sobrevenidas son de cargo del comprador según la regla *periculum est emptori*, deducida del artículo 1.452.
- b) En el supuesto de contratos de cumplimiento posterior, por tanto no en los contratos en que se cumplen instantáneamente las obligaciones recíprocas, cuando el obligado «no cumpliera lo que le incumba», según el artículo 1.124 del Código, lo que se manifiesta expresamente en el caso de falta de pago del precio, con la especial aplicación para la compraventa del artículo 1.504 o en los supuestos de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, como expresión

de la alteración de la base del negocio, por lo cual, según Sentencia de 23 de noviembre de 1962 (32) «alterada la base del negocio», era una consecuencia necesaria de la buena fe «el restablecimiento de la base contractual con reciprocidad real y equitativa de las obligaciones».

A través del esquema ofrecido se trata de averiguar si es incluíble la falta de equivalencia de prestaciones en el caso de que la cosa entregada no cumpla para servir la finalidad perseguida por las partes cuando el vicio que lo determine se dé en el momento de su celebración y no sea por definición del tipo de los vicios ocultos.

Para responder a ello primero tiene que afirmarse con evidencia que si el sistema legal propugna la equivalencia de prestaciones *ex ante* y *ex post* a la celebración del contrato no hay razones para excluir que también esta equivalencia debe ser admitida en el caso de contratos conmutativos de prestaciones simultáneas si, de los términos subjetivos y objetivos resultantes, se dedujese que no concurre.

Así debe entenderse de varios preceptos del Código. En el caso de la compraventa del artículo 1.484, ya que es principio general que el vendedor está obligado a permitir que la cosa sirva para el uso a que se destina. Lo relevante es que si el vicio fuera oculto y se hubiera omitido su conocimiento al comprador éste podrá rescindir el contrato. Igualmente si se omite la cualidad de las cosas determinante del uso presupuesto y fundado en la buena fe de la declaración del vendedor el comprador la adquiere, resultando aquélla inhábil para el uso al que se destina, el comprador podrá resolverle con la dificultad sin embargo de asumir la carga de la prueba.

La misma regla se deduce del artículo 1.554 dedicado a los arrendamientos determinantes de la rescisión prevista en el artículo 1.556 o el artículo 1.707 para el contrato de sociedad civil.

Por fin, la entrega íntegra de la cosa; esto es, la obligación de que la cosa esté compuesta de todas las utilidades y cualidades previstas por las partes se deduce también del artículo 1.097 del Código.

Cuando esto no ocurre tiene lugar la resolución del contrato por aplicación del artículo 1.124 del Código, el cual no contempla en rigor, como señala la doctrina (33) una verdadera condición. Es más bien expresión de «una voluntad tácita o sobreentendida de los contratantes». La facultad resolutoria aparece no como medio de sanción de quien incumpla el contrato sino que realmente a quien pretende protegerse es al contratante cumplidor.

(32) DIEZ PICAZO. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Editorial Tecnos, 1970, pág. 871.

(33) DIEZ PICAZO *ob. cit.* pág. 845.

La resolución del contrato se configura sin embargo por la jurisprudencia esencialmente bajo el tipo del incumplimiento deliberadamente culpable del obligado, acaecido después de la celebración del contrato, del que es paradigma la falta de pago del precio aplazado. ¿Cabe entonces incluir como supuesto resolutorio el incumplimiento objetivo derivado de la falta de entrega de la cosa por no concurrir en ella alguna de las cualidades contempladas al contratar?

En otros términos, y partiendo del supuesto que aquí se estudia, la venta del suelo que se considera edificable es susceptible de dar lugar a la resolución, prescindiendo de los vicios de la declaración errónea, cuando después resulta que la cosa entregada está sujeta a un vínculo de inedificabilidad o no es susceptible de edificarse por el adquirente, siendo así, como se ha visto, que el planeamiento es público?

La hipótesis parece que debe también admitirse. Así, Díez Pícazo (34) incluye entre los supuestos de aplicación de la acción resolutoria «el cumplimiento defectuoso o ejecución defectuosa de la prestación, cuando a través de ella se frustra la finalidad perseguida por el negocio y el interés del acreedor», aun cuando añade «cuando el deudor no accede o no se allana a la rectificación o corrección de los defectos», hipótesis que parece contemplar que el incumplimiento es subsanable por el vendedor. No obstante los términos que emplea son alternativos, como lo revela con la partícula «o» y, de otro lado, si se admite la resolución por causa sobrevenida cuando es imputable al deudor, con mayor motivo debe ser si el incumplimiento simultáneo se produce también por su causa.

Es decir, evidentemente que el vendedor de un suelo edificable se libera por entero si después de vendido aquel terreno como consecuencia de una alteración del planeamiento pasa a ser inedificable. El riesgo es ciertamente del comprador porque el vendedor, al efectuar la venta, entregó un bien que era edificable, desligándose así de las vicisitudes o riesgos posteriores, ya que si no fuera así, nunca se desligarían los vendedores de las consecuencias desfavorables que pudieran surgir sobre la cosa.

Pero no ocurre igual cuando es en el momento de la venta cuando el inmueble vendido es inedificable y lo sabía el vendedor.

Su incumplimiento al celebrarse el contrato determina que aquél pueda ser resuelto por no poder cumplir la cosa el fin al que se destina.

Cita Díez Pícazo como ejemplo la aplicación de la resolución por modificación sobrevenida el supuesto que contempló la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1948 (35) como hipótesis de alteración

(34) Ob. cit., pág. 861.

(35) Díez Pícazo: *Estudios sobre la jurisprudencia civil* Tecnos, S. A., Tomo I, 1966, pág. 363.

de la base del negocio vendido. A fin de que la finca de los demandantes pudiera tener fachada a una calle en proyecto su dueño conviene con el colindante un contrato en el que éste se obliga a vender en el plazo de quince años o antes si se abriera la calle, una parcela de su propiedad. La Sentencia dice que la finalidad que los pactos tienen no es meramente el propósito o deseo de cada parte sino el fin del contrato mismo «sin que, por tanto, puedan separarse de él, en cuanto es revelación de la voluntad común de los contratantes determinante del alcance y sentido de los pactos que... se han establecido por cumplir esa manifiesta finalidad».

Exteriorizada la voluntad de las partes en el fin común propuesto cuando «no es posible ya obtener el fin perseguido concertado» debe entenderse que ha dejado de existir «la condición motriz de la voluntad contractual... por desaparición de la base en que se asentaba».

Bajo la acepción de la frustración del fin del contrato han de citarse también aquí, como aplicación de precepto legal que comentamos, las Sentencias de 3 de noviembre y 9 de diciembre de 1983, comentadas por RICARDO DE ANGEL y MANUEL MARÍA ZORRILLA (36).

El supuesto contemplado en la primera de las Sentencias se refería a la reclamación de honorarios por un Arquitecto que había realizado un proyecto al parece impracticable, en parte porque el terreno era inedificable, lo que conocía el demandante.

La Sentencia del Tribunal Supremo estima que el Proyecto «había devenido irrealizable, por haber variado... el Plan General... (por lo que)... no podía ya ser reputado viable y, en su consecuencia, no respondía a la finalidad perseguida».

La segunda sentencia contemplaba un supuesto análogo, fallándose por el Tribunal Supremo diciendo que «el contrato... tenía desde su principio una finalidad imposible de cumplir... de todo ello dimana que la relación de equivalencia entre las prestaciones quedó rota... lo que hizo que deviniera inexigible la prestación pactada... Si bien el Código Civil español no contiene una regulación del supuesto de frustración del fin del contrato por devenir inexigible, salvando con ello la equidad de sus consecuencias, tal supuesto se halla previsto en Códigos más modernos, como el alemán (parágrafo 323), y el italiano (art. 1.463) en el sentido de que si la prestación que incumbe a una parte derivada de un contrato bilateral se hace imposible o inexigible a consecuencia de una circunstancia de la que no ha de responder ni ella ni la otra parte, pierde la pretensión a la contraprestación, debiendo restituirse las prestaciones ya efectuadas; solución adapta-

(36) «La frustración del fin del contrato. Obligaciones de medios y de resultados». Publicado en el *Anuario de Derecho Civil* Tomo XXXVIII, Fascículo I, año 1985, págs. 185 y ss.

ble a nuestro derecho, no sólo por las expuestas razones evidentes de equidad y las deducidas de los artículos 1.256 y 1.258 del Código Civil, sino también al amparo del principio que veda el enriquecimiento injusto y de las ideas en que se han inspirado, entre otras, las Sentencias de esa Sala de 5 de julio de 1945, 30 de junio de 1948, 27 de octubre de 1964, 10 de octubre de 1980 y 30 de junio de 1983».

Cita esta última Sentencia la de 27 de octubre de 1964 comentada por Díez Pícazo al reconocerse que la imposibilidad de edificar es condición principal motivada de las compraventas, planteándose si se está en un supuesto de error o en el caso de frustración del fin del negocio (37).

Los autores que comentan las Sentencias citadas consideran que «la violación de la buena fe *in contrahendo* consistía en prescindir de las averiguaciones indispensables para conocer la viabilidad del proyecto o en no querer averiguar... las precisiones o perspectivas al respecto».

La adecuada equivalencia entre las prestaciones, propias de las obligaciones bilaterales, lleva implícita en sí misma la determinación de cuál es el fin del contrato, qué es lo que los contratantes quisieron realmente convenir cuando lo celebraron, cuestión que a su vez está directamente enlazada con la determinación de la causa del contrato.

Según se ha dicho antes, la razón por virtud de la cual el ordenamiento jurídico protege los contratos celebrados es porque éstos son conformes con el ordenamiento mismo y porque la causa determinante de su celebración lo justifica.

Importa por ello otra vez más volver así a señalar cuál es el motivo en virtud del cual las partes contrataron, cuál es la posición que el propio Ordenamiento asigna a cada parte en el contrato y, consiguientemente, advertir qué consecuencias se producen cuando su defectuosa estructura incide en la frustración del mismo.

Para ello es determinante de la causa, en primer lugar, señalar el fin práctico perseguido por las partes. El contrato se celebra para conseguir un fin que es común a ambas, fin que determina la elección del objeto y el precio que como contrapartida se asigne.

A su vez, este fin práctico perseguido por las partes determina que en la cosa han de concurrir una serie de circunstancias tales que permitan que aquél pueda en efecto conseguirse.

(37) Díez Pícazo: *Estudios sobre jurisprudencia civil* Vol. I, pág. 133. Véase también el trabajo de ANTONIO MORALES MORENO en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXVI, Fascículo III, año 1983, titulado «El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro». Resulta también muy sugestiva la argumentación de TOMÁS RUBIO GARRIDO en sus comentarios a la Sentencia de 8 de marzo de 1989, publicados en el *Anuario*, Tomo XLIII, fascículo I, año 1990, sobre nulidad por falta de objeto... Resarcimiento debido por defecto en la cosa vendida.

Cuando de acuerdo con estas circunstancias el fin que las partes se proponen conseguir se frustra como consecuencia de la falta de las cualidades especialmente previstas, se origina así, por una parte, un desequilibrio entre las respectivas prestaciones y de otra, y como consecuencia de ello, la frustración en su integridad del negocio.

Queda así prefigurada la base del negocio y las consecuencias de su frustración son las descritas por OERTMANN (38), cuando dice que «la representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias en las que basan su voluntad negocial», es lo que constituye la base del negocio.

Su determinación ha de ser también consecuencia de la buena fe que se manifiesta, según ESPERT (39) «para valorar si se ha conseguido o no la satisfacción del interés del acreedor en los casos en que se discuta si la prestación sigue ofreciendo o no para el acreedor aquella utilidad que estaba destinada a producir».

Por eso dicho autor dice que «la Ley exige de ambos contratantes un respeto mutuo de la buena fe, tanto en el momento de la formación, como en el del desarrollo de la relación y en la ejecución de la obligación».

Si estos fines no se consiguen y queda rota la equivalencia de las prestaciones la consecuencia es la ineficacia del contrato, la cual opera con independencia del juego institucional del error como causa de invalidez toda vez que, como afirma el autor últimamente citado «en el caso del error, aunque la anulación supone una pérdida de eficacia posterior en base de una demanda de quien sufrió el error, la causa de la ineficacia surgió coetáneamente a la formación de la voluntad contractual» (40).

Mientras que la doctrina de la frustración «produce, una vez aplicada, la ineficacia por cambio de circunstancias posteriores a la perfección del contrato, el cual goza de una vida perfecta, no claudicante, como en el caso del error, por todo el tiempo que corre entre la perfección y el acontecimiento que frustra la posibilidad de conseguir el fin del contrato», aunque la frustración puede estar predeterminada ya en el momento también de la celebración si en ese instante la cosa carecía ya de posibilidad objetiva para permitir su adecuado desenvolvimiento aunque se conozca después.

Por consiguiente la finalidad del contrato y la posibilidad de que las cosas sirvan para el fin al que se destinan es condición concurrente esen-

(38) Citado por VICENTE ESPERT SANZ en su obra *La frustración del contrato*. Editorial Tecnos, 1968, pág. 363

(39) Ob. cit., pág. 121

(40) Ob. cit., pág. 136

cialmente en el momento de su celebración y eventualmente en determinados períodos de tiempo posteriores a ello sin que se configure bajo la idea de la condición resolutoria tácita, sino que, como se afirma que JORDANO BAREA en la interpretación de la Sentencia de 30 de junio de 1948 antes descrita, «no es necesario acudir al juego de una condición tácita sino que actúa el fin del contrato provocando la ineficacia del mismo por su misma virtualidad» (41).

Todo lo cual lleva consigo por tanto a su resolución.

Ahora bien, cuál es el plazo para solicitar la resolución del contrato?

DÍEZ PICAZO (42) dice que «la acción resolutoria no está sometida a ningún plazo especial en orden a su ejercicio. La jurisprudencia ha señalado que se trata de una acción personal y que, por ello, la acción para pedir la resolución prescribe a los quince años».

En cambio otros autores como ESPERT (43) dice que «hay que excluir toda aplicación del plazo de quince años de prescripción de las acciones personales en general (art. 1.964); tampoco sirve el plazo de cuatro años de las acciones rescisorias (art. 1.299). Nos encontramos en zona de deberes de «correteza» que exigen una diligencia especial para evitar los males que el evento frustrante ha ocasionado en la economía de las partes, y por ello es aquí particularmente aplicable la doctrina del *Verwirkung*, que considera inadmisibles la pretensión del ejercicio tardíamente desleal de un derecho o facultad. Aquel que quiera alegar la frustración deberá actuar con la rapidez que lo haría un hombre justo y razonable, e incluso será exigible una particular diligencia que justifique su liberación».

Sin embargo se trata esta de una afirmación puramente personal que en materia del plazo para el ejercicio de las acciones tiene que estar inequívocamente fundada en un precepto legal, que ni siquiera se cita.

Una cosa es lo que pueda pensarse de *lege ferenda* y otra distinta de *lex data* y en ella, como afirma DÍEZ PICAZO, resulta que el plazo para el ejercicio de las acciones resolutorias es el propio de las acciones personales y por tanto el del artículo 1.964; es decir, el de quince años, sin perjuicio, naturalmente, de las consecuencias que pudiera originar la resolución del contrato para el caso de que hubiera un tercero obligado a su cumplimiento que no fuera directamente el vendedor.

JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ

(41). JORDANO BAREA: *Anuario de Derecho Civil*, 1949, II, pág. 753.

(42). Ob. cit., pág. 863.

(43). Ob. cit., pág. 258.

¿Es abstracto el consentimiento formal en el sistema inmobiliario alemán?

«En tu lucha contra el resto del mundo,
ponte siempre del lado de éste».

Franz Kafka

I. INTRODUCCION

La investigación sobre las fuentes inspiradoras de nuestra primera Ley Hipotecaria tuvo algo de labor propia de minuciosos detectives. Dos circunstancias que NÚÑEZ LAGOS (1) encontró relevantes fueron, como es sabido, las siguientes: una, que encontrándose GÓMEZ DE LA SERNA, que había sido Ministro de la Gobernación, exiliado en 1843 en Londres con el general Espartero, viajó frecuentemente a Bruselas, donde entró en contacto con los redactores de la Ley Hipotecaria belga; y otra, que don CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, cuya importancia había sido capital en los momentos en que se trató de que la materia registral formara parte del Código Civil que se intentaba alumbrar (2), si bien invocaba el sistema alemán desconocía este idioma y lo que sabía de aquél lo conocía a través de los autores franceses. Traigo esta anécdota a colación (3) porque en parte se me podría hacer la misma objeción que a LUZURIAGA, pero en parte no. Mis pequeños

(1) Cf. NÚÑEZ LAGOS, R., «El Registro de la Propiedad español», en *RCDI*, 1949, págs. 140 y 141

(2) En el Proyecto de Ley de Bases de 1843, el Anteproyecto de 1848 y el Proyecto de Código Civil de 1851 había redactado las bases y títulos correspondientes relativos al sistema hipotecario.

(3) Díez-PICAZO, no obstante, objetó que estos datos no estaban debidamente acreditados. Cf. Díez-PICAZO, L.: «Los principios de inspiración y los precedentes de las leyes hipotecarias españolas», en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Editorial Castalia, Madrid, 1974, pág. 18

conocimientos de la lengua teutona se remontan a los días, lamentablemente cada vez más lejanos, en que preparaba mi tesis doctoral. Desde luego, intentar leer «Las cuitas del joven Werther» en la lengua materna de GOETHE no es precisamente lo que yo calificaría de una lectura amena. Pero frente a este aparente hándicap, nuestra doctrina tiene insignes miembros que han estudiado directamente el sistema alemán sobre sus propias fuentes y sus más prestigiosos tratadistas.

No me es ajeno que en muchas ocasiones el análisis del Derecho propio de otras comunidades, ya sean extranjeras o de los llamados territorios forales, no es un tema especialmente atractivo. Pero hoy, independientemente de la influencia que puedan tener esos ordenamientos en la interpretación del llamado Derecho común —se ha hablado de la «vocación comparatista del Derecho Inmobiliario Registral», la *Europa de los doce*, de la hoy cuestionada unión política y económica, nos exigirá sin duda abrírnos sin reservas al pensamiento jurídico de nuestros socios y vecinos.

La cuestión aquí examinada no pasa, ciertamente, de ser una reflexión sobre un aspecto muy concreto que no ocuparía muchas líneas en un tratado sobre el Derecho Inmobiliario Registral. Si me he tomado la molestia de escribir estas líneas es porque me siento como aquél individuo que transitando por una autopista con su coche en sentido contrario al que le correspondía, ante el aviso radiofónico de que un conductor estaba conduciendo en sentido inverso al natural, exclamó: —¿uno?, ¡si vienen todos! En efecto; el consentimiento formal en el Derecho alemán se ha considerado, sin discusión, de carácter abstracto y, por raro que parezca —espero que tras la lectura de este trabajo no lo parezca tanto—, yo no veo tal abstracción por ningún lado. Desoyendo el consejo citado, no voy, pues, a ponerme de parte del resto del mundo.

II. BREVISIMAS NOTAS SOBRE EL SISTEMA INMOBILIARIO ALEMÁN

El sistema inmobiliario alemán maravilló en otro tiempo por su perfección técnica y su complejidad casi artística, pero hoy, sin perjuicio de reconocer sus muchos aspectos positivos, se juzga como barroco, artificioso e innecesariamente rebuscado. En el proceso a través del cual se producen mutaciones jurídico-reales de carácter derivativo cabe aislar los siguientes momentos: 1.º Negocio obligacional. 2.º Acuerdo real. 3.º Consentimiento formal. 4.º Solicitud de inscripción. 5.º Inscripción.

A poco que se observe esta secuencia, la diferenciación entre negocio obligacional y acuerdo real chocará a los ojos de nuestro ordenamiento jurídico. En general se afirma que el negocio obligacional va dirigido a

crear simples obligaciones entre las partes, mientras que el acuerdo real es el mismo fundamento de la mutación jurídico-real. El *primer apartado del párrafo 873 del BGB* dice que «para la transmisión de la propiedad de una finca, para el gravamen de una finca con un derecho y para la transmisión o el gravamen de un derecho sobre finca, es necesario el acuerdo del titular y de la otra parte sobre la modificación del derecho y la inscripción de éste en el Registro, en tanto la Ley no prescriba otra cosa». Por tanto, el binomio acuerdo real-inscripción opera el cambio real.

Otra característica fundamental es que el acuerdo real, el convenio del transferente y el adquirente de transferir y adquirir, es abstracto. No quiere ello decir, ni mucho menos, que no tenga una causa que justifique que una persona transmita su propiedad a otra, que la adquiere, o constituya en favor de ésta un derecho limitado en cosa ajena; en el orden natural de las cosas está que si tal resultado llega a ocurrir será porque una persona ha vendido o donado a otra o permutado con ella, por poner tres ejemplos. Lo que sucede es que la ausencia de este fundamento de la modificación jurídico-real no influirá en el efecto buscado y logrado, como tampoco lo harán los vicios o defectos que afectarán al negocio obligacional.

Por regla general, pues, puede afirmarse que la inscripción tiene en Alemania carácter constitutivo. Existen, como recuerda el mismo párrafo 873 del BGB, excepciones a esta regla, que apunta PAU PEDRÓN (4): *a)* Los actos estatales, como adjudicación en juicio ejecutivo o expropiación. *b)* Los actos producidos por ministerio de la ley, como la sucesión hereditaria, si bien GARCÍA GARCÍA (5) matiza, pues así es en la transmisión hereditaria propiamente dicha, pero no en la eficacia de la partición, que sigue la regla general. *c)* Otros determinados y especiales, como la disposición de cuota en el caudal relicto por el coheredero, refiriéndose WOLFF a la transmisión de derecho de garantía por cédula, que basta la simple entrega.

Cuando hay dos elementos, que se suceden en el tiempo, concurrentes a la producción de un determinado efecto, siempre surge la cuestión sobre el respectivo valor de cada uno, así como la situación existente dándose uno y no el otro. Basta, en nuestro país, observar las discusiones doctrinales habidas sobre el valor de escritura e inscripción en el nacimiento de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada o en la constitución de la hipoteca. Lo mismo se ha planteado en Alemania: ¿qué sucede cuando hay acuerdo y antes de la inscripción?; ¿y en el caso de que se haya verificado ésta sin aquél?

Dice el *apartado segundo del párrafo 873 del BGB* que «antes de la

(4) Cf. PAU PEDRÓN, A.: «Panorama del sistema inmobiliario alemán», en *RCDI*, 1982, págs. 981 y 982.

(5) GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Madrid, 1988, pág. 383.

inscripción están vinculadas las partes por el acuerdo solamente cuando las declaraciones se han otorgado judicial o notarialmente, o se han emitido ante el Registro o si el titular ha entregado a la otra parte una autorización de inscripción conforme a los preceptos de la Ordenanza del Registro». Como señala CARRETERO (6), en estos casos, ENDEMAN, FUCH y OBERNECK son de la opinión de que se produce una simple vinculación personal; ENNECERUS-WOLFF, mantienen que no surge una simple obligación pero tampoco se llega a limitar el derecho de disposición, sino que se provoca una imposibilidad de revocación unilateral, de tal suerte que la revocación sería no sólo ilícita sino ineficaz, y sólo produciría plenos efectos la lograda por medio de un nuevo acuerdo (opinión más recientemente compartida por FRITZ BAUR y LENT-SCHWAB, como recoge GARCÍA GARCÍA (7); y KOFFKA y SIMÓN siguen la tesis que CARRETERO estima más lógica, que es entender que la vinculación se traduce en una limitación del derecho de disposición, es decir, sus efectos son reales. Concluye TIRSO CARRETERO que tal vinculación, en definitiva, supone una transmisión *inter partes* pero ineficaz frente a terceros.

En el Derecho comparado, como apunta SANZ FERNÁNDEZ (8), se señalan dos manifestaciones distintas de inscripciones constitutivas, como son: a) La que se podría denominar absoluta (antiguas legislaciones de Hamburgo, Sajonia, Lübeck y Mecklemburgo), por virtud de la cual el derecho surge por y desde la inscripción, encerrando la inscripción toda la realidad jurídica posible, y b) La que se podría llamar relativa, propia de los vigentes códigos alemán y suizo, que otorgan a la inscripción valor constitutivo pero subordinado a otros elementos previos de carácter necesario, como el acuerdo real en Alemania y el título en Suiza, es decir, en ellos se adquiere desde la inscripción pero no por la inscripción, mientras que en el primer caso la inscripción sí es modo de adquirir. En todo caso, lo que parece haberse generalizado como valor constitutivo de la inscripción atiende más a este segundo sistema alemán y suizo. El proceso que llevó a estos distintos sistemas es explicado detalladamente por NÚÑEZ LAGOS (9).

(6) CARRETERO GARCÍA, T.: «Retornos al Código Civil. II. Retorno al artículo 606», en *RCDI*, 1965, pp. 114 y 115.

(7) GARCÍA GARCÍA, J. M.: «Derecho...», en *op. cit.*, pág. 387.

(8) SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1947, tomo I, pág. 241.

(9) Cf. NÚÑEZ LAGOS, R.: «El Registro...», loc. cit., págs. 244 y 245.

«El mundo del derecho hipotecario de origen germánico discurre por dos cauces. a) El del principio de publicidad, que ya hemos en gran parte examinado, caracterizado por la eficacia exclusiva de la inscripción respecto de tercero (*Drittwirkung*); y b) El del principio de inscripción sustantiva, denominado (*Grundbuchsystem; Prinzip der formalen Rechtskraft, Buchstandesprinzip*), en el que el texto, la narratio, el *dictum* del asiento, se sobrepone a todo y a todos, incluso a las partes. Los asientos son la verdad única, la verdad impuesta (fe pública absoluta)

Fijémonos ahora en el proceso que lleva a la inscripción. La *Ordenanza Inmobiliaria (GBO)* alemana de 24 de marzo de 1897, reformada el 5 de agosto de 1935, dispone en su *parágrafo 19* que «se efectúa la inscripción cuando presta su consentimiento aquel cuyo derecho quedará perjudicado por la misma»; y en su *parágrafo 20* que «en caso de transmisión de una finca y en caso de constitución, modificación del contenido o transmisión de un derecho de superficie, sólo puede efectuarse la inscripción cuan-

Esto no era una decisión caprichosa de la ley. Obedecía a un sistema. Se entendía que la transmisión se verificaba por cesión judicial (*Auflassung*), y que el asiento era su *forma sustancial* única. Entre asiento y *Auflassung* había la misma correlación que hay entre testamento abierto y voluntad del testador. Salvo nulidad por falta de consentimiento, no cabe invocar más voluntad que la expresada en el tenor literal (texto) del mismo testamento (C.c. 675).

Sin embargo, dentro de este sistema surgió la diferenciación. En primer lugar, las adquisiciones por ministerio de la Ley, singularmente las hereditarias, no se producían por la inscripción ni desde la inscripción. La inscripción, respecto de ellas, tendría un valor documental, pero nunca sustantivo o constitutivo.

En segundo lugar, las renovaciones de las leyes hipotecarias de la primera mitad del siglo XIX dieron lugar en la misma Alemania a nuevos perfiles dogmáticos. Mientras en Bremen (ley en vigor desde 1 de mayo 1834) la inscripción sigue siendo la forma de la *Lassung*, en Luebeck, dentro del más puro germanismo, por la ley de 6 de junio de 1818 (art. 2.º) se celebra la *Auflassung* ante el Tribunal en sesión pública —*actum*, *Auflassung* que es recogida en acta —*dictum*— por el Protonotario asistido de Secretario judicial. La copia de este acta se inscribe en el Registro de Actas (art. 3.º); la inscripción no es forma sustancial del acto; el *acuerdo* del Tribunal, después de un procedimiento de edictos y purga, es lo que hace la adquisición inexpugnable, pero no la inscripción. Por eso, el folio registral puede ser rectificado por error en vista de las actas del Protonotario. El *actum* —la *Auflassung* en audiencia judicial— se sobrepone al *dictum*. El valor reposa sobre la homologación judicial y no sobre el texto exclusivo de la inscripción.

En tercer lugar, la dogmática civil afina y distingue a través de fuertes polémicas, de una parte, entre voluntad y declaración, entre negocio verdadero y simulación, entre realidad y apariencia, y de otra, entre el acto y su documentación, entre el *actum* y el *dictum*.

Consecuencia de todo ello fue que incluso en el sistema del llamado *Prinzip der formalen Rechtskraft o Buchstandsprinzip*, o de la fuerza probante de la inscripción, se distinguió en los casos en que el *dictum* del asiento *facit ius erga omnes*, de aquellos otros en que podía ser corregido el asiento inexacto, porque lo sustantivo y principal era la *Auflassung* y no el asiento (Oldemburgo, Brunswick, Coburgo-Gotha, Schwarzburgo-Lippe, Schwarzburgo, etc.). En los casos en que el *dictum* del asiento *facit ius erga omnes*, el texto tiene fe pública. El *dictum* es incanjeable por el *actum*. Por el contrario, en los restantes casos el *actum* se sobreponía siempre al *dictum*.

En el último tercio del siglo XIX, con la experiencia adquirida por los sistemas del principio de publicidad, del *Drittwirkung*, una mentalidad de jurisprudencia salomónica concilió las dos tendencias dentro del *Grundbuchsystem*, y creó el sistema de las leyes prusianas de 1872 y del BGB. La inscripción desciende de ser la forma sustancial única de la *Auflassung*, hasta convertirse en un acto aparte que, sumado a la *Auflassung*, integre la transmisión de la propiedad. La inscripción es un elemento constitutivo, pero no la total forma solemne de la *Auflassung*. La inscripción no es válida más que precedida o seguida de la *Auflassung*. Sin *Auflassung* la inscripción no es más que una mera apariencia. La *Auflassung* influye en definitiva sobre la existencia o subsistencia de la inscripción. La verdad del Registro es una verdad meramente supuesta o presunta *erga omnes*. »

do se haya manifestado el necesario acuerdo real entre el titular y la otra parte».

Lo rebuscado del sistema alemán se revela en el mecanismo para proceder a la inscripción. Lo lógico, como señala LACRUZ (10), sería que lo que se hiciera constar en el Registro fuera «que *Secundus* pasa a ser propietario de la finca por habérsela transmitido *Primus*, sin decir nada más (...). Pues bien, en lugar de ello, lo que se hace constar en el Registro, en principio, es el *consentimiento del afectado por la inscripción* (que puede ser sustituido por la condena a prestarlo) para que se practique el nuevo asiento...».

III. EL CONSENTIMIENTO FORMAL EN EL DERECHO ALEMÁN Y EN EL ESPAÑOL

Se trata del llamado consentimiento formal, que a diferencia del acuerdo real no va dirigido a la otra parte ni es el propio fundamento del cambio real, sino que va dirigido al encargado del Registro y es simple presupuesto para verificar la inscripción. Así, para practicar una inscripción el encargado del Registro simplemente debe comprobar la existencia del consentimiento formal, no la del acuerdo real ni mucho menos la del negocio obligacional. Bien es verdad que la excepción a esta regla general es sumamente importante, pues se precisará manifestar el acuerdo real para la práctica de las inscripciones relativas a la transmisión del dominio o la constitución, modificación y transmisión del derecho de superficie. En estos casos, PAU PEDRÓN (11) cita la opinión de RICHTER, BENDEL y SIMMERDING, partidarios de entender que el acuerdo real sustituye entonces al consentimiento formal. GARCÍA GARCÍA (12), por contra, se inclina por la necesidad de ambos —consentimiento formal y acuerdo real—. Hay otros supuestos en que la inscripción se practica sin necesidad de consentimiento formal (13).

En su completo e interesante trabajo, PAU PEDRÓN (14) marca las diferencias entre el consentimiento formal y la solicitud de inscripción, por un lado, y el acuerdo real, por otro. Aunque en la práctica suelen ir unidos con consentimiento formal y solicitud de inscripción, conceptualmente son dis-

(10) Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A.: *Elementos de Derecho Civil* III bis Derecho Inmobiliario Registral 2.^a ed. Barcelona, 1984, págs. 28 y 29.

(11) PAU PEDRÓN, A.: «Panorama..», loc. cit., pág. 978.

(12) GARCÍA GARCÍA, J. M.: *op. cit.*, pág. 387.

(13) PAU PEDRÓN (Cf. loc. cit., pág. 977 y 978) cita los siguientes supuestos: 1.º Las inscripciones que se verifiquen de oficio. 2.º Las que se verifican cuando se demuestre la inexactitud del Registro. 3.º Tratándose del asiento de contradicción en el supuesto del parágrafo 1.139 del BGB. 4.º Las que se practiquen como consecuencia de una ejecución forzosa.

(14) PAU PEDRÓN, A.: loc. cit., págs. 974 a 978.

tintos, como también les diferencian las personas legitimadas para verificar uno y otra y los requisitos formales de aquél y ésta. El consentimiento formal es una declaración unilateral y el acuerdo real un contrato (aunque esto último es discutido); aquél es la base de la inscripción, éste el fundamento de la mutación jurídica; aquél va dirigido al Registrador y éste a la otra parte; aquél debe ser puro, éste puede ser condicional o a plazo; aquél debe constar en documento público o autenticado (parágrafo 29 GBO), mientras que ya vimos que el acuerdo real no requiere forma determinada, si bien cuando reúna la señalada en el parágrafo 873.2 del BGB estará provista de unos efectos especiales.

No quiero extenderme en el régimen del consentimiento formal en nuestro Derecho. Como dice Díez-PICAZO (15), «el llamado principio del consentimiento se introdujo en nuestra técnica hipotecaria merced al influjo que en ella ejerció durante años la doctrina alemana. ANGEL SANZ lo considera como creado por el Código Civil alemán, añadiendo que tiene su origen en la doctrina científica elaborada en aquel país a lo largo del siglo XIX. No me parece aventurado sostener que entre nosotros introdujo la idea don JERÓNIMO GONZÁLEZ en dos trabajos...». Tampoco juzgo necesario involucrarme, en esta sede, en los supuestos en que este concepto del consentimiento formal está presente: hay casos más bien discutidos, y que en general se han rechazado por una u otras razones, como los de constitución unilateral de hipotecas o modificación del rango hipotecario, o de modificaciones librarias de las entidades hipotecarias o rectificación de errores. Predominó entre los autores españoles la tesis de ROCA SASTRE de que el único supuesto en que se da en nuestro Derecho un caso de consentimiento formal es el del artículo 82 de la *Ley Hipotecaria*, que permite la cancelación de las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de escritura pública por medio de otra escritura en la cual preste *su consentimiento para la cancelación* la persona a cuyo favor se hubiera hecho la inscripción o anotación o sus causahabientes o representantes legítimos. No obstante, cabe señalar algunas destacadas opiniones. Así:

- a) SANZ (16) reduce la posibilidad de cancelación por mero consentimiento formal a la anotación preventiva, dado el distinto régimen de los artículos 79 y 80 de la *Ley Hipotecaria* (que determinan las causas que deben dar lugar a la cancelación) y del artículo 206, regla 12.ª, del Reglamento Hipotecario, que contempla la mera renuncia al asiento.

(15) Cf. Díez-PICAZO, L. «El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación», en *RCDI*, 1967, págs. 1265 y 1266

(16) SANZ FERNÁNDEZ, A. *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1947, tomo II, págs. 28 a 33

- b) PEÑA (17) (entre otros) rechaza absolutamente aplicación alguna del consentimiento formal en nuestro Derecho, pues el artículo 82 de la Ley ha de entenderse en relación con los artículos 2.2.º (del que se deduce que se requiere título extintivo) y 79 de la misma Ley y con los artículos 173 y 174 del Reglamento que la desarrolla, de los que resulta que el título, lo mismo que para las inscripciones, debe expresar la causa de la cancelación, como así exige expresamente el artículo 193.2 del citado Reglamento. Además, la inscripción no sólo interesa al titular, sino también, por ejemplo, a quien la solicitó al amparo del artículo 6 de la Ley, por lo que no sería razonable permitir la desinscripción al arbitrio del titular.
- c) Para LACRUZ (18) debe admitirse un consentimiento formal para la cancelación en el sentido de que no es necesario que exprese la causa, pues la exigencia reglamentaria, no legal, de la expresión de causa debe reducirse a sus justos términos. El artículo 173 reglamentario sólo se refiere al supuesto en que se dé uno de los casos del artículo 79 de la Ley (en que la cancelación se hace alegándose expresamente la extinción del derecho) y choca con el tenor del artículo 82 citado, con el del artículo 103, también de rango legal, que exige sólo la expresión de la causa de la cancelación en el supuesto de extinción del derecho por declaración de la ley o del propio título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación, y con el del artículo 99 del mismo cuerpo, que no extiende el ámbito calificador del Registrador a la validez de los actos dispositivos cuando se trate de cancelaciones, a diferencia de lo que prevé el artículo 18 de la Ley para las inscripciones.

Al consentimiento formal se le han atribuido, tradicionalmente, los siguientes caracteres: se trata de una declaración de voluntad, unilateral, recepticia y de carácter abstracto. En relación con el consentimiento cancelatorio, en nuestro Derecho, se ha apuntado también su carácter dispositivo. Esto último ha requerido matizaciones (19), evidentemente acertadas. El

(17) PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. Madrid, 1982, pág. 545

(18) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A.: *op. cit.*, pág. 122

(19) No es siempre dispositivo, sino que lo será cuando el negocio cancelatorio envuelva una declaración extintiva del asiento y del derecho registrado, pero no cuando el derecho ya se había extinguido (por ejemplo por el pago del crédito hipotecario) y se consiente con posterioridad la cancelación de la hipoteca que lo garantizaba, pues en este segundo caso el declarante se limita a cumplir una obligación, que es la de facilitar el ajuste entre el registro y la realidad jurídica extrarregistral. Esta opinión es la manifestada por Díez-PICAZO (cf. *El negocio*., loc. cit., págs. 1288 a 1290) y LACRUZ (cf. *op. cit.*, pág. 242).

carácter unilateral (declaración emitida, sin necesidad de ser concordada con otra persona, por el titular registral) parece claro, lo mismo que su carácter recepticio: va dirigida al Registrador y producirá sus efectos en cuanto a éste llegue. Y su carácter formal, que lo adjetiva frente al llamado consentimiento material (20), también es palmario: va dirigido simplemente a la práctica del asiento, a la modificación de la posición registral.

Con tal contundencia que hoy puede considerarse que su opinión ha causado estado en nuestro país, Díez-PICAZO (21) destruyó el mito del carácter abstracto del consentimiento cancelatorio que prevé el artículo 82 tantas veces citados. En opinión totalmente suscrita por LACRUZ (22), concluyó aquél que tal negocio cancelatorio *no es abstracto*: ni por sus antecedentes, que no aparecen como una consecuencia del principio del consentimiento elaborado por la técnica alemana, sino como el resultado de nuestra propia tradición hipotecaria; ni por su funcionamiento, pues si los artículos 79 y 80 de la Ley Hipotecaria establecen un repertorio de causas es porque las mismas no son intrascendentes, o lo que es lo mismo, el perjudicado por una cancelación sin causa o con causa ineficaz no le quedará sólo el remedio de acción por enriquecimiento injusto, como sería si fuera abstracto, sino la acción de rectificación del Registro.

Dice en el mencionado trabajo Díez-PICAZO lo siguiente (23):

«... El nudo del problema donde radica de verdad es en averiguar qué repercusión produce un defecto causal sobre el negocio cancelatorio y, consiguientemente, sobre la cancelación en sí misma considerada. Si la declaración de voluntad cancelatoria tuvo como causa, por ejemplo, la extinción del derecho, y el derecho no se había extinguido en realidad, ¿qué eficacia debe producir el negocio cancelatorio? Esta es la pregunta a que debemos responder para decidir si la cancelación es abstracta o no lo es. Si el negocio cancelatorio funcionara como un verdadero negocio abstracto, la cancelación debería ser considerada como plenamente eficaz y al perjudicado no le quedaría otro camino que el de intentar una acción por enriquecimiento sin causa...»

Más adelante continúa diciendo, en referencia a nuestro Derecho (24):

(20) Consentimiento material que es el llamado acuerdo real abstracto, ya delimitado. la concorde voluntad entre adquirente y transferente de adquirir y transferir, que produce sus efectos desligados de su fundamento causal

(21) Cf. *El negocio...*, loc. cit.

(22) Cf. *op. cit.*, pág. 122.

(23) Cf. «El negocio...», loc. cit., págs. 1286 y 1287

(24) Cf. «El negocio...», loc. cit., pág. 1288

«... Cabe admitir —es cierto— por vía excepcional que la causa no aparezca mencionada en la declaración de la voluntad cancelatoria; pero en este caso nos encontraremos en presencia de un supuesto de aplicación del artículo 1.277 del Código Civil, y se presumirá que la causa existe y que es lícita. En el Registro el asiento de cancelación podrá practicarse. Pero si la causa no ha existido o ha sido falsa o ilícita, el perjudicado por la cancelación podrá pretender la nulidad ejercitando una acción de rectificación del registro, que no podrá nunca perjudicar a los terceros adquirentes de buena fe...»

Es fundamental, por tanto, distinguir los negocios sin causa, de los negocios cuyos efectos se producen desligados de la causa y sus incidencias y los negocios en los que es precisa la existencia de causa, pero no requieren expresión de la misma. Para ser abstracto un negocio no es preciso que no tenga causa, sino que produzca sus efectos desligado de ésta y sus posibles vicios. Por ello, un negocio abstracto puede tener causa (lo normal que la tenga); lo que ocurre es que si carece de ella o está viciada, los efectos perseguidos por el negocio se producirán igualmente y surgirán acciones personales para el perjudicado, dirigidas a restablecer las consecuencias originadas sin causa justificante. Pero no es un negocio abstracto, tampoco, aquél cuya causa simplemente no se expresa por presumirse que existe (como hace el artículo 1.277 del Código Civil): hasta tal punto es precisa la causa que hay necesidad de presumirla, ya que si no fuera necesaria para la eficacia del contrato, si aquél estuviera admitiendo la categoría de los negocios abstractos, se estaría dando la paradoja de presumir algo innecesario para los fines prácticos o desenvolvimiento del negocio [en este sentido, AMORÓS GUARDIOLA (25)]. Quedan, pues, perfilados tales conceptos de negocio sin causa, negocio abstracto y negocio con mera abstracción procesal o carente de expresión formal de su causa.

IV. LA ABSTRACCION EN EL CONSENTIMIENTO FORMAL ALEMAN

Dejé más arriba constancia de que la doctrina ha proclamado sin más la abstracción del consentimiento formal en el sistema alemán (26). Sirvan

(25) Cf. AMORÓS GUARDIOLA, M.: *La causa del crédito hipotecario*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.

(26) En este sentido pueden citarse PAU PEDRÓN, A.: «Panorama...», loc. cit., pág. 976, y GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho. ., op. cit.*, págs. 388 y 389

por lo reciente las palabras que transcribo de la obra alumbrada poco ha por GARCÍA GARCÍA (27):

«el consentimiento formal es un consentimiento abstracto. Su causa —dice Wolff— es, por regla general, el cumplimiento de un deber de asentimiento; este deber puede derivarse de un negocio jurídico (por ejemplo la compra de una finca). Pero —continúa GARCÍA GARCÍA— no tiene enlace con el negocio obligacional previo ni requiere siquiera la existencia o validez de tal negocio. Es más, incluso respecto al negocio real o consentimiento material, ya hemos visto que ni siquiera se requiere la existencia del mismo, salvo tratándose de la transmisión del dominio o actos del derecho de superficie. En los demás supuestos basta para la inscripción el consentimiento formal, pudiendo darse el caso de que no haya ni siquiera en tal momento acuerdo real alguno. Como dice LACRUZ, se separan el consentimiento material y el formal: aquél prestado por todas las partes a quienes afecta (favorece o perjudica) el cambio real, y destinado a producirlo; éste, otorgado sólo por la persona a quien el Registro designa como titular dirigido a una disminución de su titularidad registral, en favor de otra persona cuyo asentimiento no se requiere. Y cita, seguidamente, la opinión de THIEME, según el cual, la admisión del llamado consentimiento formal, como base de una modificación en el Registro se funda en consideraciones prácticas: de una parte, cuando un titular consiente una modificación que le perjudica se entiende que, regularmente tal modificación habrá tenido lugar en la realidad; de otra, el legislador ha considerado que la prueba de haber tenido lugar el negocio jurídico real y las necesarias declaraciones abstractas de voluntad dirigidas al mismo supone para el Juez que lleva el Registro una innecesaria agravación de su actividad».

El mismo tono de estas palabras, unido a lo que se lleva dicho, podría amparar una conclusión sin más. En efecto: se habla de razones prácticas, de la innecesariedad de comprobar las *necesarias* declaraciones abstractas, de entender que regularmente habrá tenido lugar en la realidad la modificación jurídica. Pero, ¿es que no son éstas las razones que justifican la inexpressión de la causa en el artículo 1.277 del Código Civil? En realidad, como vamos a tratar de demostrar, el consentimiento formal está, y debe estar, apoyado, en el acuerdo real; y la abstracción puede predicarse de éste, más no de aquél.

(27) Cf. GARCÍA GARCÍA, J. M. *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 388 y 389.

Pienso que no se ha meditado suficientemente en aquella distinción que NÚÑEZ LAGOS recordó que existe entre los llamados sistemas de inscripción sustantiva y constitutiva (28). Se ha olvidado que si el centro de gravedad en el proceso transmisivo no recae exclusivamente en el acuerdo real, tampoco lo hace ya en la inscripción. Ésta no es ya, como lo era en aquellos sistemas también llamados de fuerza probante, la única verdad; depende el resultado de la inscripción del acuerdo. Pensemos en dos posibilidades:

1.^a Se lleva a cabo una inscripción habiendo tenido lugar el acuerdo real, pero no el consentimiento formal.

2.^a Se verifica una inscripción como consecuencia del consentimiento prestado para ello, pero sin que haya tenido lugar el acuerdo real.

En la primera hipótesis, se habrán cumplido los requisitos exigidos en el parágrafo 873 del BGB: el binomio acuerdo real e inscripción, si bien habrá de apreciarse una falta en el proceso inscriptorio formal, como fue la ausencia de consentimiento formal. Ante esto, los autores, se han mostrado partidarios de considerar perfecto el cambio real, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que hubiera incurrido el encargado del Registro (29). En efecto, la clara distinción entre el Derecho material y formal en el ámbito hipotecario que se da en Alemania debe conducir a tal conclusión.

Ahora examinemos la segunda, que aquí interesa: ha tenido lugar la inscripción en virtud de un consentimiento formal, pero no está fundamentada en el acuerdo real. Habrá, sin duda, un error registral rectificable (30). No habrán concurrido los dos elementos necesarios para el fin perseguido, como son la inscripción y el acuerdo real abstracto, de tal suerte que, como bien se aprecia, la falta del acuerdo real afecta, y de qué manera, al consentimiento formal y al resultado de la inscripción. No podía ser de otra manera. Basta, según mi razonamiento, recordar aquellas palabras transcritas del trabajo de Díez-PICAZO para calibrar las consecuencias aquí defendidas: el consentimiento formal debe apoyarse en el acuerdo real abstracto, que le sirve de causa o fundamento, y si bien es cierto que no es precisa su expresión o su constatación ante el encargado del Registro en la mayoría de los casos —aunque en la práctica la excepción del parágrafo 20 de la Ordenanza Inmobiliaria alemana quizá convierta en excepción a la regla general—, una cosa es la inexpressión y otra su necesidad. La dislocación

(28) Ver nota número 9.

(29) PAU PEDRÓN, A.: «Panorama . . .», loc. cit., pág. 977.

(30) En este sentido, PAU PEDRÓN, A.: «Panorama...», loc. cit., pág. 977, y Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1983, volumen II, pág. 304.

en el proceso se permite, pero hasta cierto punto. A mi juicio, ha habido una cierta inercia: por un lado, no se ha reparado en la pérdida de vigor de la inscripción en relación con el acuerdo real (abandono del sistema de fuerza probante); por otro, se ha proclamado la abstracción del sistema, con base en la que efectivamente se da en el acuerdo real, exagerándola en los demás elementos.

Es esta, pues, mi conclusión. El acuerdo real sí es abstracto; el consentimiento para la inscripción es formal, que no es poco, pero no abstracto. Lamentaría, no obstante, que se confirmasen mis temores de estar invadiendo la calzada contraria...

DR. ARTURO MERINO GUTIÉRREZ
Profesor Titular de Derecho Civil
en la Universidad de La Rioja

DICTAMENES Y NOTAS

.

Dictamen ⁽¹⁾

Las repercusiones del arrendamiento del Hotel-Residencia «Los Astures»

SUMARIO: I. INTRODUCCION —II. LEGISLACION POR LA QUE SE RIGE EL CONTRATO.—III. NATURALEZA DEL DERECHO ARRENDATICIO.—IV. Oponibilidad del contrato de arrendamiento al adquirente en pública subasta de la finca arrendada.

I. Introducción

La fundamental y exclusiva cuestión sobre la que nos proponemos dictaminar consiste en si el arrendamiento de la industria hotelera explotada en la Residencia «Los Astures» por Cabrales, S. A., subsistirá una vez se adjudique el hotel en pública subasta al mejor postor o podrá cancelarse por éste o por quienes traigan causa de él.

Son datos que delimitan la presente controversia los siguientes:

1.º Existe un arrendamiento de una industria hotelera explotada por una sociedad anónima.

2.º Se practica una anotación preventiva de embargo en un procedimiento dirigido a reclamar un crédito contra el propietario-arrendador del inmueble en el que está ubicado el hotel.

3.º El documento privado en el que se pactó el arrendamiento se elevó a escritura pública con anterioridad a la anotación.

4.º El crédito anotado, cuya fecha fehaciente es la de la sentencia que lo determinó, es posterior a la fecha de la escritura pública.

5.º El arrendamiento no consta escrito en el Registro de la Propiedad.

(1) El presente dictamen se refiere a un supuesto real acaecido en el año 1991. Se ha respetado su contenido y formato, salvo en lo relativo a los nombres, que se han sustituido por unos ficticios (si coinciden con alguna denominación real será pura casualidad), y se ha efectuado una ligera actualización.

Para ello, a mi juicio, conviene resolver varias cuestiones, algunas más discutidas que otras:

A) En primer lugar, qué legislación es aplicable al contrato analizado.

En este punto se encuentra uno de los evidentes centros de interés. La legislación especial, constituida por la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente (LAU), aprobada en el lejano año de 1964, y actualmente en proceso de reforma, continuó con el matiz proteccionista que había germinado en las primeras leyes especiales que se publicaron en el primer tercio de este siglo. La ausencia de viviendas, la importancia de asegurar la frágil posición de los inquilinos, permitiéndoles disfrutar de un techo bajo el que cobijarse, frente a la prepotencia de la que podrían hacer gala los propietarios-arrendadores, condujo al otorgamiento, en una legislación de acentuado tono social, de una serie de derechos a los arrendatarios, que además se declaraban irrenunciables por éstos: en ese conjunto deben citarse, por su valor puntero, el derecho a una renta fijada por la ley, que liberaba al arrendatario de las continuas subidas por el arrendador; el derecho de prórroga forzosa, que dejaba a la exclusiva voluntad del arrendatario la continuación o no del contrato; y los derechos de preferente adquisición —el tanteo y el retracto— en el caso de ciertas transmisiones a terceros de la cosa arrendada. Pero a continuación debe matizarse que esta legislación se circunscribió, precisamente por los fines y objetivos que perseguía y las limitaciones que conllevaba para el derecho de los propietarios de los bienes arrendados, a regular el contrato de arrendamiento de viviendas y el de local de negocio, dejando al margen de la misma otros contratos que, como éstos, tenían por misión conceder el uso de una finca a una persona a cambio de una renta.

Estos contratos, a pesar de suponer una relación jurídica con las mismas características, también denominada arrendamiento, se regirían, como antes de que apareciera dicha legislación especial, por el viejo Código Civil, elaborado y alumbrado en una época netamente individualista que imperiosamente debía influir en sus prescripciones. Consecuencia de este respeto a la individualidad, al derecho de cada uno, que admitía pocas inmisiones o limitaciones provocadas por consideraciones sociales, no había limitación de renta, salvo por el artículo 1.255 del Código Civil, que impedía los pactos contrarios a la moral y el orden público, que entonces también suponían un claro respeto a las proclamas de los revolucionarios franceses; tampoco imponía una prórroga forzosa, sino que el contrato concluía en el plazo pactado; ni recogía en favor del arrendatario los derechos de preferente adquisición antes mencionados.

B) En segundo lugar, qué naturaleza tiene el derecho arrendamiento.

La importancia de la solución que se dé a esta cuestión es evidente. No

entraremos, lógicamente, en la eterna e inacabada polémica sobre la distinción entre los derechos reales y los derechos personales o de crédito. Pero cualquiera que sea el criterio, único o múltiple, que se emplee para tal fin, hay cierto acuerdo en que los derechos reales se caracterizan por dos notas: su inherencia, vinculación, relación o poder sobre una cosa y su oponibilidad *erga omnes*, frente a todos, lo que produce que el titular del derecho real puede hacerlo valer frente a cualquier miembro de la comunidad. Con un ejemplo se ve claro: A es titular de un derecho real de usufructo, de usar y disfrutar una cosa; su derecho está vinculado a la cosa usufrutuada, tiene una íntima relación con ella, y A puede hacer valer su derecho frente a cualquiera, incluido el propietario que le otorgó el derecho u otro propietario a quien aquél le haya vendido la cosa usufrutuada, evitando con ello toda violación o falta de respeto de su derecho. Frente a estas notas, el derecho personal o de crédito se ha caracterizado siempre por ser un derecho constreñido a desenvolver su eficacia únicamente entre las personas que intervienen en la relación jurídica: sujeto activo o titular del derecho y sujeto pasivo o persona obligada a cumplir la prestación en que el derecho consiste. Su eficacia, pues, tradicionalmente se limita a ser «inter partes». Y decimos tradicionalmente porque hay remedios, especialmente al Registro de la Propiedad, que tienen la taumátúrgica virtud de hacer que un derecho que por sí solo produce efectos entre las partes los provoque respecto de terceros. Por ello, un puro derecho personal o de crédito, sin ese añadido que le otorga oponibilidad «erga omnes», no puede hacerse valer cuando colisiona con un derecho real. Otro ejemplo trae la luz: A presta a B una determinada cosa a cambio de un precio y por tiempo cierto. El derecho del prestatario de usar la cosa es personal. Por consiguiente, si A vende a C la cosa prestada, su derecho no es oponible a este nuevo comprador, sin perjuicio de las reclamaciones de indemnizaciones —«inter partes»— que B podrá hacer frente a A por su incumplimiento, ya que le había concedido el uso de lo prestado durante tiempo determinado y a pesar de que B cumplió con su pago no puede disfrutar de la totalidad de su derecho.

C) En tercer lugar, sí es oponible el contrato pactado entre arrendador y arrendatario al que adquiera la finca arrendada.

Esta viene a ser la consecuencia, no disimulada, de la solución que se dé a los otros dos problemas. Si este contrato se rigiese por la LAU, los derechos irrenunciables de prórroga forzosa del plazo del contrato (que se suprimió con el cuestionado hoy «Decreto-Boyer», el Real Decreto-Ley de Medidas Urgentes en Materia Económica de 30 de abril de 1985, que no alteró sin embargo la situación de los contratos anteriores al mismo, que mantendrían tal prórroga regulada en los artículos 56 y siguientes de la LAU) y de preferente adquisición (artículos 47 y siguientes de la LAU)

conllevarían dos posibilidades para Cabrales, S. A.: o bien podría continuar en el disfrute del arrendamiento no sólo hasta que terminase el plazo pactado (en 1995) sino hasta que su voluntad en contrario de dejar de disfrutar el arriendo apareciera, o bien podría, ejercitando el derecho de retracto —si es que el tanteo, anterior a la venta, no se le hubiere ofrecido—, adquirir del adjudicatario en la subasta la finca arrendada por el precio pagado por aquél. Si el derecho del arrendatario fuera un derecho real sería oponible al tercer adquirente de la finca arrendada, salvo que el arrendamiento no constase inscrito y el adquirente que hubiera adquirido de persona que en el Registro de la Propiedad apareciera facultada para transmitir la finca arrendada, lo hubiera hecho de buena fe (la que desaparecería si conociera la inexactitud del Registro al no recoger que la finca vendida estaba arrendada), a título oneroso (esto es, con contraprestación) y hubiera inscrito su adquisición. Pero, como trataremos de demostrar, ni el contrato se rige por la LAU, ni el derecho del arrendatario tiene carácter real, ni puede producir efectos frente al adquirente en pública subasta.

II. Legislación por la que se rige el contrato

El artículo 3.º de la vigente LAU excluye del ámbito de aplicación de la misma los arrendamientos de industria. Dice así:

«El arrendamiento de industria o negocio de la clase que fuere queda excluido de esta Ley, rigiéndose por lo pactado y por lo dispuesto en la legislación civil, común o foral. Pero sólo se reputará existente dicho arrendamiento cuando el arrendatario recibiere, además del local, el negocio o industria en él establecido, de modo que el objeto del contrato sea no solamente los bienes que en el mismo se enumeren, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas.

Cuando conforme a lo dispuesto en el número anterior el arrendamiento no lo fuere de industria o negocio, si la finalidad del contrato es el establecimiento por el arrendatario de su propio negocio o industria, quedará comprendido en la presente Ley y conceptuado como arrendamiento de local de negocio, por muy importantes, esenciales o diversas que fueren las estipulaciones pactadas o las cosas que con el local se hubieren arrendado, tales como viviendas, almacenes, terrenos, saltos de agua, fuerza motriz, maquinaria, instalaciones y, en general, cualquiera otra destinada a ser utilizada en la explotación del arrendatario.

No obstante lo dispuesto en el número 1, el arrendamiento de

industria o negocio de espectáculos que en 1 de enero de 1947 excediera de dos años de duración o que antes de la entrada en vigor de la presente Ley se haya celebrado por plazo igual o superior, quedará sujeto a las normas que esta Ley establece sobre prórroga obligatoria del arrendamiento del local de negocio, con las especialidades contenidas en el artículo 77 y los particulares sobre la renta establecida en el artículo 104».

Si alguien se enfrenta con este texto legal y con la jurisprudencia que lo ha interpretado puede sacar varias ideas en claro: en primer lugar, que la industria supone un entramado de bienes, debidamente organizado, apto para su explotación, y diferente de la simple reunión inerte de bienes, por muy variados y complejos que sean; y en segundo lugar, que mal puede arrendar una industria quien no la tiene anteriormente, por lo que es un indicativo importante de la existencia de un arrendamiento de tal clase que la industria fuera explotada con anterioridad por el arrendador, si bien ello no es requisito ineludible. La jurisprudencia así lo ha venido estableciendo reiteradamente (2).

(2) Pueden considerarse como reveladoras las siguientes declaraciones:

«Se entenderá hecho el arrendamiento de una industria cuando el arrendatario reciere, además del local, el negocio o industria en él establecido, de modo que el objeto del contrato sea no solamente los bienes que en el mismo se enumeran, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas». SS. 12 de marzo, 24 de junio y 21 de noviembre de 1952 (Rep. 807, 1.234, 2.304 y 2.310), 8 de junio de 1953 (Rep 1.660), y 18 de febrero de 1955 (Rep. 738).

«Un arrendamiento lo es de industria cuando en el contrato además de un local se comprende y entrega una universalidad de elementos materiales aptos para el ejercicio en el mismo de una actividad industrial, determinada, aunque se halle inactiva y pendiente de que el arrendatario la ponga en funcionamiento con los elementos que se le entregan, sin que la sustitución o adición de algunos por razón de utilidad o conveniencia pueda modificar el concepto expresado». SS. 12 de julio y 30 de octubre de 1952 (Rep 1.560 y 2.067), y 18 de junio de 1963 (Rep 3.613).

«Es arrendamiento de industria cuando se recibe el uso de la ya instalada con todos los elementos prescritos y debidamente coordinados para su inmediata puesta en marcha, según reiterada doctrina de esta Sala, lo que constituye la unidad patrimonial con vida propia determinante del concepto jurídico de industria, no coincidente en absoluto con el de la empresa a efectos mercantiles oficiales» S 13 enero 1953 (Rep. 563).

«Son distintos los conceptos de fábrica y de industria o negocio, pues la fábrica, realización de un Ingeniero, si bien es un conjunto de elementos mecánicos relacionados entre sí, formando una unidad para la producción, carece de independencia, ya que le faltaría utilidad y fin, si no estuviera comprendido, como elemento constitutivo del mismo, en un negocio o industria, creación y responsabilidad de un empresario que calcula y dirige la producción y que además procura clientes, consumidores o revendedores de ella y la distribuye entre esos clientes». S. 4 de febrero de 1953 (Rep. 266).

«Es arrendamiento de local de negocio cuando la prueba no demuestra que el arrendamiento fuera de una unidad patrimonial de vida propia y susceptible de ser inmedia-

Y si después de examinar esa jurisprudencia se abordan las estipulaciones del contrato celebrado entre la Asociación y la mercantil «Cabrerales, S. A.», mi criterio es que nos hallamos ante un arrendamiento de industria, que debe regirse por el Código Civil, afirmación en cuyo favor podemos brindar las siguientes razones:

1.ª Que en el expositivo I se declara que la Residencia «Los Astures» se compone de ochenta habitaciones dobles, quince habitaciones individuales, cuatro suites, salones, comedor-restaurante, bar-cafetería, cocina, sala de máquinas, lavandería, lencería, oficinas, piscina, pistas de tenis, parking, jardines, etc., *con todas las instalaciones, mobiliarios y enseres necesarios para su funcionamiento como industria turística*, detallados en el inventario que firmado por las partes se acompañó al contrato.

tamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas». S. 6 de febrero de 1953 (Rep. 269).

«No es suficiente que el contrato conste que se arrienda el local de negocio de industria en él establecida para que el Juzgador considere el arrendamiento como de industria». S. 29 de abril de 1953 (Rep. 1 624).

«La LAU reputa existe arrendamiento de industria cuando el arrendatario recibiere, además del local, el negocio o industria en él establecido, de modo que el objeto del contrato sea no solamente los bienes que en el mismo se enumeran, sino una unidad patrimonial con vida propia» S. 10 de junio de 1953 (Rep. 1.666).

«No hay arrendamiento de industria sino cuando el objeto del contrato está constituido por un complejo de elementos materiales coordinados entre sí por su estructura y disposición, destinados a un uso industrial determinado y en estado de funcionamiento; es decir, aquella universalidad con vida propia a que se refiere el artículo 4.º —3.º de la vigente— LAU» S. 19 de octubre de 1953 (Rep. 2.908).

«Cuando lo que se cede en arrendamiento es un conjunto de elementos debidamente organizados y apto para obtener inmediatamente un producto económico, lo que constituye una unidad patrimonial con vida propia, ese arrendamiento es de industria, aunque se halle inactiva y pendiente de que el arrendatario la ponga en marcha con los medios que se le entregan». SS. 14 de febrero de 1954 (Rep. 1.853) y 29 de septiembre de 1955 (Rep. 2.723)

«La nota diferencial más destacada entre el arrendamiento de industria y el de local de negocio la ofrecerá el hecho de que el arrendatario reciba en uso y disfrute una industria ya creada, como unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente de la puesta en marcha de meras formalidades administrativas, caso constitutivo de relación arrendaticia industrial, o reciba solamente del arrendador bien el local desnudo, bien con elementos inertes o desarticulados, no aptos por sí solos para obtener una finalidad industrial, pero susceptibles de ser utilizados en unión de otros que el arrendatario aporta y organiza para instalar en el local arrendador un negocio o industria que él crea». SS. 11 de mayo y 2 de julio de 1954 (Rep. 1.560 y 2.001).

«Que si bien la unidad patrimonial constitutiva de la industria ha de tener vida propia, no es esencial a los efectos de calificación del contrato que la organización industrial esté en todo momento funcionando sin interrupción como entidad viviente, pues las paralizaciones que puedan producirse por circunstancias temporales y extrínsecas no impiden que la industria subsista con su propia estructura y finalidad —SS. 8 de abril de 1952 (Rep. 746) y 11 de abril de 1955 (Rep. 1.542)—, aunque esa paralización se haya ocasionado por daños de guerra». S. 30 de enero de 1955 (Rep. 672)

Es claro, por consiguiente, que se arrendaron todos los elementos que se precisaron para que la Residencia «Los Astures» se dedicase a la explotación que le era y es propia.

2.^a Que en el expositivo II se señala que el Comité Ejecutivo de la Asociación, en su sesión de 19 de junio de 1984, *acordó modificar la explotación directa de la industria hotelera denominada «Residencia Los Astures» por el sistema de arrendamiento*. En efecto, primeramente se explotaba directamente la industria hotelera por la propia Asociación; posteriormente, como se dice en el mismo expositivo, por la empresa «Arenas, S. A.», y cuando ésta cesó en la explotación del arrendamiento entró en el disfrute del mismo «Cabrales, S. A.».

«Si de la prueba resulta que con anterioridad a la formalización del contrato de arrendamiento el arrendatario instaló y explotó el negocio, limitándose el arrendador a aceptar tal realidad y a dar a la convención forma escrituraria en vez de la verbal que venía rigiendo, el arrendamiento es de local de negocio» S. 22 de noviembre de 1955 (Rep. 1956, 208).

«Si lo arrendado fue un garaje que continuó su ininterrumpida explotación el arrendatario, si se hallaba dotado de todos los elementos precisos y bastantes para ella que fueron instalados por el arrendador, es evidente que ello constituye la industria, que de su régimen excluye la vigente Ley especial, dejándole sujeto al gobierno de las disposiciones del Código Civil» S. 15 de marzo de 1961 (Rep. 957).

«La calificación de arrendamiento de industria no resulta afectada por los actos que haya podido realizar el arrendatario en relación con el uso y disfrute de lo arrendado, porque el contrato se ha de calificar por lo realmente recibido por él». S. 19 de junio de 1963 (Rep. 3.389).

«Para distinguir el arrendamiento de industria del de un simple local de negocio, aparte del dato elocuente de que, a la fecha del contrato, el negocio se encuentre ya funcionando, requisito que puede darse o no, puesto que la Ley no lo exige, habrá de atenderse a la eficacia de los medios transmitidos junto con el local, para la inmediata puesta en marcha de la industria, sin que al arrendatario le sea preciso aportar otros por su cuenta como necesarios a tal fin, por lo que este problema de la suficiencia o insuficiencia de los medios transmitidos será una simple cuestión de hecho, a menudo de carácter técnico, pero siempre de la libre apreciación de los Tribunales de instancia». S. 18 de junio de 1963 (Rep. 3.613).

«Un arriendo es de industria cuando en el contrato, además del local, se comprende una universalidad de elementos materiales aptos para el ejercicio en el mismo de una actividad industrial, aunque se halle inactiva y pendiente de que el arrendatario la ponga en funcionamiento con los elementos que se le entregan y no existe arriendo de industria si no se entrega una unidad patrimonial con vida propia, susceptible de ser inmediatamente explotada, aunque al local se acompañen algunos elementos inertes y notoriamente insuficientes para el ejercicio y funcionamiento de la industria». S. 2 de julio de 1964 (Rep. 3.824).

«Cuando se arrienda un inmueble con algunos elementos desarticulados, no aptos por sí solos para una finalidad industrial, aunque utilizables en unión de otros que el arrendatario aporte y organice para el negocio que vaya a crear, la relación jurídica establecida será la de un arrendamiento de local de negocio y no la de una industria, desde el momento que no se está en presencia de una unidad patrimonial con vida propia creada por el arrendador». S. 15 de enero de 1965 (Rep. 200).

«Para que el arrendamiento sea de industria es requisito ineludible la preexistencia

Son hechos que se comentan por sí solos y revelan que cuando «Cabrera, S. A.» celebró el contrato y comenzó la explotación de la «Residencia Los Astures» ya existía una industria hotelera, que venía funcionando como tal y que como tal fue entregada a la entidad indicada a título de arriendo.

3.^a Que en el expositivo III se reconoce que los intervinientes convinieron el arrendamiento como *industria en funcionamiento del establecimiento hotelero*, lo que con palabras clarísimas revela el objeto del contrato.

4.^a Que en la estipulación primera se declara como objeto del contrato «*la industria hotelera*», que se arrienda como «*unidad patrimonial con vida propia*», o sea, «*un todo conforme con lo que se previene en el artículo 3.1 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, texto articulado aprobado por Decreto de 24 de diciembre de 1964, lo que hace que este arrendamiento quede excluido de esta Ley y se rige por lo dispuesto en la legislación vigente civil común*». Sobran las palabras.

5.^a Que *se hacen referencias aisladas, pero reiteradas, a la relación jurídica de arrendamiento de industria*. Así se constata al examinar las declaraciones relativas a la «explotación de la industria arrendada» (estipulación cuarta), a la obligación del arrendatario «de devolver la industria objeto del arrendamiento» (estipulación quinta, párrafo cuarto), a la entrega por el arrendatario al final del contrato «de la industria arrendada con todos los bienes inventariados en la relación unida a este contrato» (estipulación quinta, párrafo quinto), a que «la industria hotelera objeto de este contrato se entrega al arrendatario al corriente de pago de contribuciones, arbitrios, seguros sociales, nóminas, luz, agua, teléfono...» (estipulación sexta, letra F), al «caso de cierre de la industria hotelera por causa de fuerza mayor» (estipulación sexta, letra G), a que «se procederá a devolver la industria con sus instalaciones, enseres y mobiliario» una vez vencido el

de dicha industria y cuando se entrega al arrendatario el local, juntamente con otros elementos faltos de organización industrial y no aptos por sí solos para obtener una finalidad comercial, aunque susceptibles de ser utilizados en unión de otros que el arrendatario aporta y organiza para crear una industria que al celebrar el contrato no existía, entonces el contrato es de arrendamiento de local de negocio con instalaciones, ya que éstas no son aptas por sí mismas para rendir un producto mercantil». S. 8 abril de 1965 (Rep. 2.119).

«El objeto del arrendamiento de industria es un complejo o universalidad de elementos materiales conectados y adecuados a un uso industrial y apto para funcionar inmediatamente, es decir, un todo organizado para la realización de una finalidad productiva o de un fin económico, organización que constituye una unidad patrimonial —SS. 26 junio 1951 (Rep. 1.886), 24 de mayo de 1952 (Rep. 1.234), 7 de diciembre de 1953 (Rep. 3.160) y 30 de enero de 1956 (Rep. 672)—, pues la industria forma una unidad compleja, integrada por los enseres, maquinaria, local en que está instalada, y una organización para una actividad industrial —SS. 25 de abril y 30 de octubre de 1951—. S. 10 de marzo de 1970 (Rep. 1.848).

término del arrendamiento o resuelto éste por cualquier causa (estipulación séptima, párrafo primero), a que «el arrendatario deberá destinar el edificio a la industria que se arrienda» (estipulación séptima, párrafo segundo), a la prohibición de cesión, subarriendo o traspaso «de la industria objeto de este arrendamiento» (estipulación séptima, párrafo tercero), a la posibilidad por la Asociación de examinar «las instalaciones y funcionamiento de la Industria» (estipulación octava), a los descuentos para los niños de tres a doce años «establecidos con carácter normal por el arrendatario en la explotación de la industria arrendada» (estipulación undécima, párrafo segundo), a la forma en que el arrendatario «llevará a cabo la explotación hotelera de la Residencia «Los Astures» (estipulación duodécima), a la imposibilidad del arrendatario de contraer deuda alguna que «directa o indirectamente pueda afectar al inmueble, la industria o sus instalaciones» (estipulación decimotercera), al cargo de los derechos a favor de las distintas Administraciones «que graven la explotación de la industria que es objeto de arrendamiento» (estipulación decimocuarta).

6.^a Por si fuera poco, se señala en la estipulación sexta, letra B), que *«la industria hotelera se entrega con las personas empleadas en la misma de las que Cables, S. A., se hace cargo durante el período de arrendamiento y se compromete al finalizar el mismo a no devolver personal alguno distinto del que esté en nómina actualmente, según relación TC2 correspondiente al mes de septiembre de 1985. El arrendatario, al formalizar este contrato, queda subrogado en los derechos y obligaciones que, con respecto a dichos trabajadores, tiene contraídos la arrendadora, en los términos establecidos en el artículo 44 de la Ley 8/80, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores»*.

Basta por tanto un simple golpe de vista de esta última estipulación sexta para comprobar, nuevamente, que se arrendó una empresa en funcionamiento, incluidos los servicios de los trabajadores, nota esta que además revela que no se produjo una simple transmisión de bienes aislados, caso en que no se aplicaría el artículo 44 de la Ley 8/1980, ya que éste está pensado y dirigido para los supuestos de sucesión en la titularidad de la empresa.

En fin, todo ello revela que el contrato fue elaborado por un perito en Derecho, que trató —y lo logró— de no dejar lugar a dudas sobre el significado de los términos literales del contrato, de sus cláusulas y palabras, la intención de las partes, los actos anteriores, coetáneos y posteriores de las partes que pudieran influir en la calificación del convenio, las cosas y casos comprendidos en el mismo, la naturaleza y el objeto del contrato (ver arts. 1.281 y siguientes del Código Civil sobre la interpretación de los contratos). La conclusión obligada es que no sólo fue la intención de las partes someter su relación jurídica a la regulación del Código Civil, sino

que ésta debe aplicarse aunque no lo hubieran dispuesto, por hallarnos claramente ante un arrendamiento de industria (3).

III. Naturaleza del Derecho arrendaticio

Cuestión siempre debatida ha sido la categoría del derecho que la locación de bienes otorga al arrendatario. Es tradicional en nuestro país y por nuestros eminentes tratadistas, en este punto, señalar tres etapas históricas:

1.ª La del Derecho romano, clara y diáfana, que en la ya famosa «lex emptorem» autorizaba al arrendatario para hacer valer el arriendo frente al arrendador, pero no frente a un tercer adquirente de la finca arrendada (4).

(3) En supuestos relacionados con un establecimiento hotelero, menos claros que el que aquí se analiza, pero en los cuales se daban algunas de las circunstancias o cláusulas contractuales antes examinadas, la jurisprudencia no ha dudado en calificar la relación jurídica como arrendamiento de industria. Así, pueden examinarse las SS. 15 de marzo de 1951 (Rep. 617), 12 de julio de 1952 (Rep. 1.560), 7 de diciembre de 1953 (Rep. 3.160), 6 de mayo de 1954 (Rep. 1.558), 30 de enero de 1956 (Rep. 672), 11 de diciembre de 1957 (Rep. 3.441) y 31 de marzo de 1960 (Rep. 1.265), entre otras muchas. Y entre todas ellas podríamos destacar las dos siguientes:

«Son perfectamente lógicos los razonamientos contenidos en los fundamentos de la sentencia recurrida, en los que partiendo de los términos en que está redactado el contrato de arrendamiento de 8 de abril de 1944, en el que textualmente se dice: “... que los arrendatarios están conformes de entrar en dicha finca para la explotación de carácter hotel-restaurante, no pudiendo hacerlo de ningún otro modo ni forma, ni otros usos, de tal como está en la actualidad, corriendo a su cargo la puesta en condiciones de puertas y ventanas, así como los gastos de pintar y enjalbogar”; y del hecho que consigna de que recibiesen también los arrendatarios los muebles correspondientes y elementos necesarios para la explotación de la industria hotelera, de los que se hizo el consiguiente inventario, se llega por el juzgador a la conclusión de que lo arrendado fue la citada industria en el local y con el mismo título que la habían explotado los causantes del actor». S. 30 de enero de 1956.

«Ninguno de los documentos invocados por el recurrente puede ser estimado auténtico en casación, pues no demuestran en forma alguna, y menos con la evidencia que la Ley exige, el error de hecho que se imputa al juzgador de instancia, y esto es así: Primero: Porque el contrato de arrendamiento dice exactamente lo que le atribuye la sentencia recurrida, esto es, que fueron objeto del contrato los locales con los muebles y enseres precisos para explotar los dos hoteles, a la sazón en funcionamiento. Segundo: Porque el inventario de muebles y enseres del Hotel Terramar no sirve por sí solo para demostrar que el arrendatario haya recibido el local del Hotel Golf desnudo. Tercero: Porque es intrascendente a efectos de calificación jurídica del arrendamiento de industria el hecho de que no fuera el arrendador quien venía explotando el negocio hotelero, pues lo que importa y la Ley impone es que sea titular de una unidad de patrimonio con vida propia y susceptible de ser puesta en marcha inmediatamente por el arrendatario que recibe la industria ya creada para su uso y disfrute». S. 11 de diciembre de 1957.

(4) La Ley Emptorem (Código, libro IV, título LXV, «De locato», ley 9.ª) disponía que el comprador de la finca no estaba obligado a respetar el arrendamiento y podía expulsar al colono, salvo que en la venta se hubiese impuesto al comprador la obligación señalada (*Emptori quidem fundi necesse non est stare colonum, cui, prior dominus locavit, nisi ea leg emit*).

2.^a La abierta por el Código napoleónico francés, que con una fórmula no demasiado feliz venía a establecer, tal como acertaron a interpretar COLIN Y CAPITANT, que el adquirente de la finca arrendada no podría expulsar al inquilino a menos que el arrendador se hubiese reservado este derecho en el contrato de arrendamiento (5). TROPLONG en Francia, y DOVERI en Italia, intentaron convencer a estudiosos y juzgadores, sin éxito, de que puesto que el tercero debía respetar el arrendamiento se estaba reconociendo un auténtico derecho real a favor del arrendatario.

3.^a La actual, en la que los textos legales establecen un distinto régimen, según se trate, de arrendamientos regidos por las normas del CC o por las de la LAU, y diferenciando en atención a la circunstancia de que el contrato esté inscrito o no en el Registro de la Propiedad.

El Código Civil establece tres normas, en mi opinión, esenciales: el artículo 1.280, que en su número 2.º exige la constancia en documento público de los arrendamientos de bienes inmuebles por seis o más años, siempre que deban perjudicar a tercero; el artículo 1.549 que señala que «con relación a terceros, no surtirán efectos los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad»; y el artículo 1.571, que en su primer párrafo dispone que «el comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria» (6).

Precisamente, la Ley Hipotecaria estableció en su artículo 2, número 5.º, la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad «los contratos de arrendamientos de bienes inmuebles por un período de más de seis años, o aquellos en los cuales se hayan anticipado las rentas de tres o más, o cuando, sin concurrir ninguna de estas circunstancias, hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban». El objetivo de la inscripción de estos derechos, aunque no fuera convertir el derecho arrendaticio en un auténtico derecho real, cuestión que en seguida abordaremos, no podía ser otro que dotar al arrendamiento de ciertos efectos reales, haciéndolo oponible a los terceros adquirentes que, en la línea de la codificación napoleónica, deberían respetar el plazo del contrato. La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 fue reveladora de esta intención (7).

(5) Esta disposición fue recogida en el artículo 1.743 del Código napoleónico y en el artículo 1.597 del Código italiano de 1.865.

(6) En igual sentido, la ley 592 de la Compilación Navarra de 1 de marzo de 1973 dispone que «el contrato de arrendamiento cesa al extinguirse el poder de disposición o administración del arrendador sobre la cosa arrendada, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

(7) Ni los arrendamientos por largo espacio de años, ni aquellos en que se hayan hecho considerables anticipaciones, son generadores de un derecho real, quedando siempre limitados a una obligación personal. De aquí ha dimanado la doctrina jurídica de que

Expuestos los presupuestos legales, un examen de las principales corrientes doctrinales, sin descender al de las particulares opiniones de los más significados comentaristas, que por pura lógica se incardinan en una de las tendencias que a continuación recogemos, revela tres líneas de opinión:

A) La generalidad de la doctrina lo considera un derecho personal porque:

1) Falta la inmediatividad, característica de los derechos reales, puesto que el arrendador tiene la obligación de hacer las reparaciones necesarias en la finca y la de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la misma todo el tiempo de contrato (art. 1.554 CC), es decir, que mientras en los derechos reales el dueño «deja gozar» al titular del derecho, como ocurre con el usufructuario, en el arrendamiento el dueño «hace gozar» al arrendatario. Por ello, es lógico que el artículo 1.559 CC obligue al arrendatario a poner en conocimiento del arrendador toda usurpación o novedad dañosa que otro haya realizado o abiertamente prepare en la cosa arrendada.

2) Falta también la nota de oponibilidad, ya que el artículo 1.571 CC permite al comprador de una finca arrendada dar por terminado el arrendamiento vigente al tiempo de la venta, recogiendo el principio de la *lex emptorem* «emptio tollit locatum» o «venta quinta renta» de nuestro Derecho histórico.

B) Otros autores, sin embargo, opinan que es un derecho real porque:

1) Se da la nota de inmediatividad, ya que el arrendatario posee en nombre propio las facultades de uso y disfrute de la finca a título arrendaticio y está protegido, incluso frente al mismo arrendador, por los interdictos (Sentencia de 20 de mayo de 1946).

sólo el que adquiere el dominio en virtud de un título universal está obligado a respetar el arrendamiento hecho por un antecesor, pero no el que lo hace por títulos singulares. Las circunstancias particulares que concurren en estos arrendamientos, los gastos a que suelen comprometer a los arrendatarios y la protección debida a la buena fe, clave del crédito, exige que acerca de este punto se modifique el derecho antiguo. Ya se había encargado la práctica de ir allanando el camino para la reforma, convirtiendo, contra los cánones recibidos, en una especie de derecho real los arrendamientos de que se tomaba razón en los registros de Hipoteca. Y es que cuando el derecho escrito y la doctrina legal no alcanzan a satisfacer una necesidad, se encarga la costumbre de llenarla, y cuando esto acontece toca al legislador convertir en ley y dar forma y regularidad a lo que ya es necesidad reconocida. De este modo, sin perjuicio del dueño que al enajenar y traspasar una finca no pretende burlarse de las obligaciones que contrajo con los arrendatarios, sin daño del comprador de buena fe que entra en el contrato con el conocimiento de una obligación de que es sucesor, se salvan los justos derechos de los arrendatarios en los casos que en el proyecto se precisan. La Comisión no debe ocultarlo: en ellos ha establecido implícitamente un verdadero derecho real».

2) Se da también la oponibilidad porque el artículo 1.571 CC no juega respecto de los arrendamientos inscribibles ni respecto de los regidos por la legislación especial. Y en este caso, pese a este artículo, rigen los plazos mínimos de los artículos 1.579 y 1.581 CC. Por otra parte, también hay derechos reales con efectos limitados frente a tercero, como es el caso de la prenda, que no produce efectos contra tercero si no consta por instrumento público la certeza de su fecha (art. 1.865 CC).

C) Una tercera tesis mantiene la naturaleza variable del arrendamiento, que si no está inscrito tendrá la categoría de un derecho personal y si lo está la de un derecho real, como parece desprenderse, según ellos, del artículo 1.549 CC (8).

Lo cierto es que la opinión menos seguida es la que configura el arrendamiento en todo caso como un derecho real, opinión defendida por el notario VALLET DE GOYTISOLO en su libro «Hipoteca del derecho arrendaticio» (Madrid, 1951). No obstante, sí se observó una cierta tendencia a calificar el derecho arrendaticio regulado en las legislaciones como un verdadero derecho real. En apoyo de dicha tesis se alzan el artículo 74 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980, que viene a sancionar que el adquirente de la finca rústica arrendada, aún cuando estuviere amparado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador, y el artículo 57 de la LAU, que impone la prórroga forzosa aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones. Así, las Sentencias del Tribunal Supremo de la Sala de lo Social de 8 de mayo de 1958 (Rep. 1584) y de la Sala 1.ª de 21 de febrero de 1958 (Rep. 6991) reconocieron la dificultad en la calificación de estos derechos regulados en la legislación especial por su acusado carácter real. En todo caso, ya hemos visto que no se rige el contrato que nos ocupa por la legislación especial, sino por el Código Civil.

Pues bien, respecto de los arrendamientos regulados por el Código Civil, existen declaraciones jurisprudenciales en uno y otro sentido (9). Es en

(8) En esta tendencia, es de mencionar la Res. 15 de junio de 1929 que admitió la hipotecabilidad del arrendamiento afirmando que el arriendo inscrito recibe en nuestro Derecho el excepcional trato de un derecho real.

(9) Se manifestaron en favor del carácter personal del arrendamiento cuando no está inscrito y real en el caso de estarlo las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 1 de mayo de 1886 y 12 de marzo de 1902, así como las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1913, 24 de junio de 1927, 24 de abril de 1941 y 19 de mayo de 1952 (Rep. 1.231).

Por contra, proclamaron el carácter personal del derecho arrendaticio en todo caso, aun cuando se hubiera inscrito, las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1959 (Rep. 1.512), 20 de febrero de 1960 (Rep. 919), 10 de marzo de 1962 (Rep. 1.235),

estas figuras donde se manifiestan con toda virulencia las dificultades en la distinción entre lo real y lo personal, pues quiebra el dogma de que sólo los derechos reales conllevan oponibilidad *erga omnes*. Pero vamos a admitir ambas soluciones en el análisis que posteriormente haremos de la cuestión de la oponibilidad del arrendamiento frente al adquirente en pública subasta: como veremos, en ambos casos, esto es, ya se trate siempre de un derecho personal que produce ciertos efectos reales (especialmente la oponibilidad) como consecuencia de la inscripción en el Registro de la Propiedad, o ya constituya un verdadero derecho real que, como tal, aparece por su inscripción en el Registro, sin perjuicio de su existencia anterior como derecho personal, la oponibilidad del arrendamiento frente al adquirente en la subasta no ha de existir y, por tanto, debe extinguirse a voluntad de éste.

IV. Oponibilidad del contrato de arrendamiento al adquirente en pública subasta de la finca arrendada

Ya decíamos anteriormente que la solución que se dé a esta última cuestión depende, directamente, de la legislación a la que consideremos sometido el contrato y de la calificación que efectuemos del derecho arrendaticio. En este sentido, ya hemos dejado plasmado que debe regirse, sin lugar a dudas, por el Código Civil y que vamos a admitir que suponga o bien un derecho personal que no sufre alteración en su naturaleza por la inscripción, que simplemente le proporciona efectos reales, o bien un derecho personal que en el momento de la inscripción se convierte en derecho real.

Es fundamental para resolver esta trama, a mi entender, averiguar el fundamento de la registrabilidad de determinados arrendamientos en el Registro de la Propiedad (10). Si el arrendamiento fuera un derecho real su posibilidad de acceso registral sería clara y lógica, lo cual también ocurriría si se convirtiera en un derecho real con su inscripción, y en ambos casos su finalidad sería evitar la aparición de un tercero protegido por la fe pública registral que pudiera desconocer este derecho si no estuviese inscrito.

6 marzo, 5 y 26 de junio y 26 de noviembre de 1963 (Rep. 1.379, 3.000, 3.496 y 4.963), 1 y 2 de junio de 1965 (Rep. 3.218 y 3.434), 8 de noviembre de 1966 (Rep. 4.858), 16 de febrero de 1967 (Rep. 730) y 6 de mayo de 1968 (Rep. 3.478).

(10) El artículo 1.º de la Ley Hipotecaria vigente, en su párrafo primero, y aunque no ha sido una fórmula celebrada por la totalidad de la doctrina hipotecarista de nuestro país, señala como objeto del Registro de la Propiedad «la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles».

En principio, un derecho real es oponible *erga omnes*, esto es, se puede hacer valer frente a todos. Pero para proteger el tráfico jurídico inmobiliario se hizo necesario que una persona pudiera consultar el Registro de la Propiedad y así estar al corriente de la verdadera titularidad de la propiedad de los bienes que proyectaba adquirir y de las cargas y gravámenes que pesasen sobre él. La consecuencia establecida fue que aunque el Registro fuera inexacto, quien adquiriera a título oneroso, de buena fe y de persona que en el Registro apareciera como titular, con un determinado contenido y caracteres de su derecho, inscribiendo su adquisición sería mantenido en ésta, en la misma forma y condiciones que revelaba la inscripción a favor de su transferente-titular registral y libre de las cargas y gravámenes que no figurasen en el Registro; y ello a pesar de que el titular registral transferente no fuera propietario del inmueble transmitido o su dominio sufriera cargas o gravámenes (hipotecas, usufructos, etc.) que no figurasen inscritos. Se trata del principio de fe pública registral.

Por contra, si el arrendamiento fuera en todo caso un derecho personal, su posible registración parece, en principio, que estaría en contradicción con el objeto del Registro de la Propiedad revelado por el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria y circunscrito a los derechos reales. Es una de las razones que llevó a ROCA SASTRE a criticar la definición del artículo que inicia la Ley Hipotecaria. Aparte de derechos reales, por tal razón, habría que admitir que en el Registro de la Propiedad ingresan ciertos derechos o situaciones generalmente no consideradas como de carácter real (11), aunque puedan, eso sí, tener cierta trascendencia real (12). En este caso, el fundamento

(11) Basten, como ejemplos, los números 4.º y 5.º del artículo 2 de la Ley Hipotecaria (relativos a inscripciones de determinadas resoluciones judiciales y del propio derecho arrendaticio) y los artículos 14 y 15 del Reglamento que la desarrolla. Los derechos contemplados por los preceptos reglamentarios, opción y retorno arrendaticio, también han suscitado —por razón de su posible inscripción— las cuestiones de su naturaleza y fundamento de su registrabilidad.

(12) El artículo 7 del Reglamento Hipotecario admite la inscribibilidad de los pactos que tengan trascendencia real, y es usual afirmar que en el Registro ingresan las situaciones que tienen tal trascendencia. Pero, ¿qué significa esta expresión? Díez-PICAZO señala que la idea que se extrae de dicho precepto reglamentario (también del art. 51.6 del mismo Reglamento, aunque de modo más tenue), es que los pactos con trascendencia real son aquellos que modifican algunas de las facultades del dominio o inherentes a los derechos reales. Pero al lado de la trascendencia real, se habla de eficacia real y de efectos contra o en perjuicio de terceros. Así, el artículo 11 de la Ley dice que «la expresión del aplazamiento del pago en la compraventa inmobiliaria no surtirá efectos en perjuicio de terceros a menos que se garantice con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita». La idea, por tanto, concluye este autor, parece ser la configuración de un estatuto jurídico de un bien que se traslade a los sucesivos adquirentes del dominio o de derechos reales sobre tal bien, de manera que estos últimos quedan o bien obligados o bien sometidos a tal situación (Cf. Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid, 1978, reimp 1983, Tecnos, págs. 45 y 46).

de su registrabilidad sería dotar al arriendo de trascendencia real, en definitiva, atribuir al arrendamiento una oponibilidad de la que, por su naturaleza personal carece, y, como consecuencia, otorgar al arrendatario una estabilidad en la duración de su contrato de la que igualmente, y a diferencia de lo establecido en la legislación arrendaticia especial y por imperativo del artículo 1.571 CC no disfruta. Su finalidad no atiende directamente a proteger al arrendatario frente a un tercero hipotecario, pues si el derecho es personal es que cede frente a cualquier comprador de la finca inscrita, que no necesita inscribir su derecho ni reunir las condiciones que la legislación exige al tercero hipotecario para quedar protegido por la fe pública registral.

Si la inscripción tiene por efecto, desde que se practica —momento que deberá cifrarse en la fecha y hora del asiento de presentación del título arrendaticio en el Registro de la Propiedad, por aplicación de los artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria—, atribuir trascendencia real al arrendamiento, ya sea porque convierte en derecho real el personal, ya porque proporciona una oponibilidad y estabilidad al arrendamiento de la que antes no gozaba, las consecuencias son claras:

1.^a *El arrendamiento, antes de su inscripción, no puede hacerse valer frente a un adquirente de la finca arrendada, por lo que éste podrá poner fin al mismo manifestando su voluntad de que termine.*

Así lo expresa con claridad CASTÁN TOBEÑAS (13):

«1) Que, como norma general, el comprador de la finca arrendada tiene a su favor el derecho de dar por terminado el arriendo y, consiguientemente, el de ejercitar el desahucio. 2) Que, por excepción, el comprador carece del derecho de expulsar al arrendatario en los siguientes casos: Primero, cuando el arrendamiento se inscriba, conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Segundo, cuando exista pacto en contrario entre el arrendador enajenante y el adquirente. Tercero, cuando la venta se haya realizado con pacto de retraer, en tanto no concluya el plazo para usar del retracto (*este último supuesto resulta del artículo 1.572 CC, mientras que los otros dos del ya transcrito artículo 1.571 CC*). La jurisprudencia añade un supuesto más al declarar que es requisito indispensable para que pueda ser ejercitado el derecho del comprador, que éste manifieste su voluntad de no

(13) CASTÁN TOBEÑAS, J. «Derecho Civil Español, Común y Foral», tomo IV, *Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 12.^a ed. revisada y puesta al día por JOSÉ FERRANDIS VILELLA, Madrid, 1985, Reus, págs. 328 y 329. A su exposición se adhiere literalmente FUENTES LOJO, J. V., en su *Suma de Arrendamientos Urbanos*, vol II, 8.^a ed., Barcelona, 1986, Bosch, págs. 2284 a 2.287

acatar el contrato concertado por su causante en el dominio; pues cuando, en vez de adoptar esta actitud, el nuevo dueño del predio revela con actos explícitos su intención de que el repetido contrato continúe en vigor, no puede después ampararse en el artículo 1.571 para ejercitar la acción de desahucio (Sentencia de 28 de febrero de 1913) (14).

Esta opinión es compartida por el común de los autores, cuya cita se haría aquí interminable. Baste significar que el mismo CASTÁN TOBEÑAS, DíEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (15) recogen sistemáticamente en sus manuales el artículo 1.571 CC y la venta de la finca arrendada dentro de las *causas de terminación del arrendamiento*.

Toda esta doctrina, además, se ciñe perfectamente a la letra de los artículos señalados del Código Civil, amén de ser lógica. El artículo 1.571 CC establece clara y literalmente una regla y con la misma luminosidad fija las excepciones a las que la jurisprudencia ha añadido un supuesto que en toda regla, salvo que colisione con el orden público, se debe admitir: la renuncia expresa o tácita, en este caso del comprador, a ese derecho. Por otra parte, el artículo 1.280.2 CC presupone que hay arrendamientos que no perjudican a tercero, al exigir únicamente documentación pública *sólo* para los que deban perjudicarles. Y, por último, el artículo 1.549 del mismo texto, que sanciona que no perjudicarán a tercero los arrendamientos no inscritos (16). Del mismo modo, decimos que es lógica esta

(14) Cf. G. 4 de diciembre de 1913; C.L. tomo 44, pág. 488. En el mismo sentido, Sentencia de 9 de diciembre de 1926 (G. de 14 de junio de 1927; C.L. tomo 90, pág. 687).

(15) DíEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 4.ª ed., Madrid, 1983, Tecnos, págs. 422 y 423.

(16) La jurisprudencia así lo ha entendido reiteradamente:

«Se acusa la infracción, por aplicación indebida, del artículo 1.571, fundado en que el Decreto de 29 de diciembre de 1931 y la Ley de 22 de julio de 1942 (pueden estimarse equivalentes las disposiciones vigentes de la LAU), al dar seguridad a los arrendatarios de fincas urbanas contra la arbitraria expulsión por los nuevos dueños derogaba la aplicación de los artículos 1.571, 1.572 y 1.581, y es desestimable, pues, como declara acertadamente la sentencia recurrida, admitido por las partes que el arrendamiento de que se trata es de una industria o empresa industrial, y acreditado además tal hecho por el contenido de las escrituras públicas, no discutidas, de 16 de mayo y 20 de diciembre de 1950, es evidente que dicho contrato está excluido de la legislación especial de arrendamientos urbanos, a tenor del artículo 4.º —actual 3.º— de la misma ley de 31 de diciembre de 1946, encontrándose sometido a las disposiciones del Código Civil, entre las que aparece como una causa más de desahucio de las mencionadas por el artículo 1.569 la regulada por el artículo 1.571, por la que el comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria». S. 17 de octubre de 1958 (Rep. 3.102)

«El precepto de este artículo —1.571— lo mismo se refiere a los predios rústicos que

interpretación por cuanto la legislación arrendaticia constituyó una especialidad frente al Código Civil, trató de tutelar a los inquilinos frente al arbitrario derecho de los compradores de dar por finalizada la relación que aquéllos habían pactado con los vendedores-arrendadores. Por tanto, si la especialidad de tal legislación consistió en establecer una prórroga forzosa, aun cuando un tercero hubiera sucedido al arrendador en sus derechos y obligaciones, la regla general, contenida en el Código Civil, no puede ser otra que la ausencia de tal tutela y beneficio para los arrendatarios, cuyos derechos, violados, no se podrán hacer valer frente

a los urbanos, ya se entienda la razón de la ley común a unos y a otros, ya al lugar de su colocación, en el que se trata en general de los derechos y obligaciones de arrendador y arrendatario, siendo otra sección distinta la que trata de disposiciones especiales para los arrendamientos de predios rústicos» S. 27 de septiembre de 1905 (G. de 15 de marzo de 1906; C.L. tomo 20, pág. 261)

«Subordinada la exigencia del preaviso —causa segunda del artículo 1 562 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— a lo establecido por la ley, el pacto o la costumbre, y tratándose en el caso de compra de una finca arrendada respecto a la cual el artículo 1 571 concede al comprador el derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, dada la especialidad del supuesto *sucesor particularis non tenetur estare colonus, et hace ratio est, quia, colonus non habet jus in re, quan conduxit, legatario vore, donatarius, fructuarius, emptor habent jus in re, et meritu igitur proferuntur colono*, el derecho que se concede al comprador, como ha declarado esta Sala en su Sentencia de 28 de septiembre de 1932, no está condicionado con la duración del arriendo, de lo que hay que deducir que no es exigible el preaviso —del comprador al arrendatario para desalojar—, conforme al Código Civil y la Ley Procesal, sin que tampoco proceda conforme a la Ley Hipotecaria, al no haber sido inscrito el arrendamiento en el Registro de la Propiedad, ni por pacto alguno o costumbre local, habiendo declarado la Sentencia de 5 de agosto de 1919 la aplicabilidad del artículo 1.571 del Código Civil al arrendamiento de minas, pudiendo los arrendatarios exigir la indemnización de los daños y perjuicios por aquel concepto en el caso de que procediera sólo de los vendedores que se obligaron con ellos, y no de los nuevos dueños. El artículo 1.571 no exige en manera alguna dicho preaviso, sino que deja a la voluntad del comprador el ejercicio del derecho que establece, sin condicionarlo a plazo alguno, pudiendo esa voluntad, por no existir precepto que la condicione, expresarse judicial o extrajudicialmente, mediante demanda de desahucio o requerimiento, sin que éste, y en concepto de preaviso, tenga forzosamente que preceder a la acción judicial, tesis que refuerza la causa segunda del artículo 1 562 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no habiendo podido alegar los demandados ley, pacto o costumbre que obligue a dar plazo de aviso». S. 30 de abril de 1960 (Rep. 1.659).

«Habiéndose podido vender en su integridad la mina como de la propiedad del ejecutado, sin perjuicio de los derechos que por razón de su contrato con éste tenían los arrendatarios y de los actos por los mismos realizados, es evidente que en el caso del presente recurso por tales actos y contratos no alcanza responsabilidad alguna al comprador, porque no viniendo obligado, según el supuesto del pleito de la sentencia, a respetar dicho contrato de arrendamiento, todas las responsabilidades derivadas del incumplimiento de éste sólo podrían afectar al vendedor, sin que el arrendatario tenga otro derecho, cuando el comprador hace uso del de dar por terminado el arriendo, que el expresado en el segundo párrafo del artículo 1.571, de absoluta inaplicabilidad al caso presente». S. 31 de diciembre de 1897 (G. 28 de enero de 1898; C.L. volumen 4.º, pág. 536).

al comprador sino única y exclusivamente frente al vendedor-arrendador (17).

2.^a *El arrendamiento inscrito sólo puede hacerse valer frente al adquirente posterior a la inscripción.*

El supuesto de que el arrendamiento *no* estuviera inscrito ha quedado ya analizado, extrayéndose como idea principal la aplicación directa del artículo 1.571 CC y la extinción del arriendo a voluntad del adquirente de la finca. Vamos ahora a tratar de examinar el único supuesto en que el arrendamiento puede provocar efectos reales y, con ello, ser oponible frente a terceros, lo que motivaría su subsistencia tras una compra privada o judicial. El arrendamiento del Hotel «Residencial Los Astures» no ha conseguido todavía inscribirse en el Registro de la Propiedad, a pesar de haberse presentado con tal objeto (18).

(17) La jurisprudencia recogió esta idea en varias decisiones, como las SS de 1 de febrero de 1928 (CL tomo 99, pág. 37), 20 de febrero de 1945 (Rep 437), 9 de enero de 1948 (Rep. 136) o 17 de octubre de 1958 (Rep. 3.102). Concretamente, en la Sentencia de 9 de enero de 1948, separando, contraponiendo y diferenciando claramente el régimen aplicable a los arrendamientos regulados por la legislación especial y por el Código Civil, se declaró que:

«A partir del Decreto de 21 de junio de 1920, tendente a solucionar el problema de la vivienda, la legislación en materia de arrendamientos urbanos muestra como una de sus bases fundamentales la prórroga obligatoria, en beneficio de los inquilinos, de los contratos de arrendamiento a que se refiere, afirmada y reiterada en los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y disposiciones que pueden reputarse complementarias de las mismas, y se reafirma en los artículos 70 y 76 de la Ley de 3 de abril de 1947 (como la vigente que la ha venido a sustituir), sin perjuicio de las excepciones en todas ellas consignadas. Este régimen es radicalmente incompatible con el artículo 1.571 del Código Civil, que faculta al comprador de una finca arrendada para dar por terminado el arriendo antes del plazo pactado en el contrato, porque la prórroga sólo puede tener lugar cuando ha expirado el término contractual, y sería totalmente contrario al propósito del legislador, de dar estabilidad a los contratos en beneficio de los inquilinos, que antes de llegar a dicho término el contrato, que por ministerio de la ley es prorrogable de modo indefinido, pudiera darse por concluso por el nuevo adquirente de la finca»

(18) Como especifica en la nota puesta al pie del contrato de arrendamiento presentado en su oficina, el Registrador suspendió la inscripción por encontrar defectos subsanables en el título presentado: concretamente, la falta de acreditación de la capacidad y legitimación del Vicepresidente que fue de la Asociación, y la falta de descripción de la finca conforme a la normativa hipotecaria. Mientras esta segunda falta se podría fácilmente subsanar, la primera tiene difícil arreglo, pues no sólo no se aportaron los documentos en que se facultase *expresamente* al señor Vicepresidente de la Asociación para celebrar ese contrato y para elevarlo a documento público, con lo que parece deducirse que no se tienen (ya que se aportan otros que tratan, sin éxito, de suplirlos), sino que la desaparición «de facto» de la organización burocrática existente de la Asociación y el propio fallecimiento del señor Vicepresidente, según las noticias que se le han proporcionado a quienes han elaborado este dictamen, harían casi milagrosa la hipotética subsanación del defecto de capacidad.

En lugar de la inscripción solicitada se tomó el asiento apropiado para el caso de defectos subsanables, esto es, la anotación preventiva que refleja tal circunstancia. la

Vamos a colocarnos, de todas formas, en el supuesto de que el arrendamiento finalmente logre inscribirse, aunque ignoremos cómo pueda lograrse tal objetivo. ¿Qué repercusiones tendrá este evento?

Ya que está tomada la anotación preventiva de suspensión de la inscripción del arrendamiento, la inscripción se podría producir o bien por la conversión de la anotación, si se logran subsanar los defectos durante la vigencia de la misma, o por nueva presentación de los documentos una vez subsanados si ya había caducado la misma. Teniendo en cuenta que la prioridad registral, y con ello la preferencia y oponibilidad de lo primeramente inscrito frente a lo ulterior, se determina por la fecha de ingreso de los títulos en el Registro, es posible imaginar lo que podría ocurrir. En el primer caso, esto es, el de conversión de la anotación en inscripción, la inscripción a favor del arrendatario tendría fecha preferente frente a la inscripción que se pudiera hacer en favor del adjudicatario en la subasta pública a favor de quienes adquieran de él, ya que la presentación del título del arrendatario habría que retrotraerla al momento en que lo presentó y sólo obtuvo la anotación, mientras que en el segundo —nueva presentación de documentos después de caducada la anotación— dependería de cuándo se hiciese esa nueva presentación: si fuera anterior a la presentación del título del adjudicatario también sería preferente, pero, por contra, si fuera posterior no sería preferente. De ello se puede concluir que si la inscripción del arrendamiento, en este último caso, es posterior no será oponible el arrendamiento frente al adjudicatario. Pero, ¿y si fuera preferente por razón de su fecha frente a la inscripción a favor del adjudicatario y quienes adquieran de él? ¿Supondría ello la oponibilidad del arrendamiento, la posibilidad de hacerlo valer frente a estos adquirentes, en subasta o posteriormente? No, pues *la preferencia y oponibilidad debe medirse entre la fecha de la anotación preventiva del embargo y la de los asientos provocados por el arrendamiento, no entre estos últimos asientos y la inscripción a favor del adjudicatario en la pública subasta.*

cual caduca a los 60 días de su fecha, que parece ser el 23 de abril de 1991. Por tanto, dicha anotación debería caducar, salvo que antes se convierta en inscripción, el miércoles 3 de julio próximo. Ello siempre que judicialmente no se obtenga una prórroga hasta 180 días desde la fecha de la anotación (art. 96.2 de la Ley Hipotecaria).

También es importante que la estipulación novena del contrato, que fijaba un derecho de retracto a favor de «Cabrales, S. A.», por virtud del cual podría adquirirlo de quien lo hiciera en la pública subasta, o de quien trajera causa de éste, no pueda, *en ningún caso*, inscribirse, sin posibilidad de subsanación, al haber considerado el Registrador de la Propiedad que se trata de un derecho personal no inscribible. Todo lo cual quiere decir, en nuestra opinión y como estamos sosteniendo en este dictamen, que la precitada estipulación no pueda hacerse valer frente a terceros, como serían el adquirente en la subasta o quienes traigan causa de él, por la razón de que respecto de ella no puede producirse *en ningún caso* la prodigiosa conversión de los efectos personales del arrendamiento en consecuencias reales.

Es ilustrativa, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1945 (Rep. 1305), que revela la doctrina de la Alta Magistratura en un supuesto idéntico al hipotético que pretendemos analizar.

En el caso contemplado por esta sentencia *a)* se trataba de un arrendamiento inscrito con posterioridad a la inscripción de una hipoteca; *b)* el arrendamiento se regía por el Código Civil y no por la legislación especial; *c)* tanto la hipoteca —que en otro caso no podría existir— como la adjudicación que de ella trajo causa, como el arrendamiento, constaban inscritos, por lo que se estimó aplicable en primer lugar la legislación hipotecaria y sólo supletoriamente la civil. Pues bien, en este caso el Tribunal Supremo, rechazando los argumentos del recurrente-arrendatario, declaró que:

«... el artículo 1.571 del Código Civil no autoriza la subsistencia del arriendo en los términos que el recurrente alega, ni dicho precepto rige en casos como el de autos de enajenación judicial, caso regulado específicamente en el artículo 131 de la Ley (Hipotecaria), según el cual verificado el remate o la adjudicación se decreta de oficio, por imperio de la ley, la cancelación de las inscripciones o anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca en atención a que ésta actúa a modo de condición resolutoria que se ha cumplido y determina *de iure*, automáticamente, la extinción de los derechos del deudor-dueño y de los que de él traigan causa, sin que pueda ofrecer duda que en el concepto de inscripciones posteriores y susceptibles de cancelación está comprendido el arrendamiento inscrito como limitación del dominio, similar en algún aspecto al derecho real propiamente dicho...».

Decimos que es ilustrativa puesto que aunque referida a una hipoteca, incluso los autores que reconocen efectos más limitados a la anotación preventiva de embargo —ciertamente apoyados en la jurisprudencia reiterada en ese sentido—, admiten que supone «una especie de garantía hipotecaria, de tipo registral, respecto de los créditos y actos posteriores a la práctica de la anotación». Estos efectos, respecto de los actos ulteriores, se caracterizarían por la preferencia del derecho del anotante frente a los titulares de esos derechos originados con posterioridad y la posibilidad de que por mandamiento del Juez que conoce de la ejecución en que se decretó el embargo se ordene la cancelación de las inscripciones o anotaciones de esos derechos no preferentes (19).

(19) Estos efectos se basan en varios artículos de la legislación hipotecaria, entre otros, los siguientes:

Artículo 44 LH: «El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números segundo, tercero y cuarto del artículo 42 —entre los que se encuentra la

Cuestión muy interesante y de evidente actualidad es la de qué ocurre cuando con posterioridad a la inscripción de una hipoteca se concierta un arrendamiento de los sujetos a la legislación especial, en la que hay un conflicto de intereses entre la estabilidad del arrendatario y la garantía de la hipoteca y la repulsión a la clandestinidad, así como argumentos en favor de una y otra solución: la tesis tradicional fue la de la extinción del arriendo, tanto para los rústicos (Sentencia de 5 de febrero de 1945) como los urbanos (Sentencias de 22 de mayo de 1963 y 31 de octubre de 1986). Ocurre, sin embargo, que recientes fallos han seguido la tesis de su subsistencia tanto para aquéllos (Sentencia de 9 de junio de 1990) como para éstos (Sentencia de 23 de febrero de 1991). Sobre este particular se han pronunciado recientemente LASARTE ALVAREZ (20) y GARCÍA GARCÍA (21), entre otros (22), abogando ambos por la vuelta a la tesis tradicional. Aquí, como

anotación preventiva del embargo—, tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en el artículo 1.923 del CC» Este artículo 1.923 CC otorga preferencia al anotante frente a los créditos posteriores a la anotación.

Artículo 71 LH: «Los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación.»

Artículo 38 LH. «Cuando se persigan bienes hipotecados que hayan pasado a ser propiedad de un tercer poseedor, se procederá con arreglo a lo dispuesto en los artículos 134 y concordantes de la Ley. Las mismas reglas se observarán cuando, después de efectuada en el Registro alguna anotación preventiva de las establecidas en los números segundo y tercero del artículo 42, pasasen los bienes anotados a poder de un tercer poseedor» (párrafos cuarto y quinto). Estos artículos, según el sentir general, vienen a establecer una especie de equivalencia entre los procesos de ejecución hipotecaria y aquellos en que para ejecutar una sentencia se había decretado un embargo, en los supuestos en que los bienes dejaron de pertenecer al deudor hipotecario o al deudor contra el que se decretó el embargo.

Artículo 175 RH: «Cuando en virtud de un procedimiento de apremio contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca o derecho embargado, se cancelarán las inscripciones y anotaciones de créditos o derechos no preferentes al del actor, a instancia del que resulte dueño de la finca o derecho, con sólo presentar mandamiento ordenando la cancelación, en el cual deberá expresarse que el importe de la venta no bastó a cubrir el crédito del ejecutante o que el sobrante, si lo hubo, se consignó a disposición de los acreedores posteriores. Continuarán subsistentes y sin cancelar las hipotecas y demás gravámenes preferentes al crédito del ejecutante. El mandamiento cancelatorio determinará las circunstancias prevenidas en el artículo 233 (de este mismo Reglamento)» (regla segunda, párrafos primero, segundo y tercero).

(20) LASARTE ALVAREZ, C.: *Hipoteca, arrendamiento urbano posterior y ejecución hipotecaria*, Colección Jurisprudencia Práctica, Madrid, 1992, Tecnos; y *La ejecución hipotecaria y la tutela judicial efectiva del arrendamiento* (notas de urgencia a la sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de enero de 1992» en Tapia, 1992, enero-febrero (62), págs. 7 a 9

(21) GARCÍA GARCÍA, J. M.: «La ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a ella (Crítica de la Sentencia de 23 de febrero de 1991)», en *RCDI*, 1991, noviembre-diciembre (607), págs. 2225 a 2259

(22) Vid. CUADRADO GONZÁLEZ, C.: «Los efectos de la hipoteca sobre los arrendamientos posteriores a su constitución», en *La Ley*, Diario, 1991, 5 de julio (2 781);

ya dije, nos hallamos ante un arrendamiento regido por el Código Civil y su conflicto con una anotación, no con una hipoteca. Por ello, simplemente citaremos algunos de los argumentos utilizados en aquella polémica.

1) En favor de la subsistencia del arrendamiento, los siguientes: *a)* que el artículo 131.17.^a de la Ley Hipotecaria no se refiere a la cancelación de derechos personales no inscritos; *b)* la prórroga legal forzosa; *c)* el artículo 219.2.º del Reglamento Hipotecario, que presupone su existencia, *d)* que sería una causa de resolución no contemplada en la legislación especial, cuando éstas se estiman tasadas; y *e)* por analogía con el artículo 114.12.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, respecto de los arriendos concertados por el usufructuario cuando su derecho se extingue.

2) En favor de su extinción, cabe aludir a éstos: *x)* en otro caso serían de mejor condición los derechos personales no inscritos que los derechos reales inscritos, es decir, se daría el absurdo de que se extinguiera un usufructo inscrito y no un arriendo no inscrito; *y)* ni procede la aplicación analógica del artículo 114.12.º de la LAU, por tratarse de supuestos distintos, ni cabe resolver la cuestión a través de meras soluciones reglamentarias como el artículo 219.2.º antes citado, que si algo presupone nada dice de forma concluyente; y *z)* que la hipoteca, como derecho real de garantía, debe imponer que la finca pueda ser subastada y adjudicada en el estado que tenía al ser hipotecada, pues en eso radica la esencia de la garantía que proporciona.

¿Qué argumentos, presumiblemente, se podrían esgrimir en contra de que el Juez que conoce la ejecución en la que se había decretado el embargo ordenase la cancelación del arrendamiento inscrito? Podrían utilizarse los que:

- a)* En primer lugar, que la oponibilidad del arrendamiento debe medirse en relación con el adjudicatario en la subasta, que inscribiría su adquisición posteriormente al contrato de arrendamiento (todo, por supuesto, en hipótesis), con lo cual la preferencia del arrendamiento sería clara ya que el fundamento de la inscribibilidad del arriendo es precisamente hacerlo valer frente a los que adquieren e inscriben con posterioridad a la constancia registral de la locación.
- b)* En segundo lugar, que la cancelación que decreta el Juez es de derechos reales, cargas y gravámenes, pero no de derechos personales, como es el originado por el arrendamiento.

ESTRADA ALONSO, E.: «La eficacia de los contratos de arrendamiento sobre los bienes inmuebles hipotecados», en *RCDI*, 1989 (591), págs. 411 a 437; BOLÁS ALFONSO, J.: «A propósito del arrendamiento urbano y la hipoteca», en *RDP*, 1989, págs. 122 y sigs.; GINOT LLOBATERAS, «La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución», en *ADC*, 1955, IV, págs. 1167 y sigs.

- c) En tercer lugar, que el derecho arrendaticio es un derecho personal, y por aplicación del artículo 1.923.4 del Código Civil la anotación sólo tiene virtualidad cancelatoria de los derechos posteriores a la misma, pero no de los anteriores, que serían preferentes. En este sentido, se podría intentar hacer valer que la fecha del contrato de arrendamiento es anterior a la anotación de embargo e incluso a la propia providencia que lo decretó.
- d) En cuarto lugar, que el artículo 1.571 del Código Civil, que recoge el principio *venta quita renta*, no se aplica cuando el comprador conocía que la finca estaba arrendada o el arriendo fuera manifiesto o evidente, como ocurriría en el presente caso por razón de que el arrendamiento estuviera inscrito y se hubiera hecho llegar al Juzgado en que se tramita la ejecución la noticia de la existencia, circunstancias y condiciones del contrato.

Frente a estas aparentes opciones de oposición, a mi juicio debiera abrirse paso la argumentación que se intenta construir a continuación:

Respecto al argumento señalado con la letra a), se debe dejar claro que aunque la cancelación se decrete a instancia del que resulte dueño del inmueble, no puede olvidarse que el motivo de la cancelación tiene su raíz en el procedimiento de ejecución, en el embargo decretado en el mismo y en su posterior anotación. Sostener lo contrario sería tanto como entender que inscrita una hipoteca o anotado preventivamente un embargo, quien inscribiera posteriormente un derecho real, caso del usufructo u otra hipoteca, lograría la subsistencia de su derecho por haberse inscrito antes de que lo hiciera el adjudicatario en la subasta. El absurdo y la burla de los preceptos hipotecarios (especialmente del artículo 71 de la Ley en el caso de la anotación preventiva de embargo) serían palmarios. La garantía que suponen las figuras de la hipoteca, frente a *todos* los actos anteriores o posteriores no inscritos, y la anotación preventiva de embargo, como mínimo frente a los actos dispositivos y créditos posteriores a la práctica de la misma (23), estriba, precisamente, en que estos titulares de derechos pos-

(23) Hemos matizado constantemente los efectos mínimos, reconocidos unánimemente a favor del anotante preventivamente de embargo, pues junto a esa doctrina tradicional se han alzado voces, brillantes aunque escasas, que defienden que la anotación preventiva de embargo debe producir los mismos efectos que la hipoteca, ya que la interpretación restrictiva de éstos no tiene apoyatura ni histórica, ni sistemática, ni lógica, y conduce a soluciones injustas a la par que absurdas. En este sentido, pueden verse los trabajos de GARCÍA GARCÍA, J. M.: «El tópico de los efectos limitados de las anotaciones preventivas de embargo; hacia una interpretación del efecto real absoluto de tales anotaciones en el sistema español», en VVAA, *Ponencias y comunicaciones presentadas al VII Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, 1988, Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y

teriores a la hipoteca o anotación debe ver decaer su derecho, y no por consecuencia del nuevo adquirente, sino de la propia capacidad de ellas para determinar, por orden del Juez, la cancelación de tales derechos posteriores.

El motivo de oposición designado con la letra *b)* también debe decaer. Es claro que la hipoteca y la anotación preventiva de embargo suponen, como mínimo, que la finca se pueda subastar y adjudicar al mejor postor en igual estado que tenía cuando fue inscrita la hipoteca o anotado el embargo. De ahí la clara manifestación de la Sentencia de 22 de marzo de 1945 antes examinada, pues el arrendamiento, como no sólo todo derecho, sino también toda vinculación, limitación, reserva, modo, etc., que restrinjan o condicionen el contenido del derecho dominical y sean posteriores a la anotación, deben desaparecer. En otro caso, la garantía sería ilusoria, toda vez que el deudor, desde que se iniciase el procedimiento de ejecución, podría concertar derechos, cargas o gravámenes que disminuyeran el valor de lo subastado públicamente y, con ello, quebrar la esencia de la propia garantía.

No mejor suerte debieran correr los razonamientos albergados bajo la letra *c)*. Esas afirmaciones son coherentes con una doctrina no muy precisa y rigurosa sobre los efectos de la anotación preventiva de embargo, que algunos comentaristas han denunciado con evidente acierto. No todo acto ni crédito anterior a la anotación preventiva debe prevalecer frente al derecho del anotante. El que la anotación preventiva de embargo sea preferente frente a los créditos posteriores (art. 1.923.4 CC) no quiere decir que el derecho del anotante deba sucumbir ante cualquier crédito o acto anterior. El mayor límite que se puede oponer a los efectos de la anotación preventiva de embargo es entender que carece de virtualidad para alterar el estado de cosas anterior a la misma, pues su potencia sólo alcanza a evitar que nazcan nuevos derechos sobre la cosa embargada con posterioridad a la anotación, o, mejor dicho, que estos nuevos derechos en ningún caso le perjudiquen. Por tanto, ¿cuál era la situación existente al efectuarse la anotación?

En el momento de practicarse la anotación preventiva de embargo el arrendamiento no era oponible frente a terceros, era un simple derecho personal que debía ceder ante cualquier comprador de la finca arrendada. La oponibilidad del arriendo, de existir, nació con posterioridad a la anota-

Mercantiles de España, págs. 234 a 277; RAMOS FOLQUÉS, R.. «El precedente real de las anotaciones de embargo», en *RDP*, 1952, sept. (426), págs. 703 y sigs., y «La anotación preventiva de embargo en los casos de disconformidad entre realidad y registro: sus efectos después de la reforma de 1944», en *RDP*, 1951, julio-agosto (412-413), págs. 553 y sigs.; y ALVAREZ CAPEPOCHIPI, J. A.: *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986, Civitas, págs. 145 y sigs., especialmente a partir de la pág. 155

ción y a dicha facultad de oponibilidad sí que afecta la garantía otorgada por la anotación. No es que el anotante sea protegido por la fe pública registral y pueda desconocer lo no inscrito (24), pues se puede admitir, aunque quien esto suscribe no lo comparta plenamente, que las situaciones de transcendencia real que no estuvieran inscritas en el momento de practicarse la anotación sean oponibles al anotante, y que los créditos anteriores al del anotante, a los solos efectos del mejor derecho al cobro, se cobrarían antes que el de éste. Y digo a los solos efectos del mejor derecho al cobro y no a los de la subsistencia, ya que como sostuvo CANALS BRAGE (25) la tercería de mejor derecho no tiene por objeto determinar la subsistencia de los preferentes, tesis que defendió IPIENS LLORCA (26), sino el mejor derecho al cobro con el producto obtenido en la ejecución. Pero aquí ni existe una situación de transcendencia real antes de la anotación —pues el derecho es meramente personal, inoponible a terceros—, ni existe ningún crédito, ya que éste sólo podría surgir como indemnización a que tuviera derecho el arrendatario por el incumplimiento del arrendador por la extinción del contrato de arrendamiento antes de su término, y tal incumplimiento, lógicamente, sería posterior a la anotación.

Por ello, creo que hay que entender que: 1.º Al anotante debe garantizársele que pueda cancelar todo aquello que no forme parte de la situación que le era oponible al anotar. 2.º La oponibilidad o la transcendencia real del arrendamiento no habría nacido sino después de la anotación. 3.º El arrendamiento debe cancelarse porque desde un punto de vista hipotecario no puede afectar a terceros —como son el anotante preventivamente de embargo y el adjudicatario— y desde un punto de vista civil el artículo 1.571 CC le faculta para obtener tal resultado.

Finalmente, el criterio enunciado con la letra *d*) choca con la doctrina de la Sentencia de 1945 ya examinada. Si el arrendamiento está inscrito, la

(24) No nos vamos a adentrar en esa espinosa cuestión, pues para rebatir los argumentos contrarios a nuestra tesis ni siquiera creemos necesario mantener la opinión aislada de GARCÍA GARCÍA y RAMOS FOLQUÉS (vid. loc. ult. cit.) de que el anotante preventivamente de embargo es un sujeto protegido por la fe pública registral, que puede desconocer todo derecho, real o personal, que no hubiera accedido al Registro pudiendo haberlo hecho, solución que nos parece deseable pero forzada en relación con nuestro derecho positivo, ni apoyarnos en la consideración, a mi juicio acertada, de que el anotante preventivamente de embargo sí está protegido por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, dentro de la tesis dualista del tercero que otorga autonomía a este precepto frente al artículo 34 del mismo cuerpo legal. En este sentido se manifiesta ALVAREZ CAPEROCHIPI (vid op. cit ult.)

(25) CANALS BRAGE, F.: «Carga real y preferencia crediticia en las ejecuciones inmobiliarias Comentario a las RR de la DGRN de 27 de julio, 29 de abril y 22 de noviembre de 1988», en *RCDI*, 1990, mayo-junio (598), págs. 1195 a 1225.

(26) IPIENS LLORCA, A.: «Anotaciones de embargo e hipotecas», en *AA M.N.*, 1974, págs. 23 a 65.

legislación aplicable es la hipotecaria y sólo supletoriamente la civil. Quizá se podría tratar de abrir la vía de la buena fe, exigiéndola en el comprador para que pueda poner fin a la locación. Pero a tal propósito se podrían objetar varias consideraciones:

- En primer lugar, para que la mala fe tuviera relevancia, en todo caso, quien debería conocer el arriendo sería el anotante antes de la anotación, no el adjudicatario que inscriba, pues la causa de la cancelación y extinción del arriendo no deviene de la inscripción de este último sino de la anotación preventiva de embargo y del procedimiento de ejecución en que fue decretado éste.
- En segundo lugar, que es claro que el arrendamiento se pretendió inscribir y se puso en conocimiento de terceros después, meses después, de la anotación preventiva de embargo.
- En tercer lugar, el mero hecho de que el acreedor hipotecario o el anotante preventivamente de embargo tengan conocimiento de que se ha celebrado ese acto de mera transcendencia *inter partes* no quiere decir que si inscribe o anota su derecho para lograr su garantía esté obrando de mala fe. Puede suponer que el propio aspecto personal no llegue a alcanzar transcendencia real (p.ej. por incumplimiento de una de las partes del contrato o por mutuo disenso), o puede entender, como en este caso, que los interesados no quisieron dar transcendencia real a su derecho (por razones de diversa índole), o incluso es lícito, desde mi punto de vista, que esté en la creencia de que un acto que se desarrolla en la esfera personal no tenga que ser preferente frente a su derecho, ya constituido en la esfera real, con arreglo a la máxima *prior tempore, potior iure*. En definitiva, que alguien que llegue a ser titular de una garantía o derecho de transcendencia real conociera antes de la constitución de tal garantía o derecho un acto desenvuelto en la esfera personal, no debe ser obstáculo para que se extinga este derecho personal, aunque llegue a convertirse en uno de naturaleza real. La mala fe sólo aparecería si el que inscribe o anota su título tuviera conocimiento de una situación de transcendencia real no inscrita —que a él le era oponible— antes de su inscripción o anotación y pretendiera con la protección del Registro burlar esos derechos a él oponibles. Por ello, en nuestro actual Derecho, un acreedor hipotecario no estaría protegido por la fe pública frente a ese derecho real existente, ya que conocía la inexactitud del Registro, ni un anotante preventivamente de embargo lograría garantía alguna pues ha de ver ceder su derecho frente a esos otros reales ya existentes.
- En cuarto lugar, ni el artículo 175.2 del Reglamento Hipotecario ni

los demás artículos relativos a esta cuestión del mismo Reglamento y de la Ley que desarrolla exigen, en los distintos procedimientos de ejecución hipotecaria ni en el ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el adjudicatario en la subasta desconozca los actos que pueden originar los derechos inscritos con posterioridad al derecho que se ejecuta para que estos derechos sean cancelados. Todo lo más que se podría requerir sería el desconocimiento por parte del favorecido por la garantía, ya fuera un acreedor hipotecario ya un anotante preventivamente de embargo, en el momento de constituir-la, no afectando para nada el conocimiento que pudiera adquirir posteriormente.

- En quinto lugar, el artículo 1.571 CC es evidente que no exige expresamente, ni parece querer exigir, como requisito ineludible para su aplicación, que el comprador de la finca arrendada desconozca esta situación de arriendo, por lo que es mucho suponer considerar que obra de mala fe quien, conociéndola, compra la finca y pretende extinguir el contrato, todo ello conforme a la máxima de que «donde la ley no distingue no debemos distinguir nosotros». No se defiende, por tanto, que la buena fe no sea exigible en el ejercicio de los derechos, que sí lo es, como sanciona el artículo 7.1 CC, sino que no hay razones para considerar comprador de mala fe a quien conoce la existencia del arriendo.

Por todo lo expuesto, mi opinión, que someto a cualquier otra mejor fundamentada en Derecho, es que el arrendamiento del Hotel «Residencia Los Astures» debe extinguirse, a voluntad del adjudicatario de la finca embargada en la pública subasta, con independencia de que logre inscribirse el arrendamiento o no.

Dr. ARTURO MERINO GUTIÉRREZ
Profesor Titular de Derecho Civil
en la Universidad de La Rioja

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Derecho comunitario y Tratados internacionales

1. *Directiva 92/96/CEE del Consejo, de 10 de noviembre de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, y por la que se modifican las Directivas 79/267/CEE y 90/619/CEE (tercera Directiva de seguros de vida).* (Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. 360, de 9 de diciembre de 1992.)

2. *Directiva 92/111/CEE del Consejo, de 14 de diciembre de 1992, que modifica la Directiva 77/388/CEE en materia del impuesto sobre el valor añadido y por la que se establecen medidas de simplificación.* (Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. 384, de 30 de diciembre de 1992.)

3. *Entrada en vigor del Convenio de Cooperación en materia jurídica entre el Reino de España y la República de Chile, firmado en Santiago de Chile el 14 de abril de 1992, cuya aplicación provisional fue publicada en el «BOE» número 114, de fecha 16 de junio de 1992.* («BOE» núm. 33 de 8 de febrero de 1993.)

B) Leyes nacionales

Con fecha 2 de marzo se publicó en el «BOE» el Real Decreto-Ley 3/1993, de 26 de febrero, sobre medidas urgentes tributarias y de empleo.

La Ley 3/1993, de 22 de marzo, es Básica de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.

La Ley 4/1993, de 29 de marzo, actualiza los límites máximos de ingresos anuales para acceder a las asignaciones por hijo en materia de Seguridad Social.

Por dos leyes de fecha 19 de abril («BOE» del 20) se reconocen dos

nuevas Universidades en Madrid: «San Pablo-CEU» y «Alfonso X el Sabio».

C) Comunidades Autónomas

Se han promulgado las siguientes leyes:

- La de 15 de marzo, modificando la de 22 de junio de 1984, que regula el Presidente, la Diputación General y la Administración de Aragón; la de 15 de abril, regula las carreteras de esta región.
- La Ley de Cantabria de 10 de marzo, de la Función Pública.
- La de 5 de marzo, sobre Estatuto del Consumidor en Cataluña.
- Ley Foral de 30 de marzo, sobre actuaciones protegibles en materia de vivienda en Navarra.
- Ley de 23 de marzo, de Patrimonio de la Comunidad de La Rioja.
- Ley de 16 de abril de 1993, de las aparcerías y de los arrendamientos rústicos históricos de Galicia.
- Ley de 10 de marzo, del Síndico de Agrarios de las Islas Baleares.

II. Información de actividades

1. REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION

«Premio San Raimundo de Peñafort»

Por acuerdo del Pleno de Numerarios de la Corporación de fecha 15 de febrero de 1993 y con el mecenazgo de la Fundación Banesto, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación ha instituido un premio denominado «San Raimundo de Peñafort» que tiene por objeto fomentar la creación en materia jurídica y galardonar las obras que lo merezcan.

En virtud de ello, se convoca el citado premio de acuerdo con las siguientes

B A S E S

1.^a Podrán aspirar al premio los autores de obras monográficas, originales e inéditas, que versen sobre un tema monográfico de DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

2.^a El premio estará dotado con la cantidad de TRES MILLONES DE PESETAS (3.000.000).

3.^a Las obras presentadas a concurso habrán de estar escritas en alguna de las lenguas oficiales de España o de sus Comunidades Autónomas o en las de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea.

Deberán presentarse en forma rigurosamente anónima, distinguiéndose con un lema cuya identificación se encontrará en una plica, cerrada y sellada, en la que se hará constar el nombre, los apellidos, el domicilio del autor y el primer renglón de su trabajo.

4.^a Las obras que se presenten al premio habrán de poseer una extensión mínima de trescientos (300) folios mecanografiados a un solo espacio y no podrán ser o haber sido tesis doctorales.

5.^a En ningún caso podrán aspirar al premio los Académicos de Número de la Corporación.

6.^a Los trabajos habrán de presentarse en la Secretaría de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Marqués de Cubas, número 13. 28014 MADRID) antes de las veinte horas del día 30 de diciembre de 1993.

7.^a El premio será discernido por una comisión constituida por cinco Académicos de Número, elegidos por el Pleno de la Real Academia.

8.^a Por mayoría de la comisión el premio podrá ser declarado desierto.

9.^a La concesión del premio y el autor premiado serán dados a conocer en sesión pública que celebrará la Corporación antes del día 30 de junio de 1994.

10.^a Los trabajos no premiados serán devueltos a sus respectivos autores.

Madrid, quince de febrero de mil novecientos noventa y tres.

EL ACADEMICO, SECRETARIO GENERAL
LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN

2. JORNADAS SOBRE NACIONALIDAD Y EXTRANJERÍA

Han sido organizadas por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y durante los días 19, 20 y 21 del mes de abril. Se han desarrollado las siguientes ponencias:

«El Derecho administrativo sancionador y la extranjería», José Antonio Miquel Calatayud, Registrador de la Propiedad.

«Pérdida y recuperación de la nacionalidad española», Aurelia Álvarez Rodríguez, Profesora titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad de León.

«Tipología y procedimiento de obtención de los visados y permisos de

residencia en España», José Manuel Paz Agüeras, Ministro Plenipotenciario.

«Adquisición de la nacionalidad española en la Ley de 17 de diciembre de 1990», Juan José Pretel Serrano, Registrador de la Propiedad. Notario excedente y Letrado de la DG de los Registros y del Notariado. Ex-Subdirector General de Nacionalidad y Estado Civil.

«Consecuencias de la posesión de la nacionalidad española», Jesús Díez del Corral y Rivas, Registrador de la Propiedad. Notario excedente y Letrado de la DG de los Registros y del Notariado.

«La normativa de la extranjería y su conexión con la jurisdicción penal», Andrés Martínez Arrieta, Magistrado. Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.

«La normativa de extranjería y su conexión con la jurisdicción contencioso-administrativa», Juan José González Rivas, Magistrado. Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.

Todas las ponencias fueron seguidas de un animado coloquio, actuando como moderador nuestro compañero don José Antonio Miquel Calatayud, reconocido especialista en esta materia.

3. ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO

Ha continuado el curso académico, habiéndose desarrollado durante los meses de marzo y abril las siguientes conferencias:

Don Angel Rojo Fernández-Río, Catedrático de Derecho Mercantil: «El acuerdo de aumento del capital social».

Don Alberto Alonso Ureba, Catedrático de Derecho Mercantil: «Los principios configuradores de la sociedad anónima como límite a la libertad estatutaria».

Excmo. señor don Rafael Mendizábal Allende, Magistrado del Tribunal Constitucional: «La planificación urbanística: clasificación del suelo, “ius variandi” y responsabilidad de la administración».

Don Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, Catedrático de Derecho Mercantil: «La sociedad de garantía recíproca».

4. JORNADAS SOBRE URBANISMO, DERECHO Y NOTARIADO

Organizadas por el Ilustre Colegio Notarial de Burgos han tenido lugar en dicha capital los días 19, 20 y 21 de abril.

Las ponencias desarrolladas han sido las siguientes:

«El presente del urbanismo», Profesor doctor don Santiago Muñoz Machado, Catedrático de Derecho Administrativo.

«Patrimonios del suelo: titularidad pública», Profesor doctor don Jesús González Salinas, Registrador de la Propiedad, Catedrático de Derecho Administrativo.

«El futuro del urbanismo», Profesor doctor don Luciano Parejo Alfonso, Catedrático de Derecho Administrativo.

Mesa Redonda: «Desregulación, competencia y Ley del suelo». Moderador: Don Jesús Martínez Vázquez, director del periódico «Expansión».

Componentes: Don Federico Trillo-Figueroa Martínez-Conde, Vicepresidente segundo del Congreso de los Diputados. Don Victoriano Roncero Rodríguez, Vicepresidente primero de la Comisión de Industria, Obras Públicas y Servicios del Congreso de los Diputados. Don Pedro de Torres Simo, Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia. Don Aurelio Alonso-Cortés Concejo, Presidente del Comité de Defensa de la Competencia de la CEOE. Don Manuel Martí Ferrer, Gerente de la ANPCE. Don Fernando Acedo-Rico Henning, Registrador de la Propiedad y Jefe Asesoría Jurídica EMV del Ayuntamiento de Madrid.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 11 de diciembre de 1992.—ARRENDAMIENTOS URBANOS.—Inconstitucionalidad del artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en relación con los artículos 14 y 39 de la Constitución.—Pleno.—Ponente: Sr. Gimeno Sendra.—Votos particulares.

Antecedentes.—Con fecha 13 de julio de 1990 tuvo entrada en este Tribunal en auto de fecha 27 de noviembre de 1989, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Fuengirola, por el que se elevó cuestión de inconstitucionalidad a fin de que se resolviera si el artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) es contrario a los artículos 14 y 39 de la Constitución. Los antecedentes de la cuestión son los siguientes:

a) Ante el citado Juzgado de Fuengirola se dedujo demanda de juicio de cognición en la que se solicitaba la resolución del contrato de arrendamiento que ligaba a doña Carolina P. M. y otros con don Feliciano C. E., por haber fallecido éste. La demanda se dirigió contra doña Dolores G. J., quien se opuso por considerarse facultada para subrogarse en el arrendamiento en virtud del artículo 58 de la LAU, pese a que no existía vínculo matrimonial entre ella y el arrendatario fallecido.

Con fecha 28 de febrero de 1988, dictó Sentencia el Juzgado de Distrito desestimando la demanda con fundamento —en síntesis— en que «las normas jurídicas han de interpretarse teniendo en cuenta los cambios sociológicos y constitucionales actuales, y para ello es necesario que no sólo se tenga en cuenta la literalidad del precepto sino la *ratio legis* y finalidad del mismo, ya que sólo así el Derecho puede cumplir el fin de servir a la justicia social. En este caso —prosiguió el juzgador— es evidente que el sustrato de la norma contenida en el artículo 58 de la LAU son las circunstancias de convivencia y situación familiar creada por vínculos de afectividad, permanencia y dependencia, sin que necesariamente tengamos que aferrarnos a la literalidad de la palabra *cónyuge* expresada en el artículo de referencia».

Apelada la anterior resolución por la parte actora, recayó Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, de 30 de mayo de 1988, en la que se declaró la nulidad de actuaciones del proceso tramitado en la instancia «a partir del momento del emplazamiento, que deberá realizarse respecto a los ignorados familiares del inquilino fallecido conforme a las reglas señaladas por la Ley procesal en su artículo 269 (. .)».

b) Practicados los emplazamientos, y declarados en rebeldía los ignorados familiares del inquilino fallecido, se celebró nueva vista del juicio ante el

Juzgado de Distrito, tras de lo cual se dictó providencia por el órgano judicial en la que, tras apreciar que «mediante la aplicación literal del artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos» pudiera producirse «una clara vulneración del principio de igualdad recogido en el artículo 14 y de los principios del artículo 39 de la Constitución», se acordó, con suspensión del plazo para dictar sentencia, oír a las partes y al Ministerio Fiscal en orden al planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad. Evacuado este trámite, el Juzgado dictó Auto de planteamiento de la cuestión.

Fallo.—Se declara que el artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es inconstitucional en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiera convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido.

Fundamentos jurídicos.—1. La Fiscalía General del Estado ha observado en sus alegaciones que toda la argumentación expuesta en el Auto por el que esta cuestión se ha planteado va encaminada a fundamentar una posible aplicación del precepto cuestionado que resultaría —en la apreciación subjetiva del juzgador— conforme a la Constitución, no obstante lo cual el órgano judicial ha optado, como es patente, por promover la cuestión de inconstitucionalidad. Aunque el Ministerio Fiscal nada dice sobre si este proceder se acomoda o no a lo dispuesto en el artículo 163 de la Constitución y en las reglas legales que lo desarrollan, y pese a que tampoco la Abogacía del Estado ha puesto óbice a la viabilidad de la cuestión, el Tribunal no puede dejar ahora de considerar este extremo. La concurrencia de los presupuestos procesales que permiten un pronunciamiento de fondo por la jurisdicción constitucional es algo que puede y debe examinarse siempre, incluso de oficio, tanto más cuando, como el caso presente, las actuaciones practicadas en el proceso *a quo* y la propia fundamentación del Auto parecen —en una primera apreciación— inconsistentes con la decisión misma de elevar la cuestión de inconstitucionalidad.

2. Como en los Antecedentes se ha expuesto, el proceso del que trae causa esta cuestión fue resuelto, en un principio, por Sentencia del mismo órgano judicial que la ha planteado, resolución entonces desestimatoria de la demanda y en la que se afirmó, por tanto, que la demandada tenía derecho a subrogarse, como arrendataria, en el contrato en su día suscrito por quien con ella habría convivido *more uxorio*, conclusión que se basó en una determinada interpretación de lo dispuesto en el artículo 58.1 de la LAU sobre cuya corrección, como es obvio, nada es preciso decir en ese examen preliminar. Apelada aquella Sentencia, la Audiencia Provincial de Málaga declaró, sin entrar en el fondo, la nulidad de lo actuado y dispuso la retroacción del procedimiento a fin de que, una vez reparados los defectos de emplazamiento apreciados, se dictara nueva resolución. Es entonces, luego del nuevo acto de vista, cuando el órgano de instancia decide oír a las partes sobre la procedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad y, cumplido tal trámite, promover ésta mediante un Auto cuya fundamentación reitera en lo sustancial la que se expuso en la inicial Sentencia desestimatoria. En el inicio de este Auto —según también hemos dicho—, el órgano judicial afirma que plantea la cuestión ante el resultado inconstitucional a que llevaría lo que llama una «aplicación literal» del artículo 58.1 de la LAU.

Lo que ahora hemos de ver es si este modo de plantear la cuestión de inconstitucionalidad ha sido respetuoso con lo que al efecto disponen el ar-

título 163 de la Constitución y las normas legales que lo desarrollan. Son precisas, a este propósito, las siguientes consideraciones.

a) La cuestión no es inviable por el mero hecho de que el propio órgano judicial que la plantea, cuyo titular no ha variado, hubiera estimado, con anterioridad, que el pleito podría ser resuelto sin acudir ante este Tribunal, supuesto éste que aquí, por las singulares circunstancias del caso, se produjo en el seno de un mismo proceso. En la medida en que ello puede resultar expresivo —y así hay que presumirlo, en principio— de un cambio de criterio del juzgador sobre la interpretación de la Constitución o de la regla legal aplicable, este Tribunal no puede, en semejante hipótesis, sino respetar la independencia de juicio del órgano *a quo*, que ampara, sin duda, tales rectificaciones, no impositivas en sí mismas, por consiguiente, de la viabilidad de la cuestión.

b) Problema más delicado es el de la admisibilidad de una cuestión promovida mediante un Auto cuya motivación se orienta sólo —en apariencia— a sostener la constitucionalidad en una de sus interpretaciones, del precepto de ley aplicable. Ante un planteamiento semejante, cabría, acaso, estimar que la cuestión de inconstitucionalidad resulta «notoriamente infundada» (art. 37 I LOTC), no, claro está, porque falte en ella toda fundamentación, o porque la expuesta sea manifiestamente inconsistente, sino, más bien, porque la motivación del Auto se presentaría como del todo incongruente con la decisión misma de promover ante este Tribunal la duda de constitucionalidad. La consecuencia obligada sería, en tal supuesto, la inadmisibilidad de la cuestión, que no puede ser instrumentada al modo de un cauce consultivo mediante el cual la jurisdicción constitucional vendría a despejar las dudas que abriga el órgano judicial no ya sobre la constitucionalidad de un precepto legal, sino sobre cuál fuera, de entre las varias posibles, su interpretación y aplicación más acomodada a la Constitución (STC 157/1990, fundamento jurídico 2.º).

Esa conclusión puede, desde luego, imponerse en algún caso, pero no en éste. La motivación del Auto mediante el que la presente cuestión se ha suscitado debe ser entendida a la luz de la decisión que incorpora —la de promover la cuestión—, lo que fuerza a entender que la interpretación *secundum constitutionem* del artículo 58.1 de la LAU que el juzgador ha expuesto aparece, en su resolución, como criterio o pauta de interpretación que se quiere sugerir a este Tribunal Constitucional, por más que fuera precisamente esa interpretación la que en su día llevara al órgano judicial —que hoy se considera sujeto, hay que entender, al tenor literal del precepto aplicable— a resolver el pleito en cuanto al fondo. Es claro que en la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad son cuando menos irrelevantes cualesquiera indicaciones o sugerencias sobre la interpretación conforme a la Constitución del precepto legal cuestionado, pero el que así se haya hecho en el presente caso, y el que con ello se haya creado este equívoco, no es razón bastante para dictar la inadmisibilidad de la promovida por el Juzgado de Primera Instancia de Fuengirola. La cuestión es viable porque el órgano judicial duda de la constitucionalidad de un precepto de ley a cuyo tenor literal estima ahora, modificando su anterior criterio, hallarse sujeto, y este Tribunal no debe rectificar el entendimiento que muestra el Juez *a quo* sobre su sujeción al enunciado legal de cuya constitucionalidad duda, pues es claro, como consideración de prin-

cipio, que la interpretación conforme a la Constitución de los preceptos legales tiene también sus límites, entre los que se cuenta el respeto al propio tenor literal de aquéllos. Cualesquiera otros reparos sobre el modo de proceder del órgano judicial (haber trasladado *in toto* al Auto la motivación de su anterior sentencia, en particular) no deben impedir nuestro examen de fondo, conclusión que viene también abonada, en definitiva, por el criterio antiformalista que, según doctrina constitucional, debe inspirar el juicio sobre la admisibilidad de las cuestiones de inconstitucionalidad (STC 155/1987, fundamento jurídico 3.º).

Lo anterior no ha de quedar contrariado, por último, en atención a lo dispuesto en el artículo 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de conformidad con el cual «procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional». Según dijimos en nuestra STC 105/1988 (fundamento jurídico 1.º), esta regla no puede entenderse como limitativa de los términos sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad contenidos en el artículo 37 de la LOTC. Un entendimiento distinto del precepto legal citado llevaría a instrumentar el trámite de admisibilidad de la cuestión, desfigurando su sentido, como ocasión para impartir criterios a los órganos *a quo* sobre la interpretación *secundum Constitutionem* de las normas de cuya constitucionalidad duden.

Es preciso, por lo expuesto, entrar en el examen de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

3 Resulta necesario, ante todo, definir con precisión el objeto de este proceso constitucional.

En los términos en que la cuestión se ha promovido, el artículo 58.1 de la LAU se estima inconstitucional en aquella parte del mismo en que se atribuye al «cónyuge» del arrendatario fallecido —no, por tanto, al miembro supérstite de una unión de hecho— la facultad de subrogarse en el contrato de arrendamiento. El precepto, pues, se reputa de contrario a la Constitución en lo que tiene de norma excluyente, de tal modo que —de ser compatible este reproche— la norma habría incurrido, en el extremo dicho, en una inconstitucionalidad sobrevenida por defecto. A los efectos del examen que aquí hemos de emprender, se ha de partir, así, de la constatación de que el enunciado legal, al referirse tan sólo al cónyuge, entraña la exclusión *a contrario* de quien haya convivido *more uxorio* con el arrendatario fallecido, que quedaría al margen, de este modo, de la previsión legal y sin posibilidad alguna de reclamar para sí, por consiguiente, el beneficio legal de la subrogación. Si la exclusión así apreciable puede o no ser reparada por los órganos jurisdiccionales es algo sobre lo que, en esta fase de nuestra Sentencia, nada procede decir, pues ello habría de depender, entre otras consideraciones, de la valoración jurídico-constitucional que merezca la regla cuestionada, que en un proceso como éste, de control de normas constituye el objeto principal de nuestro enjuiciamiento y fallo.

Siendo esto así, la hipótesis que se ha de tener en cuenta a fin de valorar si su exclusión legal resulta o no conforme a la Constitución no es otra que la de aquella persona que, habiendo convivido *more uxorio* con el titular del arrendamiento, pretenda, muerto éste, recabar para sí el derecho a subrogarse en el arrendamiento, derecho que la Ley, en lo que aquí importa, concede tan sólo al cónyuge. Tal supuesto es el que ha de ser comparado, a la luz de las normas constitucionales aquí relevantes, con el recogido en el primer inciso

del artículo 58.1 de la LAU, comparación que ha de ser hecha, pues, entre la respectiva situación de los miembros supérstites de la pareja matrimonial y la no matrimonial y con abstracción de que una u otra contara con descendencia, pues el beneficio legal de la subrogación se concede por la Ley, en primer lugar, al cónyuge del arrendatario fallecido al margen de la existencia o no de hijos comunes del matrimonio o de la convivencia con otras personas ligadas por diferente vínculo de parentesco.

Obvio es, por lo demás, que la resolución que proceda dar a esta cuestión queda circunscrita al concreto problema de constitucionalidad con ella planteado, sin que en la presente Sentencia, por tanto, pueda buscarse solución para cualesquiera otras hipotéticas comparaciones entre el régimen legal aplicable, en otros ámbitos, al matrimonio y la situación de quienes convivan de modo marital.

Es ya posible, a partir de estas consideraciones preliminares, entrar en el examen de la presente duda de constitucionalidad.

4. El artículo 58.1 de la LAU dispone que «al fallecimiento del inquilino titular del contrato de arrendamiento, su cónyuge (.) podrá(n) subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendamiento», añadiendo el precepto, *in fine*, que «respecto al cónyuge, bastará la mera convivencia, sin exigencia en el plazo de antelación» (la ley, en efecto, requiere una previa convivencia con el fallecido de, al menos, dos años para el ejercicio de este derecho por parte de todos los demás sujetos relacionados en el precepto, excepción hecha de quienes hubieran estado «sometidos a la patria potestad» de aquél) En su conjunto —y también, por tanto, en lo que se refiere al cónyuge supérstite—, esta regla preconstitucional ha de ser hoy interpretada como introductora de un beneficio legal que halla su fundamento en la norma de la Constitución según la cual «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1). Cabe entender que el legislador ha querido aquí, en efecto, permitir una continuidad en el arrendamiento por parte del miembro o miembros de la familia que convivían con el fallecido titular del contrato en atención tanto a la situación de dependencia en que se hallaban aquéllos con el arrendatario —en lo que a la ocupación de la vivienda se refiere— como por consideración a otras estimaciones, ya de carácter extraeconómico, como son las de orden afectivo que, por lo común, ligan a determinadas personas a la vivienda en la que han mantenido una comunidad de vida con el fallecido.

La conexión así apreciable entre la regla legal y la constitucional requiere, con todo, de algunas puntualizaciones:

a) Que la protección de la familia se presente hoy, según queda dicho, como el fundamento constitucional de la subrogación que aquí consideramos no significa, sin embargo, que esta última figura se erija en imperativo constitucional, pues lo que la norma fundamental dispone es sólo que «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia», y es claro que corresponde a la libertad de configuración del legislador articular los instrumentos, normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivo tal mandato constitucional, sin que ninguno de ellos resulte *a priori* constitucionalmente obligado. Tan claro como esto es, sin embargo, que, configurado por la ley un determinado mecanismo o expediente para la protección familiar, su articulación concreta deberá llevarse a cabo en el respeto a las determinaciones de la Constitución y, muy específicamente, a lo que impone el principio de igualdad (art. 14).

Por lo demás, que el fundamento sobrevenido del artículo 58.1 de la LAU deba verse en el artículo 39.1 de la Constitución es también relevante para justificar de este modo el límite evidente que aquella previsión legal supone para los derechos de propiedad del arrendador (art. 33.1 CE) a quien la Ley impone, cualquiera que fuera su voluntad, una importante limitación temporal a la finalización de la relación contractual, impidiéndole así, recuperar la plena posesión del inmueble. Se fundamenta y realiza así, en este concreto ámbito, la función social de la propiedad (art. 33.2 de la Constitución).

b) Cabría objetar, ya en otro orden de cosas, que el otorgamiento de este beneficio legal al cónyuge supérstite sin descendencia no puede ser concebido como instrumento de protección a la familia, y ello en atención a un doble orden de consideraciones: porque, en primer lugar, la pareja sin hijos no entraría en el concepto constitucional de «familia» y porque, en todo caso, el beneficio al cónyuge supérstite sin descendencia —o que no conviva con otros parientes— no podría decirse atribuido a familia alguna, extinguida, precisamente, por el fallecimiento del otro cónyuge.

Ninguna de estas consideraciones puede ser, sin embargo, compartida. La primera, porque en el concepto constitucional de «familia» entra, sin duda, el supuesto del matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a su cargo, de conformidad con el sentido de otras previsiones constitucionales (art. 18.1), con la orientación de la legislación postconstitucional, con la propia jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 45/1989, 192/1991 y 200/1991) y, en definitiva, con la acepción normalizada y arraigada en nuestra cultura, de la voz «familia», en cuyo concepto entra, por consiguiente, también la relación matrimonial del hombre y mujer sin descendencia. Y tampoco, por lo demás, resulta aceptable la segunda objeción antes apuntada, pues la protección constitucional de la familia puede dar lugar no sólo a la adopción de normas que tienen como objeto directo a la unidad familiar existente, sino al establecimiento, también, de ventajas o beneficios de varios tipos con fundamento en una previa relación familiar disuelta o extinguida *mortis causa*. Si no es discutible que la familia es siempre un marco de solidaridades y de dependencias, tampoco lo ha de ser la calificación como protección familiar de la que se preste a quien ha convivido familiarmente y ve alterada esa realidad y sus expectativas por causa del fallecimiento de la persona con la que integraba una unidad familiar. La familia no será ya entonces el objeto, pero sí, desde luego, el fundamento de la protección dispensada por el poder público.

Las consideraciones anteriores sirven, pues, para ilustrar sobre la finalidad del precepto legal cuestionado y sobre su conexión con lo dispuesto en el artículo 39.1 de la Constitución. Este último precepto, sin embargo, no proporciona, por sí mismo, respuesta a la duda de constitucionalidad aquí planteada, porque el mandato de protección a la familia no entraña, sin más, un deber para los poderes públicos de dispensar tal amparo, indiferenciadamente y sin matices, a todo género de unidades familiares, siendo evidente que puede el legislador diferenciar entre unas y otras en atención, por ejemplo, a criterios de necesidad relativa o a otros que resulten igualmente racionales. No está, por tanto, en el artículo 39.1 de la Constitución la medida para apreciar la validez o invalidez de las diferenciaciones normativas en este punto, sino en el artículo 14 de la propia Norma fundamental, con arreglo al que habrá que apreciar si las diferenciaciones establecidas por la norma resultan o no discriminatorias.

La diferenciación de la que aquí juzgamos descansa, como es notorio, en la existencia o inexistencia de un vínculo matrimonial entre el arrendatario fallecido y quien quiera subrogarse en el contrato y es este criterio, por tanto, el que se ha de considerar a fin de determinar si resulta o no conciliable con la finalidad protectora de la familia que incorpora el artículo 58.1 de la LAU.

5. Ningún problema de constitucionalidad existiría si el concepto de familia presente en el artículo 39.1 de la Constitución hubiera de entenderse referido, en términos exclusivos y excluyentes, a la familia fundada en el matrimonio. No es así, sin embargo. Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido artículo 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter «social» de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura —en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales— esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el artículo 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo artículo.

Del propio artículo 39.1 no cabe derivar, por tanto, una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales, diferenciación que tampoco fue afirmada por nuestra STC 184/1990, en la que no fue preciso pronunciarse acerca de si «la protección social, económica y jurídica de la familia» a la que aquel precepto se refiere podría alcanzar, en principio, tanto a la familia matrimonial como a la no fundada en el matrimonio (fundamento jurídico 2.º). No es, con todo, impertinente la pregunta acerca de si tal diversificación resulta posible, en algún caso, en atención a la específica consideración del matrimonio en el artículo 32 de la misma Norma fundamental.

Sin duda que la garantía constitucional del matrimonio entraña, además de su existencia necesaria en el ordenamiento, la justificación de la existencia de su específico régimen civil, esto es, del conjunto de derechos, obligaciones y expectativas jurídicas que nacen a raíz de haberse contraído un matrimonio. Cuestión ya distinta es, sin embargo, si el matrimonio, más allá de esta regulación civil que le es propia, puede constituirse en supuesto de hecho de otras normas jurídicas que, en sectores distintos del ordenamiento, atribuyan derechos o, en general, situaciones de ventaja. Planteada en tales términos, esta pregunta no admite respuestas radicales o genéricas, pues tan cierta es la relevante diferenciación de partida entre unas situaciones y otras (matrimoniales y no matrimoniales) como la imposibilidad de zanjar toda duda al respecto con el argumento de que cualquiera ha de asumir las consecuencias, favorables y desfavorables, de no haber ejercido el derecho a contraer matrimonio (art. 32.1), aunque no sea más que por la consideración obvia de que no es éste un derecho de ejercicio individual, pues no hay matrimonio sin consentimiento mutuo (art. 45 Código Civil). La Constitución, pues, no da una respuesta unívoca o general para este tipo de problemas, aunque sí impone

que las diferenciaciones normativas que tomen como criterio la existencia de una unión matrimonial se atemperen, según su diverso significado y alcance, al contenido dispositivo de la propia Norma fundamental.

Que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son a todos los efectos «realidades equivalentes» es algo, por otra parte, que ya dejó dicho este Tribunal, reiterando su anterior doctrina, de general aplicación, en la STC 184/1990 (fundamento jurídico 3.º), apreciación que ha habido ocasión de repetir con posterioridad (SSTC 29, 30, 31, 35, 38 y 77, todas de 1991, así como STC 29/1992). Aquella resolución, con todo, no dejó prejuzgada, en modo alguno, la respuesta a una cuestión que la propia STC 184/1990 calificó, en su fundamento jurídico 2.º, de «general e indeterminada» y que no es otra que la de las exigencias y límites en este punto derivados del ya examinado artículo 39.1 de la Constitución, observando entonces el Tribunal que de aquella no equivalencia entre matrimonio y convivencia de hecho no se deducía necesariamente que «toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, sea siempre y en todos los casos compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en su artículo 14».

En el presente caso es discernible un elemento objetivo, de carácter fáctico, que impone la comparación entre dos usuarios legítimos de la vivienda arrendada, el viudo del arrendatario fallecido y quien con él haya convivido *more uxorio*, pues la Ley (art. 58.1, *in fine*) condiciona la subrogación en favor del cónyuge supérstite a la convivencia con el fallecido («mera convivencia», dice el texto legal) y resulta claro que la situación así designada por la Ley —presumible en el matrimonio (arts. 69 y 102.1 del Código Civil), pero necesitado de prueba al margen de él— puede y debe ser puesta en relación con la diferenciación que la norma establece a fin de apreciar, a la luz de la igualdad, la constitucionalidad de esta última. La vida en común a la que se refiere el artículo 58.1, *in fine*, no es sólo un requisito que permite aquí, como en otras regulaciones, reconocer la existencia de vínculos de dependencia y de afectividad entre el fallecido y su cónyuge, vínculos que prestan fundamento sustantivo, en este supuesto como en otros, al ejercicio de determinada facultad legal por el supérstite. Es también, junto a ello, la designación por la Ley de una precisa situación fáctica —haber vivido en determinado espacio físico con el titular del arrendamiento— que la norma toma en consideración para hacer posible, mediante la subrogación, una continuidad en la ocupación de la vivienda arrendada, en la que se ha desarrollado, precisamente en ella, dicha convivencia. Esta, y no otra, es la situación protegida por la Ley mediante la subrogación, que aquí aparece al servicio, por tanto, de la posible permanencia en la vivienda que fue común. A esta vivienda, en la hipótesis de la Ley, está ligado el cónyuge supérstite por vínculos materiales y también de orden moral y, por ello, en la medida en que aquella permanencia en la vivienda se constituye en objeto de la protección legal es preciso determinar si la diferenciación que la propia norma establece entre convivencia matrimonial y extramatrimonial se atempera al principio constitucional de igualdad (art. 14 de la Constitución).

Es precisamente tal artículo 14 el que ha de dar respuesta a la cuestión de la constitucionalidad o inconstitucionalidad en el punto considerado del artículo 58.1 de la LAU.

6. Una doctrina constante de este Tribunal —tan reiterada que su cita es ya ociosa— viene estableciendo que los condicionamientos y límites que, en

virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas.

La norma excluyente cuya constitucionalidad está aquí en cuestión muestra —tal como ya se ha adelantado— una finalidad protectora de la familia, pero la diferenciación que introduce entre el miembro supérstite de la pareja matrimonial y el que lo sea de una unión de hecho no sólo carece de un fin aceptable desde la perspectiva jurídico-constitucional que aquí importa, sino que entra en contradicción, además, con fines o mandatos presentes en la propia Norma fundamental. Que lo primero es como queda dicho no requiere ahora de argumentación mayor, pues es patente que esa exclusión tácita no puede decirse orientada a configurar el específico régimen jurídico-matrimonial, en cuya órbita la norma no se inscribe. Tampoco se podría justificar la exclusión del (o de la) conviviente no casado por la finalidad de estimular o propiciar el matrimonio de las uniones estables, pues la radicalidad de la medida supondría coartar o dificultar irrazonablemente la autonomía de la voluntad del hombre y de la mujer que deciden convivir *more uxorio*, límite de la STC 184/1990 (fundamento jurídico 2.º) ha trazado para las medidas públicas de favorecimiento de la familia matrimonial.

Sin duda que la unión de carácter matrimonial proporciona a terceros una certeza jurídica nada irrelevante cuando del ejercicio de derechos frente a particulares se trata, como aquí es el caso, certeza mucho más débil —hasta el extremo, eventualmente, de requerir prueba— en el caso de la unión *more uxorio*, carente, por definición, de toda formalidad jurídica, pero esta consideración no da razón bastante para la diferenciación que enjuiciamos. No es sólo que el legislador pueda, en efecto, rodear de específicas garantías la concesión del derecho de subrogación arrendaticia al miembro supérstite de una unión de hecho, evitando así que tal facultad se invoque sin fundamento en una convivencia estable y protegiendo con ello, el derecho del arrendador. Es, sobre todo, de inexcusable consideración que la mera procuración de una mayor certeza jurídica no puede llevar a contrariar los imperativos de la igualdad (art. 14 CE) cuando de conseguir un objetivo constitucional se trata (art. 39 I de la propia Norma constitucional) y ya se ha dicho que la familia es, para la Constitución, objeto de protección en sí misma y que la norma que así lo quiere no puede ser, por ello, reducida a un mero expediente para la indirecta protección del matrimonio. Tampoco cabe olvidar, en fin, que la subrogación arrendaticia que consideramos es una de las posibles modalidades de realización del principio rector según el cual «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada» (art. 47 CE), principio que exige del legislador —y de este Tribunal, al controlar sus normas— una atención específica a los imperativos que sobre él proyecta el artículo 14 de la Norma fundamental. La subrogación es disponible para el legislador, pero, una vez instituida, no puede ser conferida con daño a la igualdad sin menoscabar, al propio tiempo, lo que prescribe este artículo 47.

7 Las consideraciones expuestas bastan para concluir en el carácter inconstitucional, por discriminatorio, de la diferenciación contenida en el artículo 58 I de la LAU entre el cónyuge supérstite de una unión matrimonial y

quien hubiera convivido *more uxorio* con la persona titular, hasta su fallecimiento, del arrendamiento.

No obstante, no cabe concluir esta Sentencia sin dejar sentada una puntualización sobre el alcance del fallo que se impone.

Ha de declarar este fallo, desde luego, la inconstitucionalidad sobrevenida de la exclusión enjuiciada, pero no la nulidad de la regla legal que concede hoy al «cónyuge» el beneficio de la subrogación, resultado éste que, sobre no reparar en nada la discriminación apreciada, dañaría, sin razón alguna, a quienes ostentan, en virtud del artículo 58.1 de la LAU, un derecho que no merece, claro está, tacha alguna de inconstitucionalidad.

Voto particular que formula el Magistrado don Alvaro Rodríguez Bereijo a la Sentencia dictada por el Pleno en la cuestión de inconstitucionalidad número 1.797/90.

Disiento de la Sentencia aprobada por la mayoría porque, en mi opinión, como ya sostuve en las deliberaciones del Pleno, el precepto cuestionado, artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no es contrario a la Constitución.

El voto particular descansa en un doble motivo: de una parte, en la discrepancia de la opinión mayoritaria, porque, a mi juicio, la diferenciación establecida por el legislador en el caso aquí cuestionado no puede reputarse, sin más, contraria al derecho a la igualdad del artículo 14 CE (por arbitraria o irrazonable) por el hecho de tomar en consideración la circunstancia del matrimonio.

De otra parte, es un deber de coherencia: la conformidad a una doctrina reiteradamente sentada, y en fecha muy reciente, por este Tribunal ante situaciones análogas a propósito del derecho a la pensión de viudedad. Doctrina de la que esta Sentencia se aparta por completo sin declarar expresamente las razones para tal cambio y sin explicar o modular los efectos expansivos que de ella se desprenden, como creo que corresponde hacer al Tribunal Constitucional.

1. La Constitución no ha establecido la equiparación o equivalencia a todos los efectos y en todos los órdenes entre el matrimonio (art. 32) y las uniones de hecho extramatrimoniales y cuando lo ha querido hacer —v.gr. a los efectos de la filiación o del hecho de la maternidad— lo ha dicho expresamente (art. 39.2 CE). Por tanto, del artículo 39.1 CE que garantiza «la protección social, económica y jurídica de la familia» no puede deducirse la necesidad de una paridad de trato por el legislador en todos los aspectos y en todos los órdenes entre una institución jurídica reconocida y garantizada constitucionalmente, el matrimonio y lo que no lo es.

El vínculo matrimonial genera una serie de derechos y deberes en los cónyuges, lo que no ocurre en la convivencia de hecho. Y tales diferencias pueden ser tomadas en consideración por el legislador al establecer un determinado régimen jurídico. Que el legislador civil, deduciendo razonablemente consecuencias de la diferente situación jurídica y constitucional de partida, excluya del derecho a la subrogación arrendaticia a las uniones libres basadas en la convivencia *more uxorio* dando un trato distinto y más favorable a la unión matrimonial, no es contrario a la Constitución. No lo es, desde luego, el artículo 39.1 CE por carecer de un fin aceptable desde la perspectiva jurídico-

constitucional, ni tampoco al derecho a la igualdad del artículo 14 CE, por ser irrazonable o arbitraria la diferencia de trato. Mucho menos creo que pueda sostenerse que la norma aquí cuestionada —desde luego, mucho menos si se compara con el derecho a la pensión de viudedad contemplado en las resoluciones anteriores del Tribunal Constitucional (SSTC 177/1985, 27/1986; ATC 156/1987; SSTC 184/1990, 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991, 38/1991, 77/1991 y 29/1992)— coarte o dificulte irrazonablemente la libertad del hombre o mujer que decidan convivir *more uxorio*, íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), tratando de imponer un determinado estado civil. El libre desarrollo de la personalidad podría resultar afectado si los Poderes Públicos trataran de impedir o reprimir la convivencia *more uxorio* o de imponer el establecimiento del vínculo matrimonial, de manera que aquel tipo de convivencia no formalizada se viera expuesta a una gravosa y penosa suerte o a soportar sanciones legales de cualquier índole. Pero no es aquí el caso.

Desde luego, es asimismo legítimo que el legislador civil, en su libertad de configuración, extienda los beneficios de la subrogación arrendaticia a las uniones de hecho *more uxorio*, sin incurrir por ello en discriminación constitucionalmente inaceptable (art. 14 CE en relación con el art. 39 CE e invocando, incluso, como se hace en la Sentencia, los arts. 9.2 y 47 CE). El legislador dispone de un amplio margen de libertad de configuración del régimen jurídico de los arrendamientos urbanos y en la apreciación de las cambiantes circunstancias sociales y económicas de la vida de cada momento. Y en este sentido, la opción del vigente artículo 58.1 de la LAU de requerir para el derecho a la subrogación arrendaticia la existencia de previo vínculo matrimonial, no es la única constitucionalmente posible, pudiendo extenderla también, legítimamente, al miembro superviviente de la convivencia *more uxorio*, como así hace, bajo determinadas condiciones, el Anteproyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos (texto definitivo de 22 de julio de 1992), en el artículo 12.1. Pero que dicha extensión sea constitucionalmente admisible —e incluso deseable— no implica que la opción contraria, en la actualidad vigente y que aquí se cuestiona, no lo sea.

Pero, en todo caso, no corresponde al Tribunal Constitucional, en su función exclusiva de *legislador negativo*, llevar a cabo esa extensión, *ex Constitutione* (con invocación incluso del derecho al disfrute de una vivienda del art. 47 CE) en lo referente a un particular contenido del régimen arrendaticio (el derecho a la subrogación) limitativo del derecho de propiedad del arrendador. Limitación en cuanto le impone la obligación de continuar la relación arrendaticia, pese al fallecimiento del contratante inicial, con la persona superviviente que había convivido *more uxorio*, en una situación o modo de vivir —es preciso subrayarlo— *libremente elegida y querida por ellos* (art. 10.1 CE) y sin que nada les hubiera impedido, en su día, contraer matrimonio. El hecho de que al conviviente superviviente no se le reconozca el derecho a la subrogación arrendaticia no significa que el libre desarrollo de la personalidad resulte impedido o coartado, como antes se ha dicho.

2. A mi parecer, es difícilmente discernible que en un corto espacio de tiempo de la evolución de nuestra jurisprudencia resulte constitucionalmente admisible (por no ser discriminatorio) que el legislador (art. 160 de la LGSS) no extienda el derecho a la pensión de viudedad a las uniones de hecho *more uxorio* (como así se declaró en la STC 184/1990) y en cambio no lo sea cuando se trata del derecho de subrogación en el contrato de arrendamiento que prevé

el artículo 58.1 de la LAU aquí cuestionado. Y sin que ello merezca explicación por parte del Tribunal Constitucional. Tratándose, como es el caso, de derechos análogos desde la perspectiva constitucional de su fundamento y finalidad.

No será fácil entender —para mí, desde luego, no lo es— por qué el Tribunal Constitucional reconoce ahora (cuando lo que está en juego es una concreta limitación del derecho de propiedad y de la autonomía privada de la voluntad) lo que negó entonces (cuando se trataba de un derecho de prestación a cargo de la Seguridad Social).

No se trata, claro está, de «sacralizar» el respeto a la jurisprudencia constitucional de modo que resulte imposible su cambio o modificación. Ello conduciría a una petrificación, a todas luces indeseable, de nuestra interpretación constitucional. Es, pues, no sólo legítima sino también saludable, una evolución progresiva en la interpretación constitucional. Pero ello debe hacerse, además de con la necesaria prudencia y equilibrio, siempre de manera explícita y razonada (como en el caso de la STC 160/1991) para no generar incertidumbre e inseguridad jurídica respecto del sentido y alcance de la interpretación constitucional que a este Tribunal compete. Si los cambios u oscilaciones bruscos en toda jurisprudencia son siempre peligrosos, lo son mucho más cuando de la jurisprudencia constitucional se trata.

Y ciñéndonos a la Sentencia de que discrepamos, no puede decirse que no existe en ella apartamiento y contradicción con la doctrina anterior del Tribunal, y señaladamente con la que puede considerarse como el *leading case*, la STC 184/1990, sólo porque en la presente Sentencia se afirma —como ya entonces se hizo— que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son a todos los efectos situaciones equivalentes, pero que de aquella no equivalencia no se deduce necesariamente que toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, sea *siempre y en todos los casos* compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en su artículo 14.

Porque tal afirmación —que suscribo plenamente— contenida en el fundamento jurídico 2.º de la STC 184/1990, no constituía en modo alguno la *ratio deducendi* de aquella Sentencia, que era otra bien distinta, desarrollada en el fundamento jurídico 3.º, a saber:

— «Que en la Constitución española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución y el derecho a contraer matrimonio es un derecho constitucional (art. 32.1) cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de eso ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que *ni es una institución jurídicamente garantizada* ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento».

— «Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho *pueden ser legítimamente* tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia».

— «Pero lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del artículo 14, sea acreedora al mismo tratamiento —singularmente, por lo que ahora importa, en materia de pensiones de la Seguridad Social— que el dispensado por el legislador a

quienes ejercitando el derecho constitucional del artículo 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza»

— «En consecuencia, siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho *sin que nada les impida contraer matrimonio*, no es arbitraria o carente de fundamento».

— Además, «razones de certidumbre y seguridad jurídica y la propia coherencia con la decisión libremente adoptada en la unión de hecho de excluir la relación matrimonial y los deberes y derechos que de la misma dimanar, abundan en la consideración de que no pueda entenderse caprichoso o irrazonable que el legislador no incluya a los unidos por vía de hecho de una pensión como la de viudedad que *ha sido prevista en función de la existencia de un vínculo matrimonial y beneficiario*».

— «Y por lo mismo *no cabe reprochar como arbitraria y discriminatoria* la exigencia de que el núcleo de convivencia institucionalizada entre hombre y mujer como casados *le conste formalmente al Estado* para que éste conceda la pensión de viudedad»

Basta, pues, una lectura contrastada para comprobar que la presente Sentencia choca frontalmente, en sus fundamentos jurídicos y en su fallo, con la doctrina que hasta hoy ha venido manteniendo el Tribunal Constitucional en reiteradas resoluciones y de fecha muy reciente.

No será necesario insistir en los graves riesgos que para la seguridad jurídica entraña un *overruling* cuando la propia Sentencia que lo lleva a cabo pretende desconocerlo y, en consecuencia, omite toda explicitación razonada no sólo del cambio de interpretación constitucional, sino también, y lo que es más importante, del criterio preciso en que se fundamenta —el alcance del concepto constitucional *tiene que ser* recibida por el legislador ordinario en los distintos sectores del ordenamiento jurídico (civil, laboral, administrativo, tributario .) en que el hecho familiar es tenido en cuenta para una determinada regulación— así como de las oportunas modulaciones que delimiten, en la medida de lo posible, los efectos y alcance de la nueva doctrina constitucional para evitar que, expansivamente, se desborde más allá de lo previsto y querido por esta interpretación constitucional.

De otro modo, se corre el riesgo de caer en el puro decisionismo o en la «justicia del Cadí» haciendo justicia material del caso a través de la «optimización», a golpe de Sentencia, del principio de igualdad del artículo 14 CE en relación con el principio rector del artículo 39.1 CE, de la protección social, económica y jurídica de la familia.

Desde esta perspectiva, sobre todo, la Sentencia resulta, en mi opinión, difícil de suscribir, al abrir *ope Sententia*, sin modulación alguna, una vía de proporciones imprevisibles a la revisión de innumerables supuestos de nuestro ordenamiento positivo (algunos ya objeto de examen por este Tribunal Constitucional: cfr. SSTC 45/1989, 184/1990, 192/1991 y 200/1991) e incluso de lo ya decidido por nuestra propia jurisprudencia constitucional (STC 184/1990 y otras posteriores en idéntico sentido).

Madrid, a 12 de diciembre de 1992.—Firmado: *Alvaro Rodríguez Bereijo*.—Rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don José Gabaldón López a la Sentencia dictada por el Pleno en la cuestión de inconstitucionalidad número 1.797/90.

Lamento disenter el criterio de mis colegas formulado en la Sentencia y del fallo que la misma pronuncia.

Las razones que me llevan a ello son las siguientes.

Esta cuestión de inconstitucionalidad ha sido planteada por el Juez en un juicio de desahucio, sometiendo a este Tribunal la duda de que el artículo 58 1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, Texto refundido de 24 de diciembre de 1964, resulte contrario a la Constitución, porque entre las personas a quienes atribuye el beneficio de subrogarse en el contrato de arrendamiento de vivienda a la muerte del arrendatario se mencione al cónyuge pero no a quien hubiese convivido *more uxorio* con él.

Trataríase de una inconstitucionalidad sobrevenida y consistente en la omisión de quien convive extramatrimonialmente, cuya consecuencia no llevaría a la anulación del precepto sino a su extensión a un supuesto no mencionado. Comoquiera que en el caso litigioso la parte demandada es quien resultaría amparada por esta interpretación, el Juez considera que de la validez de la referida omisión (que reputa contraria al art. 14 de la Constitución) depende el fallo, sin duda, ante la improcedencia de extender la aplicación de un precepto donde se establece un beneficio a un supuesto no previsto.

Para el que suscribe, la respuesta debió ser negativa. El precepto, en su formulación vigente no es contrario a la Constitución.

En primer término porque para llegar a una conclusión de tal importancia (y con tal efecto expansivo) como la que implicaría la conclusión de que el precepto cuestionado es contrario al artículo 14 de la Constitución como consecuencia de haber limitado la subrogación en el contrato arrendaticio a la existencia de vínculo conyugal, habría de darse una perfecta identidad entre éste y la convivencia extramatrimonial *more uxorio*, de tal modo que el otorgamiento de aquella consecuencia al primero y no a la segunda significasen una situación de discriminación para ésta, de suerte que el tratamiento diferencial no pudiera ser calificado de objetivo y razonable, según la reiterada expresión de este Tribunal.

No es así, sin embargo; cualesquiera que sean las analogías posibles entre aquellas situaciones e incluso las consideraciones que puedan derivarse (en lo sociológico o en lo histórico) acerca del origen y el carácter eminentemente consensual del matrimonio, lo cierto es que éste y la relación extramatrimonial no son situaciones jurídicamente iguales; no son siquiera situaciones equivalentes, como señaló de modo terminante la STC 184/1990, en consonancia con anteriores declaraciones y con un planteamiento doctrinal seguido con posterioridad por otras varias Sentencias y Autos. Como aquella Sentencia desarrolló, «el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1 CE) cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio.

Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en cuenta por el legislador...» «Es cierto que la posibilidad de optar entre el estado civil de casado y el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución) de modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil. Pero lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del artículo 14, sea acreedora al mismo tratamiento... que el dispensado por el legislador a quienes ejercitando el derecho constitucional del artículo 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza».

Evidentemente, la Constitución, al garantizar el matrimonio, opta por una solución formal que, por ello mismo, está dotada de mayor seguridad jurídica en cuanto a las consecuencias derivadas de tan importante institución, y que es utilizada con la misma intención por el legislador en las más variadas situaciones del ordenamiento jurídico, de las cuales la que aquí es cuestión constituye sólo una muestra.

Cierto, como dice también aquella Sentencia, que «siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, el legislador puede en principio establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica», y hace incluso referencia a «razones de certidumbre y seguridad jurídica y la propia coherencia con la decisión libremente adoptada en la unión de hecho de excluir la relación matrimonial y los deberes y derechos que de la misma dimanar, que abundan en la consideración de que no pueda entenderse caprichoso e irrazonable que el legislador no incluya a los unidos por vía de hecho en una pensión como la de viudedad que ha sido prevista en función de la existencia de un vínculo matrimonial entre causante y beneficiario». Y también lo es, en consecuencia, que «el legislador podría extender a las uniones estables de hecho, al menos en determinadas condiciones, los beneficios de la pensión de viudedad». Pero, como en la misma argumentación se indica, «que dicha extensión sea constitucionalmente admisible no implica que la opción contraria y en la actualidad vigente no lo sean». Lo cual es también el caso del artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos ahora cuestionado.

En tales resoluciones precedentes, el Tribunal ha sentado pues, con claridad, la doctrina de que el matrimonio y la unión matrimonial de hecho, por no ser situaciones equivalentes, no permiten calificar como arbitraria ni discriminatoria la exigencia de la constancia formal del matrimonio para conceder la pensión de viudedad de la Seguridad Social. Y aunque es cierto que también afirmó allí como acabamos de indicar que «el legislador podría extender a las uniones estables de hecho, al menos en determinadas condiciones, los beneficios de la pensión de viudedad», lo cual no consideró vedado por el artículo 14 ni hallaría obstáculos en los artículos 32 y 39 de la Constitución, afirmó también que aun siendo dicha extensión constitucionalmente admisible, «ello no implica que la opción contraria y en la actualidad vigente no lo sea».

No hay ahora, ni suministra el caso, razones para modificar esa doctrina porque se trató, no del derecho a una pensión de viudedad, sino del de subrogación en el contrato de arrendamiento al fallecimiento del inquilino. Las situaciones de partida (matrimonio y unión extramatrimonial) siguen sin ser equivalentes como allí se dijo y por tanto no contrario al artículo 14 del requisito exigido por el artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Pero en

cuanto a la concreta situación, el carácter diferencial se acentúa desde el punto de vista de sus consecuencias, porque la extensión del beneficio a las uniones de hecho no determinaría, como allí, simplemente la atribución de un derecho a la pensión en condiciones de igualdad, sino algo bien distinto, o sea, la titularidad de un contrato en situación de prórroga legal, frente a derechos de terceros y con evidente extensión de unos beneficios que, por su carácter excepcional, son de interpretación estricta.

No cabe, por otra parte, fundar la equivalencia de ambas situaciones ni en la protección a la familia (art. 39 de la CE) ni en la aplicación a sus modalidades del derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE). Este, porque no se formula en él un derecho subjetivo ejercitable directamente frente a un obligado ni sirve como fundamento para determinar la preferencia de ciertos sujetos frente a otros en la posesión de la vivienda como sería el caso, sin que el legislador hubiera establecido el régimen adecuado al efecto, regulando las condiciones necesarias y las normas para la efectividad de aquel derecho general, mediante la aplicación del principio formulado en el citado precepto constitucional.

Y en cuanto a la protección de la familia, porque, sin perjuicio de otras posibles formas, la Constitución considera el matrimonio, institución regulada en sus diversas formas y consecuencias jurídicas por la Ley, tal como resulta del artículo 32 de la Constitución, como procedimiento de formación de la familia, digna ésta de protección en general y sin que quepa otorgar al artículo 39 consecuencias que no se desprendan de su propia formulación, según la cual se articula un elenco de medidas de protección a la familia, unas, configuradas como obligaciones de los poderes públicos y otras, como deberes y obligaciones exigibles a los padres. Prescripciones que no cabe entender con independencia de las consecuencias que para la institución de la familia comporta el artículo 32, puesto que, cuando se han querido prever situaciones familiares dignas de protección fuera de la familia matrimonial se han formulado expresamente: así, igualdad de los hijos y de las madres ante la Ley, investigación de la paternidad, deber de asistencia a los hijos matrimoniales o no... Lo cual se hace asimismo en el precepto cuestionado, que entre los beneficiarios del derecho a la subrogación en los derechos y obligaciones del arrendamiento cita a los adoptivos, a los descendientes sin distinción y menciona expresamente: tanto «en el parentesco legítimo como en el natural».

Aquella consecuencia, es decir, la de la formulación del matrimonio como institución constitutiva de la familia (sin perjuicio de la protección de otras situaciones), resulta igualmente de la formulación literal contenida en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948), donde se enuncia conjunta y correlativamente el derecho de los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil «a casarse y fundar una familia»; prescripción repetida casi literalmente por el artículo 12 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950). Mencionado a su vez aquél en su preámbulo por la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraerlo y sus requisitos (Resolución NNUU Asamblea General, de 7 de noviembre de 1962); y que resulta también del mismo modo del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966).

Por otra parte, como ya señaló la citada STC 184/1990, «es cierto que el

legislador podría extender a las uniones estables de hecho, al menos en determinadas condiciones, los beneficios de la pensión de viudedad» y acaso en el supuesto aquí contemplado, el de subrogación en el contrato de inquilinato. Pero la constitucionalidad de tal determinación no significaría que la opción legal vigente no lo sea. Y en el presente caso hay que agregar a ello una reflexión acerca de las consecuencias, distintas en uno y otro supuesto porque la extensión del beneficio de la continuidad en el contrato de arrendamiento exigiría para poder ser aplicada, una determinación expresa de sus requisitos, sin lo cual se originaría una clara situación de inseguridad. Y esta observación pone de manifiesto, una vez más, los límites de la función de este Tribunal, cuyo carácter de legislador negativo, autorizado inequívocamente para erradicar del ordenamiento los preceptos de Ley contrarios a la Constitución, presenta en cambio serias dificultades cuando se trata de llevar a cabo el efecto contrario, o sea, el de extender una norma legal a casos no previstos en la misma y que exigiría, por su propia naturaleza, de una regulación que sólo al legislador corresponde.

Por los expresados motivos considero que el fallo de esta Sentencia debió desestimar la cuestión planteada, dejando inequívocamente sentado que el precepto cuestionado no es contrario a la Constitución, ni ésta permite la extensión a las uniones de hecho del beneficio que establece para el cónyuge.

Madrid, a 14 de diciembre de 1992.—Firmado: *José Gabaldón López*.—Rubricado

II. Resoluciones de la Dirección General

Por JOSÉ M^a CHICO Y ORTIZ

EL ACUERDO DE LOS CONYUGES PARA TRASLADAR O TRANSMITIR BIENES DE SU PATRIMONIO A LA SOCIEDAD CONYUGAL, SOLO SERA TRASLATIVO SI EN EL HAY DONACION, O BIEN, UNO DE LOS «CIERTOS CONTRATOS» QUE SEGUIDOS DE LA TRADICION, CONSTITUYEN EL TITULO Y MODO DE TRANSMITIR EL DOMINIO CONFORME AL ARTICULO 609 DEL CODIGO CIVIL. ES OBLIGADA LA EXPRESION DE LA NATURALEZA DEL TITULO EN BASE DEL PRINCIPIO DE DETERMINACION Y CALIFICACION REGISTRAL (Resolución de 26 de octubre de 1992, B.O. 1 de diciembre de 1992).

Hechos.—I.—El día 29 de agosto de 1985, don Federico Ortells Pérez, Notario de La Font d'en Carros, como sustituto y para su protocolo, autorizó en Xeraco una escritura pública por la que los cónyuges don A. F. F. y doña A. B. M. agrupan dos solares de los que uno de ellos les pertenece con carácter ganancial y el otro colindante con el anterior, le pertenece a don A. F. por herencia, y describen el solar resultante y declaran su valor en 200.000 pesetas, y que con inversión de fondos gananciales, previas las oportunas licencias y bajo dirección técnica adecuada, declaran haber construido sobre el solar agrupado la obra nueva que describen y que se valora en 2.600.000 pesetas. En la cláusula V de la escritura se expresa: «los cónyuges comparecientes, acogiendo a lo dispuesto en los artículos 1.255, 1.323, 1.355 y otros del Código Civil, acuerdan dar carácter ganancial a la total finca agrupada y a la construcción verificada sobre la misma».

II.—Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 3 de los de Gandía, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción de agrupación de fincas, a que en primer lugar se refiere el precedente documento, por el defecto considerado subsanable de no especificarse el negocio jurídico, en cuya virtud, un bien que hasta la fecha tenía naturaleza privativa, finca descrita en el apartado II, pasa a ser por agrupación, con carácter ganancial, artículo 609 del Código Civil y 51 del Reglamento Hipotecario; y, en su consecuencia, la obra nueva que se declara sobre la finca agrupada. No se ha tomado anotación preventiva de suspensión, por no haberse solicitado. Gandía, 8 de junio de 1991.—El Registrador.—Firma ilegible».

III.—El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó. Que antes de la reforma operada en el Código Civil, por Ley de 13 de mayo de 1981, párrafo 2.º del artículo 1.404

atribuía carácter ganancial a los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, que constituía, según la doctrina un caso de accesión invertida, una excepción al principio consagrado en el artículo 358 del citado Código. Que la reforma citada elimina tal excepción conforme a lo dispuesto en el artículo 1.359, pero tanto este precepto como el antiguo dejan a salvo los respectivos derechos de crédito por el valor del suelo o de la edificación. Que parece ser cierto que el primitivo precepto había calado hondo en la sociedad y de aquí procede que se haya preguntado si para llegar a un idéntico resultado cabe interpretar ampliamente el artículo 1.355 del Código Civil, y dicha cuestión ha sido respondida afirmativamente por las Resoluciones de 10 de marzo y 14 de abril de 1989 a cuyo argumento hay que remitirse. Que en la nota de calificación parece que hay un malentendido del Registrador, pues es obvia que ese pasar a ser ganancial no se produce por razón de ni en el momento de la agrupación, sino por razón de la obra nueva con fondos gananciales y la simultánea declaración de voluntad de los cónyuges, quienes hacen uso de la facultad que la Ley les concede (artículo 1.355) de modificar una cierta situación jurídica, y no parece preciso exponer ante el Registrador cuál sea la naturaleza o el «nomen» de tal negocio o ejercicio de tal facultad. Que, ciertamente, hay que reconocer que el texto de la escritura omite, a la hora de la agrupación, señalar las cuotas indivisas, ganancial y privativa, correspondientes a la finca agrupada (artículo 45 in fine del Reglamento Hipotecario), pero tal indeterminación dura unas pocas líneas, pues al final de la escritura queda claro que toda la finca agrupada va a ser ganancial, suelo y vuelo; y según se deduce del artículo 49 del Reglamento Hipotecario, procede la práctica en una sola inscripción de total contenido de la escritura objeto de este recurso.

IV.—El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: I Que el despacho de la escritura calificada exigiría como operaciones previas a la inscripción de declaración de obra nueva sobre el solar resultante de la agrupación, las siguientes: *a)* El cambio de titularidad de la finca privativa del marido, que pasaría a tener naturaleza ganancial; *b)* La agrupación de las dos fincas dando lugar a una nueva finca registral; *c)* Y en el folio de esta nueva registral la inscripción de la obra nueva declarada. No es óbice el hecho que por economía, tracto abreviado de asiento, se practique la constancia registral de todas las operaciones en un solo asiento (artículo 49 del Reglamento Hipotecario). Que previa a inscripción de la obra nueva declarada hay que calificar la agrupación realizada. Lo pretendido por los cónyuges es que la finca resultante de la agrupación y la obra nueva declarada tenga naturaleza ganancial, como lo manifiestan en el apartado V de la escritura, y en el mismo sentido, el Notario recurrente manifiesta que la finca agrupada va a ser ganancial. Así en el presente recurso se plantea la cuestión *a)* si por la mera alegación del artículo 1.355 del CC una finca privativa del marido puede al agruparse con otra ganancial de ambos cónyuges pasar a ser la finca resultante de naturaleza ganancial, o en su contexto más amplio, si como consecuencia de la declaración de obra nueva realizada con fondos gananciales sobre finca privativa en todo o en parte de uno de los cónyuges, puede por aplicación del citado artículo 1.355 inscribirse el todo con carácter ganancial (tesis del recurrente) o *b)* si, por el contrario, para que ello se produzca, será necesaria como requisito previo, la celebración entre los cónyuges de un negocio jurídico por cuya virtud la finca privativa en todo o en parte de uno de ellos, pasará a pertenecer al patrimonio ganancial y, en consecuencia, por accesión, tendrá

naturaleza ganancial la obra sobre ella edificada (tesis mantenida por el Registrador que se recoge en la nota de calificación). II. Que no puede admitirse el punto de vista del recurrente, cuando afirma que la finca privativa pasa a tener naturaleza ganancial no por razón de *ni* en el momento de confundirse con la agrupada, sino porque sobre la finca agrupada se ha construido un edificio con fondos gananciales alegando la aplicación del artículo 1.355 del CC, por los siguientes motivos, además de los que se expondrán en el apartado siguiente: *a)* El supuesto quedaría totalmente fuera del ámbito de aplicación del citado artículo, puesto que la finca se adquirió a título gratuito, y *b)* El precepto aludido se refiere a la adquisición «ex novo» de bienes y no a su cambio de naturaleza con posterioridad a la adquisición. III. Que tampoco es admisible la tesis del recurrente de que el actual artículo 1.355 CC consagra un supuesto de accesión invertida y ello en base a los siguientes argumentos: *a)* El principio general de accesión que rige en nuestro derecho está recogido en los artículos 350 a 359 del Código Civil, *b)* En el ámbito de la sociedad de gananciales, el principio de accesión viene recogido en el actual artículo 1.359-1.º del Código, que en su párrafo segundo recoge el mecanismo de compensación para el caso de que la inversión se haya realizado con fondos pertenecientes a patrimonios distintos al que pertenece el suelo, teniendo efectividad tal mecanismo a la disolución de la sociedad conyugal o a la enajenación del bien mejorado; *c)* El artículo 1.359 del Código Civil tiene carácter imperativo; *d)* Toda excepción a un principio general del derecho y a una disposición de carácter imperativo tiene que venir establecida expresamente, cosa que no ocurre con el artículo 1.355, una de las finalidades de la reforma de 13 de mayo de 1981, en opinión de la doctrina, es precisamente derogar la accesión invertida, recogida en el antiguo artículo 1.404 del Código Civil; *e)* Porque ello significaría burlar el artículo 1.359, incurriendo en fraude de ley, artículo 6-4.º del Código Civil; *f)* De admitirse la interpretación del recurrente, significaría que en el artículo 1.355 del Código Civil se establece un modo de adquirir el dominio que no viene establecido en el artículo 609 de dicho texto legal. IV. Que las resoluciones mencionadas por el recurrente en apoyo de su tesis, se refieren a notas de calificación diferentes a la ahora recurrida. V. Que la finca resultante sólo podrá tener naturaleza ganancial si previamente se ha realizado entre los cónyuges un negocio jurídico por cuya virtud la finca registral privativa del marido sale del patrimonio privativo de éste e ingresa en el patrimonio ganancial, y esta adquisición del dominio de una finca por la sociedad de gananciales tiene que verificarse por uno de los medios admitidos en nuestro derecho (artículo 609 del Código Civil), así la agrupada tendrá naturaleza ganancial y por accesión la obra nueva sobre ella construida. Negocio jurídico que desde la reforma de 13 de mayo de 1981 pueden celebrar entre sí los cónyuges, pero que deberá contener como mínimo los requisitos esenciales para su validez (artículo 1.261 del Código Civil), requisitos que son objeto de calificación por parte del Registrador (artículo 18 de la Ley Hipotecaria), destacando entre ellos, la causa del negocio jurídico, conforme la Resolución de 25 de septiembre de 1990.

V.—El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana revocó la nota del Registrador fundándose en que la posibilidad del pacto de ganancialidad es una consecuencia del régimen de contratación entre cónyuges introducido por la Ley de 13 de mayo de 1981, en el artículo 1.323 y de aquí que no sólo quepa admitir el pacto que excepcione el mecanismo de la subrogación real (artículo 1.355), sino que también sea admisible aquel

pacto que excepcione las demás reglas por las que el bien sería privativo aun pagado con bienes gananciales, cual es el establecido en el artículo 1 359, cuya admisibilidad ha sido reconocida en la Resolución de 14 de abril de 1989.

VI.—El Registrador apeló el auto presidencial manteniéndose en las alegaciones que figuran en el informe.

Fundamentos de Derecho —Vistos los artículos 609, 1 095, 1.323, 1.462 del Código Civil; 2.º, 9.º, 10, 245 de la Ley Hipotecaria, 51, 58 y 245 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 10 de marzo de 1989, 14 de abril de 1989, 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991 y 7 de octubre de 1992

1. Están conformes el Notario y el Registrador en que es posible la transferencia de un bien desde el patrimonio privativo de uno de los cónyuges al patrimonio ganancial, y únicamente disienten en si basta, para que se produzca la inscripción del acto por el que un bien privativo (un solar) pasa a ser bien ganancial, con que conste que hay acuerdo de los cónyuges para la agrupación del solar privativo con otro solar ganancial y por el que, a la vez, dan «carácter ganancial a la total finca agrupada y a la construcción verificada sobre la misma».

2. Como con ese acuerdo un bien (el solar privativo) es transferido desde un patrimonio privativo a otra masa patrimonial —la de gananciales—, que es distinta tanto por la titularidad como por las cargas y obligaciones a que está afecta, el acuerdo de los cónyuges sólo será traslativo si en él hay donación o bien uno de los «ciertos contratos» que, seguidos de tradición, constituyen el título y modo de transmitir el dominio conforme a lo dispuesto en el artículo 609 del Código Civil. A efectos registrales, la expresión de la naturaleza del título es obligada tanto por exigirlo el principio de determinación registral como por ser presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda cumplir con la función calificadora en su natural extensión, pues obviamente no son los mismos requisitos los que se exigen para la transmisión por donación, por venta, por negocio de comunicación contra el derecho de reembolso, etc.

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y confirmar la Nota del Registrador.

COMENTARIOS CRITICOS

Entiendo que esta Resolución tiene una gran trascendencia por dos motivos fundamentales: el primero es el de romper esa indecisión frente al negocio de «aportación» que la práctica articula con cierta malicia y de espaldas a una legalidad. El segundo es el de poner «coto» a esa obsesión conyugal de convertir en gananciales los bienes que originariamente son privativos por un mecanismo que sólo aparentemente tiene un apoyo en un negocio llamado de «aportación» a la sociedad de gananciales. La libertad contractual nadie la niega —después de la reforma—, pero lo que sí niegan los juristas es que esa libertad no se encauce a través de los negocios que en manos de los cónyuges pone la normativa.

Por ello, sí creo que es preciso ver la evolución de las Resoluciones de la Dirección General desde el momento que se enfrenta con el negocio de «aportación», el tránsito que hace a la necesidad de la expresión de la causa y la exigencia de que en vez de «tomar atajos» sigamos el camino real que nos marca la ley. Ha sido un camino de indecisiones que ha provocado valentías,

pero que ahora habrá de celebrar arriando la bandera de la «aportación» y regresando —como hicieron los romanos— a la casa con la idea del Derecho.

Como espero que este comentario se publique simultáneamente al que hago de la Resolución de 7 de octubre de 1992, remito al lector al mismo en lo referente a la trayectoria seguida por la Dirección General que, indecisa en un principio favoreció la práctica de unas híbridas «aportaciones a la sociedad conyugal», pero que luego fue reaccionando hasta llegar a la presente en la que se separa perfectamente el amplio principio de libertad de pacto de la necesidad que el mismo exige estar envasado en alguno de los contratos que la legislación arbitra para esos casos, siempre, por supuesto, acompañados de la causa que les da validez y eficacia (1).

También margino las opiniones doctrinales que sobre este punto han recaído —entre ellas las mías— pues al igual que con las Resoluciones me remito al anterior comentario. No obstante, sí quiero destacar que en dos o tres de los trabajos que cito, los Notarios que defendieron la eficacia de la «aportación de bienes» pusieron en su defensa muchos y variados argumentos que evidenciaban la gran preparación y el estudio profundo que habían hecho de la materia. Cito el de IGNACIO CARPIO GONZÁLEZ y el de CÉSAR PASCUAL DE LA PARTE. Lo que pasa es que cuando se trata de defender una figura «extraña», los argumentos están apoyados en arenas movedizas y a poco que se profundice se derrumba todo el argumento.

Al producirse la invasión de este deseo de cambio de naturaleza de los bienes con fines más o menos confesables, los que hemos estado en la trincheira de la calificación hemos ido procurando dar unas soluciones a través de la necesidad de la causa, de la contraprestación o de la calificación como contrato sinalagmático a la enigmática figura. Pero había casos en los que ya era imposible la solución legal y había que ofrecer el recurso: el del soltero que compra un piso, lo hipoteca y al cabo de cierto tiempo se casa y la deuda hipotecaria la va pagando la sociedad de gananciales, pretendiéndose que ese hecho produjese el cambio de naturaleza de los bienes de privativos en gananciales.

La gran habilidad del Registrador de la Propiedad al redactar la nota calificadora abre el cauce lógico y jurídico a la solución que la Dirección confirma: ¿Cuál es el contrato que permite hacer tránsito a un bien privativo en otro ganancial? ¿Se han utilizado alguno de los que señala el artículo 609 del CC? El caso, como se sabe, era la agrupación de un bien privativo con otro ganancial y construcción de obra nueva, considerando al conjunto como ganancial.

La Dirección General, siguiendo en este punto las claras razones que da el Registrador, mantiene su nota, aunque el Auto Presidencial, basado en criterios anteriores de la misma, revoca la nota registral. Es importante destacar estos puntos:

1. Queda claro que ni Notario ni Registrador niegan el principio de libertad de contratación del artículo 1.323 del CC. Creo que en ninguna de las Resoluciones anteriores se cuestionó ese tema que era una de las bases de modificación legislativa del régimen matrimonial.

2. Aunque la Dirección General no llega a decirlo, sí se deduce que acepta la argumentación del Registrador que califica al artículo 1.359 CC como

(1) Ver también pág. 219 del núm. 614, enero-febrero de 1993, de esta Revista

de carácter preceptivo. Yo creo que lo apunté en un comentario a la primera de las resoluciones sobre el tema: ¿Cabe que en capitulaciones matrimoniales se estipule que no se aplicará la doctrina del artículo 1.359 y sí la del antiguo 1.404 CC? El Registrador habla de fraude de ley y yo también lo apuntaba.

3. No puede haber acuerdo traslativo o negocio de atribución patrimonial con cambio de titularidades si para el mismo no se utiliza el mecanismo de la donación o esos «otros contratos» de que habla el CC en el artículo 609.

Conviene destacar, por último, cómo la Dirección precisa que al haber un tránsito de un patrimonio privativo a una masa patrimonial distinta, tanto en titularidad como en cargas, es preciso un contrato traslativo y causal. Estas afirmaciones refuerzan uno de mis primeros argumentos, ya que no es lo mismo el carácter de un bien privativo sujeto en el patrimonio a una posible vicisitud de exigencias legales de herencia, legados, reservas, gravámenes, etc., que su conversión en ganancial y diluido en esa masa, que en el momento de la liquidación pudiera solamente encontrarse el heredero con unas monedas en vez de con la finca heredada de ascendientes familiares y sujeta a una trayectoria institucional. A mi parecer la materia de sucesiones tiene algún argumento que podría reforzar la solución dada por la Dirección General. De cualquier forma se ha terminado, en el campo de la calificación, que una vez más remodela las construcciones notariales con la gran pesadilla de las «aportaciones»

AL NO ABORDARSE EN LA NOTA DE CALIFICACION LA VALIDEZ O NULIDAD DEL NEGOCIO DE APORTACION REALIZADO POR LOS CONYUGES, SIN EXPRESION DE LA CAUSA QUE LO MOTIVA, SE ELUDE LA CUESTION Y SE AFIRMA LA LIBERTAD DE CONTRATACION ENTRE CONYUGES, SIN QUE ELLO SUPONGA ALTERACION DEL REGIMEN CONYUGAL, CONSIDERANDO QUE EL ARTICULO 1.355 DEL CC NO PASA DE SER UNA MANIFESTACION DE DICHO PRINCIPIO (Resolución de 7 de octubre de 1992, B.O. de 18 de noviembre de 1992)

Hechos.—I.—El día 25 de abril de 1991, ante el Notario de Madrid don Ramón Corral Beneyto, los cónyuges don T. C. P. y doña L. P. de F. otorgaron escritura pública de compraventa y aportación de bienes a la sociedad de gananciales, por la que en primer lugar compran a doña M. de las N. G. C. el 12,346 por 100 que le pertenece en dos departamentos estudios, situados en la calle Alfaro, número 22, de Madrid, de los que el 54,728 por 100 pertenece a don T. C. en carácter privativo (expositivo I) En la misma escritura se expone que el señor C es dueño de la mitad indivisa de un piso, sito en la calle Cardenal Mendoza, 74, de Madrid, que compra estando soltero (expositivo II), y que doña L. P. es dueña del 61,224 por 100 de una vivienda de la calle Doña Mencía, número 20, también de Madrid, que compró en su anterior estado de soltera (expositivo III). Y, en segundo lugar, se estipula: «De conformidad con lo prevenido en los artículos 1.323 y 1.355 del vigente Código Civil, los esposos don T. C. P. y doña L. P. de F. realizan las siguientes aportaciones: a) Don T. C. P. aporta la participación indivisa de que es titular, con carácter privativo, en cada una de las fincas descritas, esto es, el 54,728 por 100 de los números 1 y 2, expositivo I y la mitad indivisa de la descrita en el expositivo II, todas de

esta escritura, a la sociedad de gananciales formada con su esposa, doña L. P. de F., que acepta, atribuyendo ambos, por todo ello, el carácter de ganancial a estas participaciones indivisas de fincas. Don T. C. P. valora la participación indivisa que aporta a su sociedad conyugal, de cada una de las fincas descritas bajo los números 1 y 2 del expositivo I, en dos millones de pesetas; y la también participación indivisa de la finca descrita en el expositivo II, en la suma de un millón de pesetas. b) Doña L. P. de F. aporta la participación indivisa de que es propietaria, con carácter privativo, de la finca descrita en el expositivo III de esta escritura, a la sociedad de gananciales formada por su esposo, don T. C. P., que acepta, atribuyendo ambos el carácter de ganancial a esa participación indivisa de finca; se valora la participación indivisa aportada en la suma de un millón de pesetas».

II.—Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 25 de los de Madrid, fue calificada: «Presentado el precedente documento el 31 de julio de 1991, según asiento número 1.185 del Diario 7. En cuanto a las aportaciones que los cónyuges don T. C. P. y doña L. P. de F. hacen a la sociedad de gananciales entre ellos existente, de las participaciones indivisas que a cada uno de ellos les pertenecen —con el carácter de privativas de cada uno de ellos, por haberlas adquirido en estado de solteros— en el piso número 3 o primero exterior de la casa número 74 de la calle Cardenal Mendoza y en la vivienda izquierda, entrando, de la casa número 20 de la calle de Doña Mencia, ambas de Madrid, descritas en los apartados II y III de la exposición, únicas radicantes en la demarcación de este Registro, se deniega su inscripción por las consideraciones siguientes: El carácter privativo o ganancial de un bien está predeterminado legalmente por los artículos 1.346 y siguientes del Código Civil, que son de derecho necesario, no voluntarios, y la voluntad de las partes sólo puede actuar, en la limitada medida en que el propio Código Civil lo autorice. Según el número 1º del citado artículo 1.346 del Código Civil, “son privativos de cada uno de los cónyuges, los bienes y derechos que les pertenecieran al comenzar la sociedad” y este carácter privativo de los bienes que aporten los cónyuges a la sociedad conyugal que entre ellos se constituye por la celebración del matrimonio y sujeta al régimen legal de gananciales, salvo que capítulos matrimoniales pacten otro régimen distinto, no puede ser modificado posteriormente, dado que no existe precepto legal alguno que lo autorice. Del artículo 1.355 del Código Civil, invocado en la escritura, no se deduce, en modo alguno, tal autorización. Este precepto dice, textualmente, que “podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de ganancial a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga”, y supone una excepción al principio de subrogación real que determina el carácter, privativo o ganancial, de las adquisiciones onerosas durante el matrimonio, al permitir la intervención de la voluntad de los cónyuges en aquella determinación. Como norma de excepción a un principio general, no puede ser aplicado o interpretado extensivamente, ni mucho menos aplicarse a un supuesto de hecho totalmente distinto. El artículo se refiere a “bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio” y en el caso que motiva la presente nota calificadora se trata de “bienes adquiridos por los cónyuges antes de celebrarse el matrimonio”, e independiente del carácter oneroso o lucrativo que haya tenido la adquisición que es irrelevante. Y el artículo 1.322, también invocado, tampoco autoriza esta “aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales”. Este artículo dice

textualmente que "El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos" y en el supuesto de hecho calificado no hay transmisión patrimonial alguna, ni celebración de contrato alguno, sino que lo que hay, pura y simplemente, es un acuerdo entre los cónyuges para alterar o modificar la naturaleza o el carácter que la Ley atribuye a unos bienes determinados, que no son otros que los que los cónyuges aporten, como de su pertenencia, al celebrarse el matrimonio. Como se dijo anteriormente, las normas del Derecho de Familia, aun en su vertiente patrimonial o económica, tienen un marcado carácter de normas de derecho patrimonial o imperativo, no meramente dispositivas, sustraídas al principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil, lo que trae como lógica consecuencia la no admisión de este pretendido contrato innominado de aportación de bien privativo a la sociedad legal de gananciales. Y estimándose insubsanable el defecto señalado, se deniega la inscripción solicitada, sin que proceda extender anotación preventiva de suspensión, que tampoco ha sido solicitada. Madrid, 1 de octubre de 1991 —El Registrador (firma ilegible)».

III.—El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que en cuanto a lo referente a los artículos 1.346 y siguientes del Código Civil, después de la Constitución de 1978 y la reforma de 1981, el principio general es contrario al que sostiene el señor Registrador, puesto que los cónyuges no tienen más limitaciones que las expresamente impuestas por la ley para celebrar contratos y contraer obligaciones y no puede considerarse que el matrimonio restringe de algún modo la capacidad de obrar de los cónyuges, pues entenderlo de otro modo sería discriminatorio e iría contra la letra y el espíritu de la Reforma de 1981 [artículos 2, 14 y 32 de la Constitución Española; 62 (antiguo) redactado conforme a la Ley 14/1975, de 2 de mayo, 1.323, 1.325 y 1.328 del Código Civil]. Además, en la escritura referida no se preconiza «ab initio» la naturaleza privativa o ganancial de un bien, sino que a través de la voluntad de ambos cónyuges se comunica o atribuye por medio de un negocio jurídico, el carácter común a un bien privativo, en uso de una libertad de pacto y con una causa adecuada que justifica la no operatividad del principio de subrogación real. Que sobre la innovación del artículo 1.355 del Código Civil, que se estima procedente por dos motivos: a) por aplicación de la analogía de las normas, conforme al artículo 4.1 del Código Civil, que procede cuando éstas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semajante entre los que se aprecia identidad de razón, y en este caso parece que existe esa identidad, y b) partiendo de que el precepto puede tener su campo de acción propia, artículo 1.355 es un ejemplo claro de que el principio de colaboración o el acuerdo entre los cónyuges puede incidir sobre el principio de subrogación real y el «durante» hay que analizarlo en relación con los artículos 1.354, 1.356 y 1.357, es decir, que el legislador se ha querido referir a bienes adquiridos constante el matrimonio con dinero privativo sólo. Que con referencia al artículo 1.323 del Código Civil (y no el 1.322, como erróneamente dice la nota de calificación), el señor Registrador olvida la Reforma de 1981 y confunde la regulación de determinados derechos y obligaciones de Derecho de Familia y el contenido propio de dicho precepto, que es específicamente norma de obligaciones y contratos, estableciendo (como dicen las Resoluciones de 14 de abril de 1989, 25 de septiembre de 1990 y 21 de enero de 1991), la libertad de pacto entre los cónyuges como consecuencia del principio de autonomía de la voluntad

(artículo 1 255 del Código Civil), que permite los llamados por la doctrina, contratos de comunicación de bienes o de atribución patrimonial, que pueden tener una causa onerosa o gratuita, según la voluntad de los contratantes, y es claro que en la escritura objeto del recurso existe una atribución en favor de una masa patrimonial que no ha soportado el precio a la contraprestación, y dado que el carácter gratuito del desplazamiento o atribución no se presume, se produce un crédito de compensación de reembolso en favor de la que lo ha soportado, crédito que aparece determinado por las partes en la valoración reseñada en la escritura, y que será exigible con valor actualizado, conforme al artículo 1 358 del Código Civil, al tiempo de su liquidación. Se cumplen, por tanto, al amparo de la libertad de pacto, con los requisitos específicos de los contratos, conforme a las normas de nuestro derecho y, en especial, la exigencia de que el desplazamiento o atribución aparezca causalizado.

IV.—El Registrador, en defensa de su nota informó: Que la nota de calificación se ajusta a Derecho y conforme se argumenta en aquella no cabe admitir la licitud del llamado, por un sector doctrinal, «negocio de atribución patrimonial», y ello, tanto en la primitiva redacción del Código Civil, como en la actual, después de las reformas de las leyes de 24 de abril de 1958, 2 de mayo de 1975 y 13 de mayo de 1981. Que esta última ley da una nueva redacción al título III del libro IV del Código Civil, comprensivo de los artículos 1.315 a 1.444, que pasa a llevar por epígrafe: «Del régimen económico matrimonial» (inadecuada colocación de esta materia dentro del libro IV, que debería recopilarse en el libro I, capítulo IV) Esta inadecuada colocación de la materia ha sido utilizada por un sector doctrinal para hacer una aplicación excesiva del principio de autonomía de la voluntad, propio del derecho de obligaciones y contratos. El Código Civil sigue con el mismo sistema de libertad y estipulación: Artículos 1 315, 1 325, 1 326 y 1.328, y como sistema legal supletorio establece el de la sociedad de gananciales: Artículo 1.316, cuya regulación es en sus líneas generales sensiblemente igual a la del primitivo Código Civil: Artículos 1 346 y 1.347. La modificación más profunda y de mayor trascendencia fue la admisión del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales después de la celebración del matrimonio y también se modifica profundamente el régimen de gananciales en el aspecto de la gestión, administración y disposición de los bienes del matrimonio: Artículos 1.323, 1.326, 1.334 y 1.458. Pero una interpretación prudente, pero no por ello menos lógica y rigurosa, de la actual regulación de la materia, lleva a rechazar la admisión o posibilidad del llamado «negocio de atribución patrimonial». Los artículos 1 346 y 1.347 califican los bienes del matrimonio de privativos o de gananciales por criterios objetivos, prescindiendo en absoluto de la voluntad de los cónyuges interesados. Los artículos 1.339 y 1.353, referentes a los bienes donados o dejados conjuntamente a los esposos en testamento, también prescinden de la voluntad de los donatarios o herederos, pero hay que resaltar que en dichos preceptos es que el carácter privativo o ganancial lo atribuye la ley, sin tener para nada en cuenta la voluntad de los beneficiarios. En el supuesto del artículo 1.345, no es otra cosa que una consecuencia del principio de subrogación real de los artículos 1.346, número 1, y 1 347, número 3, y tampoco se tiene para nada en cuenta la voluntad de los adquirentes. El artículo 1.356, que separa del criterio segundo por el artículo 1.354 y obedece a una fundamentación práctica, pero la solución viene dada por la ley y no por la voluntad de los cónyuges. Y el artículo 1.357 contiene un supuesto que encaja en el número 1.º del artículo 1.346, no tiene tampoco en cuenta el parecer de

los cónyuges. Que a la vista de lo expuesto, la solución es obvia: Las normas legales reguladoras de esta materia son imperativas, no meramente dispositivas y, en consecuencia, no pueden los cónyuges alterar o modificar la naturaleza o carácter de los mismos que viene predeterminada legalmente. La excepción a este principio general la constituye el artículo 1.355, que es invocado por la mayor parte de los autores para admitir el llamado «negocio de atribución patrimonial», partiendo de su interpretación extensiva. Dicho precepto es excepcional y es aplicable a aquellas adquisiciones a las que concurran los requisitos que en el mismo se establecen, pero de su lectura se deduce que quedan excluidos los bienes que ya eran de la pertenencia privativa de los cónyuges al comienzo de la sociedad. Que sea cual fuere la finalidad de la citada norma y al ser una excepción a una norma general, no cabe su aplicación a supuestos distintos de los específicamente contemplados en ella y, en consecuencia, no ha lugar a su aplicación por analogía, como pretende el recurrente. Que todo lo expuesto es de aplicación al supuesto de matrimonio regido por el sistema supletorio de la sociedad de gananciales, por falta de capitulaciones matrimoniales. Estas capitulaciones son el convenio entre cónyuges por las que establecen las normas por las que se regirá su matrimonio, en el aspecto económico o patrimonial, es decir, una serie de estatutos o normas reguladoras del mismo, para lo que gozan de libertad absoluta; pero no pueden tener tal carácter aquellas normas o convenios singulares que tengan por objeto un bien concreto y determinado, es decir, cambiar la naturaleza privativa o ganancial de un bien concreto sin alterar la naturaleza de los demás bienes existentes en la sociedad, ya que la libertad de estipulación en capitulaciones matrimoniales es absoluta pero tiene sus límites en la propia ley, artículos 1.315 y 1.328. Que el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado se inclina hacia la postura permisiva o de admisibilidad del llamado «negocio de atribución patrimonial», como se desprende de las Resoluciones de 10 de marzo y 14 de abril de 1989 y 25 de septiembre de 1990, y de esta última en la que dicho negocio se condiciona a «especifica causalización». Que en la escritura calificada, los cónyuges otorgantes en la cláusula séptima no hacen mención a causa alguna justificativa de la atribución y, por tanto, hay que calificar el pacto de «contrato innominado» de aportación de bien privativo a la sociedad legal de gananciales.

V.—El presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador fundándose en que no puede operar el principio de libertad de contratación entre cónyuges del artículo 1.335 (sic) del Código Civil para poder destruir la presunción favorable a la ganancialidad y parece más razonable tener aquí en cuenta el auto presidencial a que alude la Resolución de 7 de noviembre de 1990, en el sentido de que el intento de cambiar la naturaleza de unos bienes adquiridos con expreso carácter ganancial a bienes privativos supone una disolución parcial de la sociedad de gananciales no permitida por nuestro ordenamiento, en que los artículos 1.346 y 1.347 del mismo Código prescinden de la voluntad de los interesados al clasificar los bienes del matrimonio y en que el artículo 1.355 supone que se trate de una adquisición realizada o producida durante la vigencia de la sociedad, con lo que quedan excluidos los bienes que ya eran de pertenencia privativa de los cónyuges al comienzo de la sociedad.

VI.—El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones y añadió: Que la escritura en cuestión lo que recoge es la aportación de unas participaciones indivisas de carácter privativo a la socie-

dad de gananciales de los otorgantes, con lo que el objeto de inscripción sería totalmente ganancial, esquivando la naturaleza dual del bien y atribuyéndole a través de un negocio lícito y casualizado el carácter de bien ganancial. Se señala lo expuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1990. Que de lo que se trata es que unos bienes que tienen carácter privativo, conforme al artículo 1.346-1.º del Código Civil, se convierten en gananciales a través de la voluntad de los cónyuges que se formaliza en un negocio de aportación (no de atribución) que, en este caso, es oneroso y tiene una causa lícita que será la contraprestación que debe realizar la sociedad de gananciales al aportante, y que será el reembolso del valor actualizado, que se fijó en la escritura conforme al artículo 1.358 del Código Civil. Que, por último, la alusión al artículo 1.355 es simplemente por su aplicación analógica, que está admitida por la doctrina más autorizada.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 609, 1.255, 1.274, 1.323, 1.346, 1.347 y 1.355 del Código Civil, y las Resoluciones de 2 de febrero de 1983, 10 de marzo y 14 de abril de 1989, 25 de septiembre de 1990 y 21 de enero de 1991.

1. En el presente recurso se cuestiona si es válido e inscribible el pacto por el que los cónyuges sometidos en su matrimonio al régimen de sociedad de gananciales aportan a esta sociedad bienes privativos de uno y otro, de desigual valor, para que pasen, por tanto, a tener el carácter de bienes gananciales.

2. Según el Registrador no es posible alterar la naturaleza privativa de los bienes por el carácter marcadamente imperativo que tiene en nuestro ordenamiento el principio de subrogación real, como confirma la excepción acogida en el artículo 1.355 del Código Civil.

3. Conforme al artículo 1.323 del Código Civil: «El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos». Es doctrina reiterada de este Centro directivo que la regla de libertad de contratación entre cónyuges, que el citado precepto recoge, permite la transferencia de bienes concretos entre las distintas masas de que son titulares, sin que ello suponga alteración del régimen económico conyugal ni de los criterios que estructuran el régimen de cada una de las masas patrimoniales en cuanto centros autónomos de imputación de derechos y obligaciones. Ante estos actos traslativos los acreedores de las distintas masas tienen, en caso de fraude, los remedios consiguientes.

4. Del precepto contenido en el artículo 1.355 del Código Civil aisladamente nada puede concluirse en contra de la anterior doctrina. Este precepto por sí, tanto puede tener carácter de excepción y como tal ser revelador de una regla general imperativa —significado que le asigna el Registrador, para quien, sin embargo, no aparece clara la finalidad de esta excepción— como ser simplemente una expresión concreta que descubre nuevos principios de libertad. Son otros los preceptos del nuevo régimen económico del matrimonio con los que el artículo 1.355 del Código Civil debe ser conjugado, los que ponen de manifiesto que el precepto en él contenido no tiene significación de excepción sino que es manifestación de reglas de libertad.

5. Cuestión distinta es si en el concreto acto traslativo objeto de este recurso concurren todos los requisitos exigidos para la inscripción y, en concreto, si la causa aparece expresada con la claridad exigida para la calificación y para la expresión de sus circunstancias en el Registro. Dada la necesaria concreción del recurso gubernativo a los aspectos directamente relacionados

con la nota impugnada (cfr. artículo 117 R.H.), no puede abordarse ahora esa cuestión aunque el informe del Registrador, pero no, antes, la nota, acusa que no se hace mención en la escritura de la causa justificativa de la atribución de carácter ganancial a los bienes privativos que son objetos del acto de aportación.

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota del Registrador.

COMENTARIOS CRITICOS

Al tratar de encuadrar el contenido de esta resolución se hace necesario situarla entre las precedentes y la posterior a ella que parece marcar la solución definitiva en este problema de la aportación a la sociedad de gananciales. Lo hago así, ya que el contenido de esta resolución no viene a ser más que un «paso adelante» en la solución de la problemática planteada.

En el campo jurídico notarial comenzó a tener cuerpo el negocio jurídico de «aportación» a la sociedad de gananciales como medio que cristaliza el principio de libertad de pacto entre los esposos, establecido por la reforma del Código Civil de 1981. No solamente comenzó a aparecer sino que trata de ser considerado como una de las creaciones notariales semejante a otras muchas que han prestigiado el Cuerpo Notarial, al cual el Derecho Privado está en constante deuda. Digo esto último, pues han sido dos o tres los artículos en los que se pretende dar estructura, validez y eficacia a este negocio. Parte de los comentaristas de la reforma del Código Civil deben compartir el «tanto de culpa» que lleva consigo esta actuación.

Ante esta situación la Dirección General se ve en una difícil disyuntiva para ofrecer una solución y opta por esa situación «eclectica» que en el Derecho es una salida airosa, aunque no convincente. Sucesivamente se pronuncia en dos Resoluciones de 10 de marzo de 1989 y 14 de abril de 1989, por la posible validez del negocio de «aportación». Pesa sobre la Dirección las opiniones doctrinales de los comentaristas de la reforma del Código Civil, sin que se tengan en cuenta los que discrepan de todo ello. Conviene precisar lo que unos y otros dicen:

— Nos movemos en el ámbito espacial de los años 1982 a 1991 y, en ellos, tanto GARRIDO CERDÁ (E.) que admite la posibilidad del «tránsito» al amparo de la libertad de contratación, como DE LA CAMARA ALVAREZ (F.) que permite el negocio por «acuerdo simple» de los interesados, hasta CABANILLAS SÁNCHEZ (A.) que apunta la necesidad de una «pacto capitular» y GARCÍA SERRANO (F.) con su tesis de la alteración del artículo 1.359 del CC, así como LACRUZ BERDEJO (J. L.) que piensa en la necesidad de expresar el reembolso del importe. A ellos puede añadirse los conocidos comentaristas OLIVARES JAMES (J. M.), PÉREZ FERNÁNDEZ (J. M.), ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA (S.), así como CÉSAR PASCUAL DE LA PARTE, e IGNACIO CARPIO GONZÁLEZ (con un importante trabajo constructivo y profundo sobre el negocio de aportación).

— Frente a estos criterios cabe citar a RAMS ALBESA (J.), BLANQUER UBEROS (R.), DE LOS MOZOS (J. L.), RIVERA PONT (M.^a CONSUELO), GAVIDIA SÁNCHEZ y yo mismo en el comentario a la Resolución de 10 de marzo de 1989, que mantienen opiniones discrepantes de los anteriores, sin dejar de reconocer la libertad contractual entre cónyuges, ya que una cosa puede ser el «simple negocio de aportación» y otra el «complicado negocio sinalagmático» en el que a cambio

de una «aportación» se pacta una compensación. Algo parecido a la donación remuneratoria.

La primera resolución sobre el tema se inclina por los partidarios de la aportación y da pie a que la figura intente proliferar y tener refrendo legal en el campo del negocio jurídico. Recordemos, sin ánimos críticos, lo que decía esta resolución y que, en sustancia, venía a considerar inscribible la conversión de un bien privativo en ganancial, realizada en base a una edificación y adjudicación posterior en terreno privativo al amparo de la libertad de contratación del artículo 1.323 CC y a pesar de lo que disponen los artículos 1.355 y 1.359 del CC. La Dirección General dijo que «en virtud de la libertad de pacto del artículo 1.323 CC cabían desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges por cualquiera de los *medios legítimos* previstos al efecto entre los cuales no puede desconocerse el *negocio de aportación* de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de “*comunicación de bienes*” como categoría autónoma y diferenciada...»

Esta Resolución de 10 de marzo de 1989 me tocó en «suerte» comentarla y creo que las ideas que aportaba eran lo suficientemente alarmantes como para que en lo sucesivo los casos que se fuesen presentando en la Dirección llevaran otro giro. No fue así y la actuación notarial se vio respaldada por este refrendo doctrinal y comenzó a inundar de «aportaciones» la documentación. Mi negativa a inscribir estos casos estuvo a punto de «provocar» un recurso, pero a la hora de la verdad todo quedó en nada. Mi argumentación en contra del contenido de la resolución comentada creo que se simplifica en la pregunta que yo hacía: ¿Cabe en capítulos matrimoniales una estipulación en contra de lo que dispone el artículo 1.359 del CC para volver a la solución tan criticada del antiguo 1.404 del CC? Aparte de ello yo destruía la argumentación notarial considerando imposible la adquisición «onerosa» por accesión, ya que la accesión como modo de adquirir el dominio no depende de un nuevo título, de una nueva causa que inviste de aquel derecho, sino que es el mismo título de propiedad de la cosa principal el que somete la accesoria al derecho de la misma persona. El supuesto, por ello, no podía encajar en el artículo 1.355 del CC que era el argumento que decidió a la Dirección General.

La segunda Resolución de 14 de abril de 1989 —bien por lo significativo de la fecha o por tener que guardar una semejanza con la anterior— era más alarmante, ya que en ella había una donación de nuda propiedad de padres a hijos con reserva de usufructo y la construcción de un edificio a expensas de las respectivas sociedades gananciales de los hijos. Culmina el «esperpento» jurídico declarando la obra nueva realizada, adjudicándose la «propiedad» de la misma (no en «nuda propiedad») a todos los hijos con carácter ganancial. Misteriosamente el usufructo había desaparecido. La Dirección vuelve a utilizar el socorrido argumento de la libertad de pacto entre cónyuges (art. 1.323 CC) y el 1.355 del mismo cuerpo legal.

Quedan dos Resoluciones que difieren de la abierta aceptación del negocio de aportación. La primera de ellas es la de 25 de septiembre de 1990, en la que partiendo del principio de libertad de pacto del artículo 1.323 CC y comprendiendo el *abuso* y los posibles motivos ocultos que lleva consigo el negocio de aportación, considera que, al existir un desplazamiento patrimonial, el mismo puede hacerse por venta, permuta, donación u otro título causalizado que responda a una causa adecuada que justifique la operatividad del principio de subrogación real (art. 1.347,3 CC) como puede ser la transmisión gratuita o el reembolso a que se refiere el artículo 1.358 CC. Por supuesto que dicho nego-

cio no puede confundirse nunca con la confesión de la «privatividad» del dinero. La otra Resolución es de conversión de gananciales en privativos (R. 21 de enero de 1991) y exige —siguiendo los pasos de la anterior— que el desplazamiento pactado aparezca *causalizado*.

Y llegamos ya a la que estamos comentando que tiene la habilidad de eludir el tema utilizando más que una interpretación jurídica, una interpretación administrativa de requisitez: Como el Registrador en su nota —pero sí en su informe— no alude para nada a la causa de la atribución patrimonial, revocamos su nota y el auto apelado. La «*formalidad*» le sirve de excusa para decidirse por la validez o nulidad del negocio que declara inscribible, pero marca ya una línea de causalidad que confirma criterios anteriores. Es preciso, sin embargo, entender primero que el Registrador tenía razón en casi todo lo que dice o decía y, segundo, que en su nota había base para entrar a valorar la validez o nulidad del negocio que se contenía en la escritura. Veamos:

— El supuesto de hecho son dos aportaciones de bienes privativos a la sociedad de gananciales sobre la base de los artículos 1.355 del CC y 1.323 del mismo. Ello lleva al tremendo caso de que en la cláusula de inscripción se dijera que se inscriben los bienes a nombre de tal y tal para sus respectivas sociedades conyugales, por título de DONACION.

Creo que el Registrador no encauza —aunque se ajusta a la escritura— en la primera parte de la nota el tema, ya que plantea el carácter necesario o voluntario de los preceptos que determinan la privatividad o ganancialidad de los bienes. Eso no es más que una «trampa» en la que cae. Admitida la libre contratación entre cónyuges, permitida la confesión y la prueba en contra de la ganancialidad, no creo pueda sostenerse el carácter de derecho necesario. Puede ser que el artículo 1.355 del CC suponga una «excepción al principio de subrogación real» o ser un artículo problemático que en su formulación general incide en una repetición de lo que ya dice el 1.347.3 CC y 1.353 CC.

Este artículo 1.355 o se interpreta como apunta el Registrador y niega la Dirección o es una inconsecuencia. Quizá se esté refiriendo a aquellas adquisiciones onerosas durante el matrimonio que pueden dar lugar a un bien privativo. Me falta imaginación para descubrir esos casos.

— En la calificación registral y la nota que pone el Registrador hay claramente una referencia a la causa, aunque la Dirección lo niegue, pues se dice que «en el supuesto de hecho calificado no hay transmisión patrimonial alguna, ni celebración de contrato alguno, sino que lo que hay pura y simplemente, es un acuerdo entre los cónyuges para alterar o modificar la naturaleza o el carácter que la Ley atribuye a unos bienes determinados...» Aunque no se hable de causa expresamente, bien claramente se está refiriendo a un negocio que no la tiene, sobre todo cuando se parte de que conforme al 1.323 se permite celebrar «toda clase de contratos» y todo contrato para su existencia, validez y eficacia exige una causa.

El Notario autorizante de la escritura en el arranque de su recurso dice algo asombroso y es que «ab initio» en la dicha escritura no se preconiza la naturaleza privativa o ganancial de un bien y en ella —como atestiguan los hechos— se dice que las participaciones en los pisos se «adquirieron en estado de solteros» y que luego de común acuerdo «se comunica o atribuye por medio de un negocio jurídico, el carácter común a un bien privativo». Quizá la argumentación al estar excesivamente resumida resulta contradictoria e incom-

prensible Pero lo que importa, más que esas expresiones, es la aplicación analógica que el Notario da al artículo 1.355 del CC considerando que «regula un caso semejante». Y yo pregunto, ¿semejante a qué caso? El artículo 1.355 CC habla de adquisiciones a título oneroso «durante» el matrimonio que ya son gananciales, por lo que dispone el 1.347 CC, pero lo que sucede es que al prescindirse de «la procedencia del dinero o contraprestación» pudieran ser privativos, lo cual este artículo está desconectado de los 1.354, 1.356 y 1.357, los cuales atienden a la procedencia del dinero Pero sea una u otra la solución que demos a este artículo, lo que sí es cierto es que lo que se estructura en la escritura nada tiene que ver con el mismo, pues aquí no existen bienes privativos adquiridos «durante» el matrimonio, sino que son adquiridos «antes», como muy bien apuntaba el auto del Presidente.

También en el informe notarial —sobre la base del principio de la libertad de pacto— se dice que se cumplen los requisitos de los contratos y en especial la causalización de los mismos. No cabe duda, por ello, que la Dirección debió entrar en ese fondo del asunto.

JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR JOSÉ QUESADA SEGURA

LA PRESCRIPCIÓN REQUIERE EL «ANIMUS» DE LOS INTERESADOS DE ABANDONAR SUS DERECHOS (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1991).

Doctrina de la Sentencia—La acogida del instituto de la prescripción requiere, no sólo el mero acontecer del paso del tiempo, sino también el «animus» de los interesados a hacer abandono de sus derechos, lo que no sucede en la presente controversia.

Lo analizado no cabe se entienda como derogación de la institución prescriptiva, lo que sería contrario al ordenamiento jurídico (Sentencia de 22 de febrero de 1991), pues jurisprudencia de esta Sala, en nueva orientación acorde al mejor acomodo de las normas a la realidad jurídico-histórica presente, ha venido atenuando el excesivo rigor de dicho instituto jurídico, para evitar caer en el mecanismo poco judicial de su automatización. En este sentido se ha tenido en cuenta su carencia de fundamentación en justicia intrínseca, al operar fundamentalmente como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, y con incidencias que pueden ser irreparables, tratándose de prescripciones de plazos cortos.

Comentario.—En esta época de dominio creciente de la cibernética, auge de la informatización y avance desbocado del computador, bien está que se procure evitar caer en la automatización —también— del proceso judicial. Pero hay una cierta distancia entre esto y el «invento» de nuevos requisitos para dar acogida a la prescripción extintiva, que parece que ahora no tiene muy buena «prensa». El exigir el «animus» de los interesados de abandonar sus derechos, aparte de ser de difícilísima prueba, va en contra de lo claramente establecido en el artículo 1.961 del Código Civil, que dice: «Las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo fijado por la Ley».

Ciertamente hay una inclinación jurisprudencial en ese sentido, que se refleja, por ejemplo, en las Sentencias de 20-10-1988 y 14-3-1989, pero el seguir rigidamente este criterio nos llevaría a la práctica derogación del instituto jurídico de la prescripción de acciones.

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS. NO EXISTE CUANDO HUBO CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1991)

Doctrina de la Sentencia.—Independientemente de cuál sea la doctrina jurisprudencial a estos efectos y la evolución experimentada por ella en orden a apuntar una cuasi objetivación de la responsabilidad civil en la llamada culpa extracontractual, a través de esa mal denominada responsabilidad objetiva (ya que no es en realidad otra cosa que una obligación legal de indemnizar), o de la inversión de la carga de la prueba, o de la responsabilidad por riesgo, etc., es lo cierto que incluso en esas modernas variantes de la responsabilidad por culpa, ésta se esfuma cuando el resultado dañoso se hubiere producido por descuido, yerro, omisión o falta de diligencia exclusivamente de la víctima del daño.

EL QUE PAGA UNA DEUDA POR CUENTA AJENA SOLO PUEDE RECLAMAR EL REEMBOLSO AL DEUDOR Y NO A LOS SUCESORES EN LA TITULARIDAD DE LAS COSAS AFECTADAS POR LA DEUDA (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1991)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.158 del Código Civil autoriza el pago por otro, interesado o no en el cumplimiento de la obligación de las deudas ajenas, en base a la filosofía que contiene el precepto de ser fin primordial que los acreedores cobren las deudas que les afectan.

Dicha norma configura la intervención pagadora del tercero en tres vertientes. a) Que el pago tenga lugar con conocimiento del deudor principal, lo que ocasiona que este tercero asuma, con la cualidad de subrogado, la postura de acreedor frente a aquel por el que pagó para ejercitar su consecuente derecho de reembolso, surgiendo así una nueva obligación, toda vez que la originaria quedó extinguida. b) Que el pago se efectúe contra la expresa voluntad del deudor, en cuyo caso el tercero que ha satisfecho el crédito sólo tiene derecho a reembolsarse en la medida de la utilidad efectiva de los pagos realizados, y su «ratio» deviene de evitar situaciones de enriquecimiento injusto. Y c) Que la intervención de dicho tercero, satisfaciendo la deuda, lo sea sin conocimiento del verdadero deudor obligado, que de esta manera ignora que su débito ha sido cancelado, lo que determina sólo el derecho a ser reembolsado de lo que abonó.

Los tres supuestos analizados tienen un común denominador consistente en que el obligado al reembolso es el deudor por el que se hizo el pago y no otras personas, como los sucesores en la titularidad dominical de las cosas afectadas por la deuda, a modo de cargas o gravámenes, pues el tercero que paga en las condiciones expuestas se convierte en mero gestor oficioso de los intereses y negocios de los deudores obligados

LA RENUNCIA DE DERECHOS HA DE SER SIN CONDICIONANTE ALGUNA. LA JURISPRUDENCIA VIENE ACEPTANDO LA TEORIA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1991).

Doctrina de la Sentencia.—Conforme tiene reiteradamente declarado esta Sala, la renuncia de derechos, como manifestación de voluntad que lleva a

cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, ha de ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos, dado que todo acto de renuncia para que tenga efectividad excluye toda condicionante.

Si ciertamente, como consecuencia de la equivalencia de condicionales, según la cual se reputa causa toda condición que ha contribuido al resultado, de forma que éste no se hubiera producido si la condición no se hubiera dado («conditio sine qua non»), y la de causalidad adecuada, que exige la determinación de si la conducta del autor del acto generador del daño es generalmente apropiada para producir un resultado de la clase, dado de tal manera que si la apreciación es afirmativa, cabe estimar la existencia de un nexo causal que da paso a la exigencia de responsabilidad, así como que la orientación jurisprudencial viene progresiva y reiteradamente decantándose por la aceptación de la teoría de la causalidad adecuada, consecuencia de la expresión de una necesaria conexión entre un antecedente (causa) y una consecuencia (efecto), también es de apreciar que tales doctrinas y orientación jurisprudenciales sólo afectan al módulo cuantitativo responsabilizador cuando la causa originaria alcance tal trascendencia que haga inoperante cualquier otra incidencia.

LA LEY DE USURA PUEDE SER APLICABLE A LA COMPRAVENTA CON PACTO DE RETRO (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la Sentencia.—Como tiene declarado esta Sala cuando de préstamos usurarios se trata, para su configuración como tales, lo fundamental a examinar es la finalidad contractual, determinando los elementos que integran el contenido, de tal manera que procede la aplicación a la figura de la compraventa con pacto de retro de las prescripciones de la Ley de Usura de 1908 cuando se demuestre por prueba clara y terminante que envuelve una maniobra de préstamo usurario (S. de 5 de julio de 1982).

Es criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en los litigios regulados por la Ley de represión de operaciones usurarias, las apreciaciones de hecho de los Tribunales de instancia, aunque no sean intangibles son siempre respetables, de tal manera que la facultad extraordinaria que dicha Ley concede para formar libremente la convicción del juzgador no llega al extremo de convertir la casación en una tercera instancia que pueda resolverse desentendiéndose el Tribunal Supremo de las apreciaciones, criterios y convicciones del inferior.

LOS JUECES PUEDEN EVITAR EL USO ANTISOCIAL DE LA PERSONALIDAD POR LOS ENTES JURIDICOS (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la Sentencia.—En el conflicto entre Seguridad Jurídica y Justicia, valores consagrados hoy en la Constitución, se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe, la práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades, a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción de

forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude, admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (levantamiento del velo jurídico) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia, en daño ajeno o de los derechos de los demás, es decir, del mal uso de la personalidad, o lo que es lo mismo, de un uso antisocial de su derecho.

EN CASO DE RETROACCION DE LA QUIEBRA SON INAPLICABLES LOS ARTICULOS 33, 34 Y 37 DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1991)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 878 del Código de Comercio, en su párrafo segundo dispone que «todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos», refiriéndose a los actos realizados por el quebrado. Esta norma ha sido interpretada rigurosamente por reiterada jurisprudencia de esta Sala. Por lo tanto, los actos dispositivos implicados (constitución de hipotecas, embargos y ventas de bienes inmuebles) están incursos en la sanción de nulidad radical, debiendo por ello volver las cosas a la situación en que se encontrarían si tales actos no se hubieren realizado. Tal nulidad comprende y afecta a todos los actos realizados por el deudor en aquel período de tiempo, aunque el contrato lo celebre con terceros de buena fe; se trata de una nulidad absoluta, intrínseca y radical que se produce sin necesidad de expresa declaración judicial. En relación con los artículos 33, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria son inaplicables al caso, lo mismo que devienen automáticamente nulas las hipotecas constituidas con posterioridad a la fecha a que se retrotraen los efectos de la quiebra, y se prescinde para declarar tal nulidad de la buena o mala fe de los adquirentes o subadquirentes de los bienes del quebrado, puesto que la Ley no hace distinciones.

EL CONVENIO DE SUSPENSION DE PAGOS NO IMPIDE QUE EL ACREEDOR PUEDA RECLAMAR AL FIADOR LA DEUDA (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la Sentencia —Es doctrina de esta Sala que la eficacia del convenio entre acreedores y deudor en procedimiento de suspensión de pagos no impide que el acreedor pueda reclamar a los fiadores toda la deuda y en el momento oportuno, salvo que a ello hubiese renunciado, y así las SS. de 7-6-1983 y 6-10-1986 establecen que los efectos del convenio se limitan a los intervinientes en el proceso de suspensión y sólo a ellos afecta el mandato del Juez de estar y pasar por lo acordado en el convenio, sin que pueda perjudicar ni beneficiar a deudor distinto del que dio lugar al expediente, ni coartar o interferir la acción que contra alguno de ellos corresponda al acreedor para la efectividad de su crédito, ya que los pactos sobre el tiempo y forma de hacerlo sólo afectan a los «intervinientes» en dicho convenio, doctrina general que es de evidente aplicación a los supuestos en que los acreedores tienen individualmente asegurado su crédito con cualquiera de los medios que la ley permite, como el aval, el seguro o la fianza, pues precisamente la insolvencia del deudor, que se evidencia mediante el expediente de suspensión de pagos, es lo que

sitúa al fiador en la obligación de responder por la deuda insatisfecha, sin que en forma alguna pueda aprovecharse de las moratorias o facilidades concedidas al suspenso en el convenio, con la única excepción de que el acreedor se hubiera conformado con no cobrar más que lo que le correspondía en la liquidación y repartimiento hechos en las diligencias de suspensión de pagos.

NO SE RECONOCE COMO TERCERO CIVIL AL HIJO DEL CONTRATANTE
(SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1991).

Hechos.—Se vendió una finca en documento privado que no fue liquidado. Seis años después el vendedor hace donación de la misma finca a su hijo. El comprador demanda la nulidad de la donación y el Supremo estima la demanda.

Doctrina de la Sentencia.—Es reiterada la jurisprudencia que declara que la falta de reconocimiento del documento privado aportado a la litis no le priva íntegramente del valor que le otorga el artículo 1.225 y puede ser tomado en consideración, ponderando su grado de credibilidad atendiendo las circunstancias del debate. No puede considerarse tercero civil a los efectos de los artículos 1.225 y 1.227 del Código Civil a quien intervino como parte contratante frente a quien fue a su vez contratante en el anterior contrato de compraventa, aunque en este último aquel no interviniera, máxime cuando entre ambos media un vínculo de parentesco paterno-filial. De accederse al recurso, se infringirían los artículos 1.256 y 1.258 del Código Civil, que no permiten que la validez y el cumplimiento de un contrato quede al arbitrio de uno de los contratantes, y que exige estar a las consecuencias que se deriven de lo pactado, de la buena fe, del uso y de la Ley.

EL «IUS AD REM» NO PUEDE SER PROTEGIDO POR LA TERCERÍA DE DOMINIO (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1991)

Hechos.—Los actores habían adquirido en documento privado unas viviendas en construcción. Sobre las mismas, inscritas todavía en el Registro a nombre del promotor, se practicó anotación de embargo. Los compradores interponen demanda de tercería de dominio, pero el Supremo, casando la sentencia de la Sala de instancia, declara que no ha lugar a la misma.

Doctrina de la Sentencia.—La Sala sentenciadora se basa para dar lugar a la tercería de dominio en que los contratos de compraventa aportados por los actores fueron visados por la Delegación de la Vivienda y en que los actores eran titulares de un «ius ad rem» que debe ser protegido frente a actos dispositivos del vendedor. Ninguna de estas afirmaciones pueden equivaler a que ha existido entrega o *traditio* de las viviendas, en cuyo caso no hubiera sido procedente calificar de «ius ad rem» al derecho de los actores, porque serían auténticos propietarios, titulares de un «ius in re». El «ius ad rem» no pasa de ser un derecho personal a la entrega de la cosa, que todavía no se ha producido. Por tanto, el fallo de la sentencia recurrida vulnera la exigencia básica de nuestro sistema de adquisición y transmisión de derechos reales por contrato, que la hace depender para su eficacia jurídica de la concurrencia del título y *traditio* (arts. 609 y 1.095 del Código Civil). El título obligatorio únicamente, sin *traditio* o entrega, no puede ser protegido por la tercería de

dominio, ya que éste sigue teniendo como titular al vendedor que no ha realizado aquella entrega.

LOS CONTRATOS DE SEGURO HAN DE INTERPRETARSE DEL MODO MAS FAVORABLE AL ASEGURADO (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1991)

Doctrina de la Sentencia.—El convenio de adhesión es aquél en que una de las partes adopta y mantiene una posición de prevalencia frente a la otra, reflejada en la redacción del pacto, en cuanto que las cláusulas, sobre todo las Condiciones Generales, no son producto de un previo concierto de voluntades para generarlas y expresarlas en el documento, sino que vienen prefijadas de antemano, casi siempre con carácter genérico, de tal manera que el convenio está ausente del importante acto prologal representado por la discusión de su objeto y alcance amplio. De esta manera las Pólizas de Seguros se presentan prerredactadas y al asegurado se le reserva una posición más bien pasiva y no de pleno interviniente en su confección vinculante, en cuanto se adhiere y no realmente gestiona. Su voluntad se manifiesta más bien adhesiva que decisiva, plena y deliberante.

Una jurisprudencia progresiva y en la línea del momento histórico presente impone la necesidad de que en la interpretación de esta clase de contratos se marque en la decidida dirección de evitar abusos. Por ello la doctrina de esta Sala ha venido proclamando que en materia de dicha especial forma de contratación, los problemas interpretativos han de optarse por lo más favorable al asegurado.

LAS DECLARACIONES HECHAS EN EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO NO PUEDEN SER CALIFICADAS COMO «ACTOS PROPIOS» (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1991).

Hechos.—Don F. M. aportó cinco millones para la campaña electoral de don L. de C. a la presidencia del Real Madrid. Don L. de C. declaró dicha cantidad en su Impuesto sobre el Patrimonio, como préstamo. Don F. M. reclama la devolución de los cinco millones, pero el Supremo desestima la demanda, interpretando que era una aportación a fondo perdido.

Doctrina de la Sentencia.—Las declaraciones del demandado relativas al Impuesto sobre el Patrimonio de las Personas Físicas son documentos de carácter netamente administrativo que no resultan hábiles para fundar sobre ellos un recurso de casación.

Es reiterada la doctrina de esta Sala en el sentido de que para que un «acto propio» pueda ser tenido como expresión del consentimiento y obligar a su autor a respetarlo, ha de realizarse con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo unilateralmente la situación jurídica del mismo; de ahí que la declaración realizada por el demandado al cumplimentar los trámites pertinentes para el pago del Impuesto sobre el Patrimonio no pueda ser calificado como «acto propio» en el expresado sentido, ni constituya un reconocimiento de deuda, tal como esta figura ha sido configurada por la doctrina científica y la jurisprudencia, calificándola la S. de 8 de marzo de 1956 de contrato al decir que «el reconocimiento de deuda es un contrato por el cual se considera como existente, contra el que la reconoce, pudiendo tener por objeto exclusivo dar a la otra parte un medio de prueba,

o querer considerar la deuda como existente contra el que la reconoce», carácter contractual del que carece la declaración tributaria del demandado.

ALCANCE DEL ARTICULO 76 DE LA LEY SOBRE SEGURO VOLUNTARIO DE AUTOMOVILES (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la Sentencia.—La Ley 50/1980, en su artículo 76, además de dar consagración legal a la acción directa del perjudicado contra el asegurador en el seguro voluntario, expresamente dispone que «la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado», declaración esta que ha originado una amplia polémica doctrinal en relación con el alcance concreto que deba darse a esta disposición, referida a determinadas cláusulas contractuales de exclusiones del riesgo (alcoholemia, conducción sin permiso, drogadicción, etc.). La doctrina científica más unánime y la última corriente jurisprudencial han entendido en principio que la inoponibilidad al perjudicado de las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado hay que referirla a las excepciones personales que el primero alberga contra el segundo, y no a aquéllas eminentemente objetivas emanadas de la Ley o de la voluntad paccionada de las partes; así la Sentencia de 28-1-1985 excluye de la cobertura del seguro voluntario la obligación de indemnizar unos daños ocasionados a consecuencia de la conducción del vehículo por el asegurado bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

USUCAPION: ES JUSTO TITULO UN CONTRATO CUMPLIDO INCOMPLETAMENTE (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1991)

Doctrina de la Sentencia.—Se especula en el motivo con el argumento de que no puede haber justo título que respalde la posesión que ostenta el actor toda vez que el contrato de donde se dice dimanar el justo título no ha sido cumplido por él. Pero no pueden repercutirse contra el actor las consecuencias del incumplimiento, y de ahí que ese cumplimiento incompleto con falta de agotamiento de la finalidad causal del contrato, juegue en el sentido de constituir una deficiencia que no desvanece sin embargo la justeza y validez del título y cuya subsanación por el tiempo configura la correcta aplicación de la usucapión como idóneo modo de adquirir.

LA «TRADITIO FICTA» IMPLICA UNA PRESUNCION «IURIS TANTUM» (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la Sentencia.—Por escritura pública se entiende tanto la notarial como los supuestos de venta judicial, y el otorgamiento de aquélla inviste al adquirente de la posesión del inmueble adquirido en virtud de la «traditio ficta», de tal manera que esta figura jurídica implica una presunción «iuris tantum», ya que la «traditio ficta» no significa radicalmente la tradición real del bien objeto de la venta. Puede suceder que un tercero esté en posesión del mismo, atribuyéndose su titularidad dominical, de tal manera que ello aboca a la posibilidad de tener que admitir prueba en contrario para combatir la posible discordancia entre la tradición instrumental de matiz legalista con la realidad jurídica material existente.

LAS ARRAS PENITENCIALES HAN DE RESULTAR DE LA VOLUNTAD INDUBITADA DE LAS PARTES (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la Sentencia.—Según tiene repetidamente declarado la jurisprudencia de esta Sala, el contenido del artículo 1.454 del Código Civil no tiene carácter imperativo, sino que por su condición de penitencial, para que tenga aplicación es preciso que por voluntad de las partes, claramente constatada, se establezcan tales arras, ya que en otro caso, cualquier entrega o abono habrá de conceptuarse como parte del precio o pago anticipado del mismo; tal precepto legal tiene pues un carácter excepcional, que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales, de las que resulte la voluntad indubitada de las partes en el sentido de que se trate de arras penitenciales, ya que en otro caso la suma recibida sirve precisamente para confirmar el contrato celebrado. Si nada se pactó expresa y claramente, las arras han de entenderse confirmatorias; sin que pueda estimarse que la entrega de cantidad como «señal» por sí sola signifique que cada parte pueda desistir del contrato a su arbitrio.

PROTECCION DEL HONOR. LA VALORACION JURIDICA DE UNA FRASE HA DE HACERSE PONDERANDO LAS CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1991).

Hechos.—En la campaña electoral por la presidencia del Racing de Santander saltan chispas. Un candidato critica la gestión del otro (anterior presidente) y éste se querella con aquél. No prosperó la demanda.

Doctrina de la Sentencia.—La valoración jurídica de una frase, para poderla conceptuar como ofensiva o atentatoria al honor de una persona, ha de hacerse ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso concreto y teniendo en cuenta, por otro lado, que es práctica habitual en todo Estado democrático y de Derecho, la de que una campaña electoral pública (aunque sea para el cargo de presidente de un Club de Fútbol) permite que los diversos aspirantes o candidatos al cargo traten de resaltar o poner de manifiesto al cuerpo de electores los aspectos que consideren negativos en la gestión anterior que su contrincante hubiera hecho del expresado cargo (siempre que dicha crítica no entrañe un ataque personal, vejatorio o difamatorio para el sujeto pasivo de la misma). La afirmación de la existencia de deudas en un Club de Fútbol, situación frecuente y casi general en las expresadas entidades, no tiene, por sí sola, por qué entrañar ataque alguno a la honorabilidad de su presidente, por muy sensible, delicado y sutil que sea su concepto del honor, el cual presidente puede, no obstante la existencia de la deuda, haber desempeñado su gestión con plena eficacia, probidad y competencia.

DOLO: DEFINICION Y CARACTERISTICAS (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1991)

Doctrina de la Sentencia.—Ha sido definido el dolo como la acción u omisión que, con conciencia y voluntad de producir un resultado antijurídico, impide el cumplimiento normal de una obligación, precisando la doctrina jurisprudencial que dolo es todo complejo de malas artes, contrario a las leyes

de la honestidad e idóneo por sí para sorprender la buena fe ajena, generalmente en propio beneficio, y que para la existencia del dolo no hace falta la intención de perjudicar o de dañar, bastando con infringir de modo voluntario el deber jurídico que pesa sobre el deudor, a sabiendas, es decir, conscientemente, con la conciencia de que con el hecho propio se realiza un acto anti-jurídico.

No puede estimarse como acción dolosa determinante de la exigencia de daños y perjuicios el hecho de haberse promovido por el Banco demandado los dos juicios ejecutivos a que se refiere la demanda.

LOS DEFECTOS EN LA CUBIERTA DEL EDIFICIO ESTAN SOMETIDOS A LA RESPONSABILIDAD DECENAL (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina jurisprudencial la expresiva de que.
a) El término ruina que utiliza el artículo 1.591 no debe quedar reducido al supuesto de derrumbamiento total o parcial de la obra, sino que hay que extenderlo a aquellos defectos de construcción que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato, y en tal concepto de ruina han de incluirse los graves defectos constructivos que hagan temer la pérdida del edificio o lo hagan inútil para la finalidad que le es propia; y
b) Los defectos en la cubierta del edificio consistentes en humedades causadas por la defectuosa construcción de la terraza.. tienen la consideración de defectos constructivos tipificables en el artículo 1.591 del Código Civil (Sentencia de 16 de febrero de 1985), y por tanto constituyen vicios de construcción incluíbles entre aquellos que dan lugar a la responsabilidad decenal impuesta en el artículo 1.591

J. Q. S

E) SUCESIONES

POR FRANCISCO CASTRO LUCINI

REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL. VECINDAD CIVIL. SEPARACION DE HECHO. NULIDAD DE TESTAMENTO. ARTICULO 9, AP. 8, 834 Y 1.392 C C. Y ARTICULO 148 DE LA COMPILACION CATALANA (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1992).

Don Juan C. S., que llevaba unos cuarenta años separado de hecho de su esposa doña Isabel O. D., con la que había tenido dos hijos, así como tuvo otros dos hijos extramatrimoniales, falleció habiendo otorgado sucesivamente cuatro testamentos de fechas 9 de febrero de 1966, 18 de enero y 15 de junio de 1973 y 21 de febrero de 1983, en los tres últimos de los cuales afirma ostentar la vecindad o regionalidad civil catalana por residencia. No se dice en los antecedentes cuál era el contenido patrimonial de esos testamentos, aunque puede suponerse desde el momento en que la viuda y los dos hijos matrimoniales demandan a los dos hijos extramatrimoniales interesando se declare la nulidad de los cuatro testamentos por adolecer de vicios de fondo y forma,

decretándose la apertura de la sucesión intestada al amparo del artículo 248 de la Compilación catalana en relación con el artículo 912 del Código Civil y alternativamente y en el supuesto de que debiera respetarse la «voluntas testatoris» se otorgue la adjudicación a la viuda de la mitad de los bienes gananciales del matrimonio y la cuota usufructuaria que la corresponda en relación al caudal relicto y dividir por cuartas partes los bienes pertenecientes al causante.

La hija extramatrimonial contestó a la demanda pidiendo su desestimación y que se declare ajustado a Derecho el testamento de 1983, último de don Juan C. S., y como legítimos herederos y legatarios los nombrados en el mismo. Y en cuanto al usufructo viudal, entiende que no procede el mismo por la existencia del régimen de separación de bienes.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Hospitalet de Llobregat estimó parcialmente la demanda declarando la nulidad del primer testamento y la validez del último, la existencia del régimen de separación de bienes y sin que haya lugar a otorgar a la viuda la mitad de los gananciales ni la cuota usufructuaria.

Apelada la sentencia por los actores, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso y declaró la validez del testamento de 1983, la existencia del régimen de gananciales con la consecuencia de que debe adjudicarse a la viuda la mitad de los bienes de tal carácter, así como que le corresponde la cuota legal usufructuaria.

Interpuesto recurso de casación por los demandados y apelados, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Teófilo Ortega Torres, declara haber lugar al mismo conforme a las siguientes consideraciones:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—Se ampara el primer motivo del recurso en el número 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción anterior a la Reforma de 30 de abril de 1992, alegándose «que la sentencia dictada por la Audiencia de Barcelona no es ajustada a derecho al considerar procedente la existencia de sociedad de gananciales y adjudicarle a la viuda el 50 por 100 de los bienes por disolución de dicha sociedad», así como que «la sentencia se basa en el hecho de que uno —se entiende de los cónyuges— era natural de Lorca (Murcia) y el otro de Santiago de Arboleas (Almería)», y concluye sosteniendo que «cuando Isabel O. D. y Juan C. S. se casaron eran residentes en Palma de Mallorca, por lo que hay que establecer la presunción de que el régimen matrimonial era el del Derecho Balear y no el régimen de gananciales, máxime cuando la actora no ha aportado prueba en contrario». Los documentos invocados para demostrar el error en la apreciación de la prueba atribuido a la Sala de instancia son las certificaciones de inscripción del matrimonio celebrado entre el señor C. S. y la señora O. D. expedidos por el Registrador Civil de Palma de Mallorca.

La improcedencia de este motivo es evidente; en efecto, no se desvirtúan los hechos en que se funda la sentencia —determinación de los lugares de nacimiento de los cónyuges— sino que, con referencia a otro distinto —su residencia en Palma de Mallorca al contraer matrimonio— se pretende que el régimen matrimonial de bienes hubo de ser el correspondiente según el Derecho balear y no el de gananciales, lo cual, obviamente, no es cuestión atinente

a la valoración de la prueba y desborda el ámbito propio de un motivo fundado en el artículo 1.692-4.º, siendo de notar, además, que la sentencia impugnada no niega la residencia en Palma sino la constancia de que los cónyuges hubieran adquirido, con anterioridad a celebrarse el matrimonio, la vecindad civil balear, que es muy diferente.

SEGUNDO.—Con sede también en el artículo 1.692-4.º, se formula el motivo segundo con referencia a la omisión por la Sala de instancia del hecho, que la recurrente considera probado, de que su causante, don Juan C. S., «en el momento de la muerte había adquirido la vecindad civil catalana». Los documentos en que se basa son los testamentos otorgados por el señor C. S., respectivamente, en 18 de enero y 15 de junio de 1973 y 21 de febrero de 1983, en que afirma su «regionalidad catalana por residencia» —en los dos primeros— y su «vecindad catalana por residencia» —en el tercero— Ello es así y, por tanto, asiste razón en este punto a la señora C. C., pues ni se ha intentado probar que lo dicho por el testador no respondiera a la verdad, por lo que ha de acogerse el motivo con las pertinentes consecuencias que se examinarán al estudiar el motivo quinto que versa sobre los derechos sucesorios de doña Isabel O. D., viuda del señor C. S.

TERCERO —El tercer motivo se ampara, como los que siguen, en el antiguo número 5.º del artículo 1.692 y acusa infracción del artículo 14-3-4 del Código Civil en su redacción anterior a la Reforma de 15 de octubre de 1990. La argumentación de este motivo se reduce a una referencia a lo razonado en la sentencia de primera instancia (Fundamento de Derecho octavo) sin rebatir lo que propiamente constituye la base de lo afirmado, en la sentencia de apelación, en el sentido de que «el hecho de que el matrimonio se contrajera en Palma de Mallorca, sin que conste hubieran adquirido (los cónyuges) con anterioridad la vecindad balear, no altera su sujeción al régimen de derecho común, que es el de la sociedad de gananciales, toda vez que no se otorgaron capitulaciones matrimoniales», por lo que ha de decaer aquél.

CUARTO.—En el cuarto motivo del recurso se denuncia infracción de los artículos 3, 1.344, 1.347 y 1.354 del Código Civil alegándose, en síntesis, que «a Isabel O. D. no le corresponde el 50 por 100 de los bienes por la disolución de la sociedad de gananciales» porque «el matrimonio llevaba más de cuarenta años separado de hecho» y «el lucro de los gananciales sólo se justifica en función de la comunidad de vida».

La sentencia impugnada reconoce que los cónyuges don Juan C. y doña Isabel O. llevaban «separados de hecho bastantes años», pero sostiene que ello «no afecta al derecho de la esposa a la mitad de los gananciales porque el Código exige en el número 3 del artículo 1.392 que la separación de los cónyuges haya sido decretada judicialmente, circunstancia que no se da, así como tampoco ha habido ninguna decisión judicial declarando confusa la sociedad de gananciales en base a la separación de hecho existente» La imprecisión sobre los años de separación, en que incurre la sentencia, ha de salvarse concretando que la absolución de las respectivas posiciones primeras en la confesión judicial de los actores don Juan C. O. y doña Isabel O. permite afirmar que la separación duró al menos cuarenta años, en los que los cónyuges vivieron con independencia, habiendo formado el marido una nueva familia extramatrimonial, en la que tuvo dos hijos —los demandados en este proceso—. Sobre esta base fáctica, ha de recordarse la doctrina jurisprudencial (SS. de 13 de junio de 1986, 26 de noviembre de 1987 y 17 de junio de 1988) expresiva de que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la

sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges, pues entenderlo de otro modo significaría un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso de derecho que no puede ser acogido por los Tribunales en una interpretación acorde con la realidad social (art. 3.º-1 del Código Civil), por todo lo cual ha de estimarse el motivo examinado.

QUINTO.—En el último motivo del recurso se invoca infracción de los artículos 9-8 y 834 del C.C. y 148 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña.

Establecida la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento (12 de noviembre de 1983), consecuentemente su sucesión ha de regirse por el Derecho civil especial de Cataluña, incluso invocado en la demanda, con referencia la preterición y a la sucesión intestada, citando expresamente los artículos 141-3 y 248 de la Compilación y, por tanto, la pretensión ejercitada por los señores C O y la señora O. D. de que se declare el derecho de la viuda a la «cuota usufructuaria», que parece referirse a la establecida en el artículo 834 del Código Civil, no podía prosperar, dado que habría de estarse a lo dispuesto en los artículos 147 y ss. de la Compilación de 21 de julio de 1960, sobre la cuarta marital, en relación a cuya procedencia y requisitos nada se ha alegado por los actores. En conclusión, como el Tribunal «a quo» declaró indebidamente el derecho de la viuda doña Isabel O. al usufructo del tercio destinado a mejora (art. 834 del C.C.), ha de prosperar también este motivo

COMENTARIO.—Se contienen en esta sentencia dos afirmaciones de gran interés, relativa la primera a que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges, pues entenderlo de otro modo significaría un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso de derecho que no puede ser acogido por los Tribunales en una interpretación acorde con la realidad social. Y la otra es la de conceder pleno poder probatorio a la declaración testamentaria de gozar el testador de la vecindad civil catalana.

En cuanto a la primera, la separación, lo mismo que la llamada unión de hecho («ménage de fait»), constituyen una manifestación de que el Derecho no puede desconocer la realidad y, por tanto, los hechos deben producir consecuencias jurídicas. Ciertamente tal reconocimiento o trascendencia del hecho en el Derecho viene de antiguo, siendo acaso el instituto más llamativo el caso de la prescripción. El tema ha adquirido tal importancia que ha sido objeto de coloquios y congresos internacionales, tales como los de Varna (11-18 de mayo de 1975), Upsala (junio de 1979), Berkeley (agosto de 1980), Mesina (julio de 1981), Luxemburgo (julio de 1982) y las recomendaciones y propuestas de los Organismos europeos, como el del Consejo de Europa de 25 de septiembre de 1987. La separación de hecho, en sentido amplio, tiene lugar cuando se interrumpe la convivencia de la pareja por cualquier causa, legítima o no, dependiente o independiente de la voluntad del hombre o de la mujer, por tiempo determinado o indeterminado. En sentido estricto, se limita a la interrupción continuada y duradera de la convivencia de la pareja por la voluntad de ambos miembros o de uno de ellos sin oposición del otro, debida a la desaparición de la «afectio» o sentimiento que determinó la unión y sin que haya intervenido la autoridad. En efecto, la separación ha de revestir cierta duración ininterrumpida para que tenga trascendencia jurídica; en el presente caso, el

plazo de cuarenta años es más que razonable. Esta separación puede provenir de la voluntad de ambos cónyuges (separación «amistosa» o convencional), de modo expreso o tácito pero siempre bilateral, o bien, ser producto de la voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja. Parece que en este último caso debe exigirse que no haya mediado oposición formal del otro, pues de concederle pleno valor y efectos en este supuesto equivaldría a constituir un medio fácil para desligarse de los deberes que la unión impone. Parece que el calificativo de «libre» utilizado en la sentencia alude a este requisito. Nuestro Código Civil alude a la separación de hecho determinando sus efectos en varios preceptos (v. gr. arts 82, 5.ª, 86, 87) y la misma cabe dentro del amplio término «separado» del actual artículo 834, frente a la anterior exigencia de que mediase divorcio. Ello tiene la trascendencia de que basta con que el testador manifieste que se encuentra separado de su cónyuge desde hace «X» tiempo para que éste carezca ya, en principio, del derecho a legítima, con independencia de que concurra o no causa de desheredación. La consecuencia puede ser, sin embargo, excesiva, cuando el cónyuge se encuentra en precaria situación económica. Por eso merece plácemes la sentencia al ligar el relieve jurídico de la separación de hecho a los conceptos de buena fe y del abuso del derecho.

También acierta la sentencia al conceder efectos probatorios a la declaración testamentaria de ostentar la vecindad civil catalana. Así lo exige el principio general de que toda persona debe presumirse dice la verdad mientras no se pruebe lo contrario y la solemnidad del acto en que tal declaración se efectúa, pues en el testamento se tiene siempre presente el final de la vida, lo que constriñe a sopesar las manifestaciones y cláusulas del mismo poniendo especial cuidado en todas ellas.

REPUDIACION DE HERENCIA. ARTICULO 1 008 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1992).

El documento auténtico del artículo 1.008 del Código Civil no es sinónimo de documento público, sino de documento que indubitadamente procede del renunciante (Sentencia de 16 de junio de 1955).

INTERPRETACION DEL TESTAMENTO. ARTICULO 675 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1992).

El término «muebles» no comprende los cuadros

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelada contra la sentencia de la sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Madrid que había confirmado sustancialmente la del Juzgado de Primera Instancia número 8 de esta capital, conforme a los siguientes fundamentos:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—Un solo problema jurídico constituye la materia planteada en el presente recurso: el alcance e interpretación que deba darse al contenido del

artículo 675 del Código Civil, puesto en relación o referido al caso de autos. La Jurisprudencia de esta Sala al respecto es constante y reiterada, orientándose en dos sentidos: el primero referido a la misma función interpretativa, que es una actividad de la soberana incumbencia del Tribunal de instancia, respetable en casación mientras se mantenga dentro de criterios racionales y no desemboque en lo arbitrario, al extremo de tergiversar manifiestamente el texto de la disposición testamentaria, supuestos para los que no se excluye el acceso casacional; y una segunda orientación aclarando que el proceso interpretativo ha de hacerse con un criterio subjetivista, aspirando siempre a describir la voluntad del testador, pues aunque la primera regla del precepto legal sea la literalidad, debe acudir, con el fin de aclarar esa voluntad, al conjunto del documento testamentario, tratando de armonizar en lo posible las distintas cláusulas del mismo, empleando unitariamente las reglas de hermenéutica, e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios extrínsecos, o circunstancias exteriores y finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta. El testamento constituye pues una unidad, donde está plasmada la voluntad del causante en sus distintas disposiciones, siendo necesario interpretarlas integrándolas armónicamente en el sentido de evitar las posibles contradicciones que puedan presentarse, producto de la separada utilización de una sola vía interpretativa (Sentencias de 6-4-1992 y las que en ella se citan de 5-6-1978, 8-2-1980; 4-1-1981, 9-3-1984; 9-6-1987: 28-4-1989; 30-11-1990; 18-7-1991, etc.).

En el testamento que nos ocupa, fechado en 24 de mayo de 1965, doña Concepción indica en su disposición: «que lega en pleno dominio. . . a) a su hermana doña Dolores M., todos los muebles que le correspondan»; literalidad que los recurrentes pretenden remitir al concepto legal de los «bienes muebles» que figura en el artículo 335, siguientes y concordantes del Código Civil, cuya asimilación es necesario someter a interpretación, pues ni en el documento testamentario se utiliza la expresión legal «bienes muebles», ni consta que la señala testadora fuera una conocedora experta del alcance y contenido de los términos jurídicos. La expresión vulgar de «mueble» no se identifica exactamente con la definición y el alcance que nuestro código presta al concepto de «bienes muebles», bastando para comprobarlo tener en cuenta, por ejemplo, el contenido de los números 4.º, 5.º y 7.º del artículo 534 y del artículo 336, todos del Código Civil; en una locución normal, tampoco se equiparan los «muebles» de una casa, con los cuadros o las obras de arte que decoran la misma; conjunto de circunstancias que obligan a excluir a la disposición testamentaria que analizamos de la condición de absoluta claridad, que haría innecesaria cualquier clase de interpretación sobre la misma, en relación con la verdadera intención de la testadora. Resulta por tanto obligado investigar si la voluntad de doña Concepción fue donar a su hermana el pleno dominio de todos los muebles, enseres, cuadros y demás objetos existentes en la casa, o si más bien este legado iba únicamente referido a lo que vulgarmente se conoce con el nombre de «muebles o mobiliario», separando e incluyendo los cuadros que aquí se discuten en la rúbrica general de «El resto de todos sus bienes, derechos y acciones» que reservaba para la institución de los herederos universales.

Como la Sala de apelación acertadamente interpreta, para descubrir la verdadera voluntad de la testadora, nada mejor que examinar el anterior testamento por ella derogado, pero en el que ciertamente consta el sentido y el alcance que doña Concepción atribuía al concepto de «muebles». Allí aparece

una cláusula que es el reflejo literal de la que aquí examinamos: «Lega en pleno dominio . a) A su hermana doña Dolores M., todos los muebles que le correspondan»; pero a renglón seguido, en los siguientes apartados c), d), e), f), g), h), e i), dispone, también por medio de legados, de todos y cada uno de los cuadros que aquí se discuten en favor de diferentes familiares, lo que evidencia que para la testadora en la expresión «todos los muebles que le correspondan» no estaban incluidos los cuadros, los cuales constituían bienes diferentes, al igual que las alhajas también legadas; y podían, sin contradicción alguna, ser objeto estos cuadros de transferencias específicas, o de incluirse en el conjunto del haber hereditario, si no se quería hacer una especial disposición sobre los mismos.

COMENTARIO.—Reitera esta sentencia el criterio esencialmente voluntarista y subjetivo en materia de interpretación testamentaria, de acuerdo el término empleado con lo que resulta de otro testamento anterior, el cual, aunque revocado, no puede decirse que carezca de todo valor, pues ha servido para indagar cuál es el sentido que la testadora atribuye al escueto término «muebles», sin más calificativos (v gr.: no dice «los muebles de cualquier clase»). Sabido es que las apetencias fiscales obligan a decir a veces menos de lo que realmente se quiere y así son pocos los testadores que aluden expresamente a cuadros, joyas y objetos artísticos. Misión de quien redacta el testamento es asesorarles debidamente para evitar quede incumplida su verdadera voluntad

REPUDIACION DE HERENCIA.—SUSTITUCION VULGAR.—ACCION DE PETICION DE HERENCIA (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1992).

La acción de petición de herencia es de carácter real y prescribe a los treinta años.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, declara no haber lugar a los recursos interpuestos, en base a las siguientes consideraciones, de las que se desprenden los hechos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—En demanda tramitada en juicio declarativo de Menor Cuan-tía, se pretende por el actor, nacido don Germán José S. P., y de nombre don Germán José S. A., se declare es heredero de su abuelo don Germán Petroni-lo S. A., por sustitución de su padre por naturaleza don José Luis S. G., habida cuenta la renuncia de éste efectuada y de la cláusula de sustitución vulgar que contiene el testamento de aquél, asimismo se pide «la nulidad e inexistencia de todo acto o contrato de disposición, enajenación, gravamen o transmisión efectuado sin su intervención, con cuantas consecuencias y derechos proceda derivado de tales pedimentos», demanda que se ejercita contra los codeman-dados que constan, los cuales se opusieron a la demanda; tramitado el pleito, se resolvió por Sentencia del Juez de Primera Instancia número 1 de Gijón, de 10 de julio de 1989, en donde se estimó la excepción de la litispendencia prevista en el artículo 533-5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esgrimida por la parte demandada, con lo que se absolvió a los codemandados en las preten-

siones contenidas en la demanda, y todo ello, porque, en los autos del Juicio de menor cuantía 587/87, tramitados por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de esta Villa, se dictó Sentencia por la Audiencia Provincial, Sección Cuarta, el 17 de abril de 1989, frente a la cual se opuso por las partes litigantes, Recurso de Casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, y en cuyo pleito, se resuelve extremos también planteados en el presente procedimiento; apelada esta decisión por la parte demandante, se resolvió el recurso por Sentencia de 24 de abril de 1990, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, en cuya parte dispositiva se acogió el mismo y con estimación parcial de la demanda, se declara que el actor es heredero de su abuelo por sustitución de su padre por naturaleza, habida cuenta la repudiación efectuada por el mismo, así como la nulidad de la cesión de los derechos hereditarios correspondientes a don José Luis S. en la herencia de su padre, hecha por aquél a favor de su hermana doña Aquilina S. G., casada con don Luis M. P., en la citada herencia, con las demás consecuencias derivadas, razonándose al punto que frente a la apreciación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de la litispendencia, se indica en su Fundamento Jurídico Primero, que ello no es procedente y que debe examinarse el fondo del asunto, porque, si bien, en ese proceso y en el presente, a que se refiere la sentencia dictada, las partes son las mismas en uno y otro, la causa de pedir son distintas, con lo que no se produce la litispendencia que tutela y previene la cosa juzgada, aspecto este que al no haber sido objeto de recurso (y además de que se acomoda a la disciplina legal la tesis que sustenta la Sala «a quo») deviene firme; y en cuanto al fondo del asunto, se especifica en el F.J. 2.º que se tienen que ventilar dos cuestiones fundamentales; la primera de ellas es lo relativo a la prescripción de la acción alegada por los demandados, por entender se ejercita una acción personal sujeta al plazo de quince años, previsto en el artículo 1.964 C.C., contados desde el fallecimiento del testador en el año 1966, y la segunda, en cuanto al contenido y alcance de la repudiación de la herencia, en relación con las estipulaciones añadidas a la institución del heredero, en el testamento notarial otorgado por don Germán S. A., abuelo y padre, respectivamente, del actor y del codemandado don José Luis S., el día 8 de marzo de 1957, el cual falleció el 17 de marzo de 1966, y cuyo tenor es el siguiente: «En el resto de sus derechos, bienes y acciones, instituye herederos a todos sus hijos a partes iguales, sustituidos por los descendientes legítimos si a ello hubiera lugar», argumentándose en el F.J. 3.º, en cuanto a la prescripción, se trata de dilucidar si el plazo de prescripción es el propio de las acciones personales de quince años, o el de las acciones reales de treinta años, y en este sentido, según la jurisprudencia que cita, hay que concluir, que la acción relativa a la petición de herencia es una acción de carácter real en base al carácter universal de la misma, o lo que es lo mismo, en la consideración de la petición de herencia como una «vindicatio hereditatis», por lo que debe entenderse que es una acción de naturaleza real, que debe estimarse referida su prescripción al plazo de treinta años, previsto en el artículo 1.963 C.C.; en cuanto al segundo problema —F.J. 4.º— éste es, la interpretación que merezca el negocio jurídico testamentario, y si el llamamiento del testador comporta una sustitución vulgar o un supuesto de representación, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 675 C.C., en cuanto a la interpretación de las disposiciones testamentarias, se concluye, que aún cuando la representación pueda ser consecuencia de la voluntad del testador, reconocer que en dicha cláusula se incluye tal institución, supone forzar a límites no lógicos la inter-

pretación del contenido de tal disposición, y que con la debida integración con otros datos significativos respecto a la voluntad del testador, como las palabras empleadas, es evidente, según el Fundamento Jurídico 5.º, que la naturaleza de la institución encaja perfectamente en el concepto de la «sustitución vulgar», como institución condicionante de herederos, relativo a una sustitución simple y sin expresión de causas, y por tanto comprende todos aquellos en los cuales, el primer heredero llamado, no pueda suceder o no llegue a serlo, tanto por no querer —repudiación—, como por no poder —premorien- cia, incapacidad, etc.—; en el razonamiento jurídico 6.º se hace constar que en el trámite de las alegaciones, se adujo como cuestión nueva, la relativa a la ruptura de los vínculos jurídicos existentes entre el actor y su familia biológica, por su adopción plena, por su tío don Valeriano S., el día 13 de agosto de 1984, por lo que, conforme el artículo 178 C.C., ello le privaría del derecho sucesorio legitimario; que tal solución no puede ser de recibo, por cuanto la adopción plena se produce con posterioridad al hecho del fallecimiento del testador y de la repudiación, y la legislación aplicada debe ser la vigente en ese momento, por último, en cuanto a las consecuencias que origina tal repudia- ción, irrevocable, según lo dispuesto en el artículo 997 C.C. —F.J. 7.º—, en cuanto los actos posteriores a la misma, y realizados por don José Luis S., cuya nulidad se reclama genéricamente en el súplico de la demanda, es preciso integrar dicha petición con el contenido de los fundamentos de hecho y derecho que lo sostienen, para entender que la nulidad se postula tan sólo respecto a los actos de cesión de los derechos hereditarios, hecha por el citado don José Luis a favor de su hermana doña Aquilina, casada con don Luis M. P., median- te escritura pública de 19 de abril de 1985 y de la posterior compraventa efectuada por dicho matrimonio a la entidad «RODIMAR, S. L.», de la casa de la calle Garcilaso de la Vega en Gijón, así como de la constitución de la comunidad de bienes efectuada por doña Josefina G. F., en cuanto la explota- ción de un lavadero de carbón, sito en Santa Marina-Figaredo Turón, de tales pretensiones, tan sólo la primera puede viabilizarse, en el sentido de que se trata de la cesión de unos derechos hereditarios que no le correspondían al cedente, por tratarse entonces de un nuevo acto jurídico inexistente al faltar el consentimiento de quien legalmente podía prestarlo, esto es, el actor y porque dicho cedente había repudiado ya tales derechos; y sobre las otras dos peticiones no es posible resolver en la forma solicitada, al no haberse dirigido la demanda contra todos los interesados en la nulidad de los actos en cuestión, como es el caso de «Construcciones Rodimar, S. L.» y de don José S. A., siendo así que fueron personas ligadas por un hitusconsorcio pasivo necesario, por lo cual, en definitiva procede, acogiendo el recurso de apelación, revocar la sentencia de Primera Instancia, estimando la demanda y declarando cuanto se ha transcrito, contra cuya sentencia se interponen dos recursos de Casa- ción, el primero de la parte actora y el segundo el de los codemandados, que se examinan a continuación.

SEGUNDO.—Ahora bien, la Sala, dada la complejidad del asunto y la indis- cutible relación que tiene el recurso de Casación número 822/90, interpuesto frente a la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo de 17 de abril de 1989, en relación con los autos 587/87, a que se refiere el Fundamento Jurídico Primero de la sentencia hoy recurrida, y aunque el fundamento y causas de pedir difieren, en uno y otro proceso, siendo las mismas las partes litigantes en las de este recurso, reproduce los antecedentes significativos del litigio en lo atinente al presente recurso, de la constancia del F.J. 4.º de su

Sentencia 23 de septiembre de 1992, recaído en aquél, número 822/90: «... La Sala, antes de calificar los distintos motivos de este segundo recurso, debe precisar los debidos antecedentes del litigio, que se concretan en los siguientes términos: 1.º El actor don Germán José S. P., nacido en 5 de abril de 1964 —fol. 445-autos—, es hijo biológico del matrimonio formado por don José Luis S. G., codemandado en este pleito, y doña Mercedes P., y cuyo demandante fue adoptado plenamente por su tío-abuelo don José Valeriano S. A., con derecho a utilizar los apellidos S. A., todo ello según Auto de adopción plena de 27 de julio de 1984 —fol. 445-autos—; 2.º Que la codemandada doña Aquilina S. G. es hermana de ese primer codemandado, don José Luis S. G., casada con el codemandado asimismo, don Luis M. P., por lo cual es tía carnal paterna del actor; que don José Valeriano y don Germán Petronilo S. A., causantes de los litigantes son hijos de don Valeriano S. A. y doña Aquilina A. y herederos universales de éstos; que el primero don José Valeriano S. A., tío-abuelo del demandante y padre adoptante del mismo, falleció sin testamento el 8-1-86, y por Auto de 13 de mayo de 1986 se declaró como heredero único y universal del mismo al actor; que don Germán Petronilo, hermano de don José Valeriano fue el padre de don José Luis S. G., esto es, abuelo del actor, así como de la citada codemandada doña Aquilina S. G. que, a su vez, contrajo matrimonio con la también codemandada doña Josefina G. F., esto es, abuela por parte paterna del demandante; 3.º Que por escritura de 19 de abril de 1985, a los folios 516-autos, el padre del actor codemandado, don José Luis S. G., cede a su hermana Aquilina S. G., por el precio de CINCUENTA MIL PESETAS (50.000 ptas.), cuantos derechos le correspondan en la herencia causada por su padre don Germán Petronilo S. A., el cual, asimismo, había fallecido en Gijón el 17 de marzo de 1966, casado en únicas nupcias con doña Josefa G. F., dejando dos únicos hijos, José Luis y Aquilina S. G.; que el fallecido había otorgado testamento abierto en 8 de marzo de 1957, fol. 316-autos, en cuyo testamento se hacía constar que legaba a su esposa el usufructo vitalicio del tercio de libre disposición y que “en el resto de sus bienes, derechos y acciones instituye herederos a todos sus hijos a partes iguales, sustituidos por sus descendientes legítimos si a ello hubiese lugar”; que por escritura de 28 de junio de 1985 —fol. 212-autos—, los citados codemandados procedieron a la venta del inmueble, que se especificó en la misma, a la también codemandada “RODIMAR, S. L.”; 4.º que por convenio de 4 de marzo de 1985 —fol. 135-autos—, constituyeron Comunidad de bienes de carácter privado para la explotación de un lavadero de carbón entre la codemandada doña Josefina G. F. y el padre adoptante del recurrente, don José Valeriano S. A., que en escritura pública 3324, de 10 de diciembre de 1968, donde se hace constar que don José Luis S. G., con capacidad para otorgar, repudia la herencia de su padre don Germán Petronilo S. A., fallecido en 17 de marzo de 1966, con testamento de 8 de marzo de 1957, ante don José Soto Suárez, Notario de León, mandando el usufructo universal a su esposa que está en posesión de la herencia, 5.º En la actualidad sobrevive aún el padre del recurrente, don José Luis, codemandado en este pleito, y que asimismo, la adopción plena efectuada del actor y que se ha indicado anteriormente, lo fue por la resolución judicial de 27 de julio de 1984 —fol. 445-autos—...», que, asimismo en esa sentencia, como aspecto significativo de su parte dispositiva, se declaró la nulidad de la cesión de derechos efectuada el 19 de abril de 1985, con sus efectos derivados.

TERCERO —En el recurso interpuesto por la parte actora, se articulan los

siete motivos que la integran, de los cuales el segundo y tercero fueron inadmitidos en el trámite correspondiente, procediéndose a considerar los restantes: *En el motivo primero*, al amparo del apartado 3 del artículo 1.692 L.E.C., se denuncia el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, al haber incurrido la Sala de Instancia en incongruencia, y ello, según se razona, porque solicitándose en la pretensión la nulidad de los actos realizados por los codemandados, pese a la existencia de esa repudiación o renuncia, la Sala concreta y afirma que debe declararse sólo la nulidad de la cesión de los derechos hereditarios realizada en escritura pública de 19 de abril de 1985, por lo que incurre en la incongruencia indicada al no decretar, como también era obligado, la nulidad de la escritura de adjudicación y aceptación parcial de herencia de 20 de mayo de 1985, y que asimismo la incongruencia reaparece al no adecuar el fallo a las peticiones de esta parte y de los hechos en que se fundamenta, ya que no se decretó también la nulidad de la comunidad de bienes efectuada por doña Josefina G. F., en cuanto a la explotación de un lavadero de carbón situado en Santa Marina-Figaredo Turón, por entender que se debía demandar a don José S. A., sin que se percate la Sala de que don José S. A. no es otro que el hijo de don Valeriano S. R. y de doña Aquilina A. R., y que fue, precisamente, el padre adoptante del hoy actor y recurrente, y que a consecuencia del fallecimiento de don José S. A., padre adoptante del actor, en 8 de enero de 1986, se dictó Auto, en que se declaraba heredero universal del mismo de 13 de mayo de 1986, al hoy recurrente; el motivo, aparte de que no impugna la decisión sobre la adquisición del inmueble por la entidad Rodimar, S. L., que también la Sala contempla en su citado F. J. 7.º, por lo que no cabe ahora su consideración, con independencia de lo resuelto al punto en la citada sentencia de esta Sala de 23 de septiembre de 1992, ha de fracasar, ya que inexistente el desvío de incongruencia imputado en el mismo a la sentencia, conforme lo dispuesto en el artículo 359 de la L.E.C., porque la Sala actúa correctamente en cuanto que de las diversas pretensiones de nulidad de los actos jurídicos derivados, pese a la existencia de esa renuncia o repudiación controvertida, sólo decreta en su Sentencia de 24 de abril de 1990, la nulidad de la cesión realizada en la escritura pública de 9 de abril de 1985 (por lo demás, confirmada esa nulidad por la referida sentencia de esta Sala en la fecha antes anotada de 23 de septiembre de 1992 y con independencia de lo ahora resuelto, al no replantearse la litisdependencia, y de la autonomía funcional de los órganos ejecutivos en razón a la fecha y el trámite en que se acordaron las citadas resoluciones), ya que la denuncia de no haberse acordado también la nulidad de la escritura de adjudicación parcial de herencia de 20 de mayo de 1985, tal y como se replantea en éste y en los posteriores motivos, es una cuestión nueva, no contemplada por la Sala de Apelación al delimitar estrictamente el alcance de la petición de nulidad en su Fundamento Jurídico número 7, y por lo que respecta a la reproducida incongruencia, al no haber decretado la nulidad de la constitución de la comunidad de bienes de doña Josefina G. F., en cuanto a la explotación del lavadero de carbón, y al margen de que tampoco proceda, se subraya que tratándose el problema en el motivo 7.º, será objeto de consideración entonces, por lo que el motivo ha de rehusarse. *En el motivo cuarto* del recurso, se denuncia por la vía del anterior número 5.º del artículo 1.692 L.E.C., la violación del artículo 1.261 en relación con el 774 del C.C. *El motivo quinto*, por la misma vía, ahora se denuncia la violación del artículo 1.255 del mismo Texto legal. Y *en el motivo sexto* se

denuncia, por el mismo camino, la infracción por inaplicación del artículo 997 del C.C., en relación con el 774 del mismo, y en todos ellos, pretendiendo que, en base a la declaración de nulidad de la cesión de los derechos hereditarios a consecuencia de la repudiación operada en 1968, y la operatividad de la cláusula de sustitución vulgar de los descendientes en la escritura de 20 de mayo de 1985, de aceptación y adjudicación parcial de herencias, se realizó entre personas que no podían prestar su consentimiento para realizar dicho contrato, por lo que ese contrato efectuado por los codemandados, que se plasmó en la escritura de 20 de mayo de 1985 atenta a los límites de la libertad contractual, así que, se insiste, la nulidad de tal cesión lleva aparejada, la de repetida escritura de aceptación y adjudicación parcial de herencia; que igualmente se produce esa nulidad porque a consecuencia de la del contrato causal de 19 de abril de 1985, debe derivarse la de todos los actos jurídicos contrarios a consecuencia del mismo, y es justamente en el pormenor del desarrollo del cuarto motivo donde se especifica que todo ello procede porque la Sala de Instancia sólo entendió que existían tres actos posteriores, sobre los cuales contempla su «ratio decidendi», olvidando la existencia de un cuarto que es el aquí aludido, referente a la escritura precitada de 20 de mayo de 1985 (documento 31 aportado), y que la falta de tan primordial requisito obliga a casar por este concepto la sentencia: *Procede rehusar todos* y cada uno de los motivos indicados, ya que, en efecto, aún cuando, en hipótesis fuese cierto el olvido de la Sala de Instancia de ese cuarto acto, lo cierto es que, el tema, en concreto, de la nulidad de la escritura de 20 de mayo de 1985 no se plantea de forma específica en las instancias precedentes y como, expresamente, indica el F.J. 7.º, de la recurrida la nulidad de las consecuencias derivadas de la repudiación y de la posterior cesión de derechos hereditarios, se plantea genéricamente en el súplico de la demanda, por lo que se precisa integrar con el contenido de los Fundamentos de Hecho y de Derecho que lo contienen, para entender que la nulidad se postula tan sólo: primero, respecto a los actos de cesión (escritura de 19 de abril de 1985), en segundo lugar, la posterior compraventa por la entidad «Rodimar, S. L.», de la casa de la calle Garcilaso de la Vega. En tercer lugar, la de la constitución de la comunidad de bienes efectuada por doña Josefina G. F., sobre el lavadero de carbón y por lo tanto, es evidente, pues, que no se plantea expresamente la nulidad de la escritura de aceptación y adjudicación parcial de herencia de 20 de mayo de 1985, por lo que no es posible en este trámite de recurso extraordinario, replantearlo de forma específica, ya que sería una cuestión nueva, no examinada por la Sala sentenciadora, lo cual conduce al rechazo de los motivos en cuestión. *En el séptimo y último motivo* se denuncia, por el antiguo número 5 del artículo 1692, la infracción por inaplicación del artículo 997 C.C., en relación con el 774 y, de nuevo se plantea que, a consecuencia de la repudiación de derechos del codemandado don José Luis S. G., en la herencia de su padre y la existencia de la repetida cláusula de sustitución procede declarar, en concreto, la nulidad del contrato de constitución de la comunidad de bienes efectuada por doña Josefina G. F., relativa a la explotación de un lavadero de carbón sito en Santa Marina-Figaredo Turón el día 4 de marzo de 1965, al haber fallecido don José S. A. y ser el recurrente el único heredero como hijo adoptivo del mismo, por lo que procede dicha nulidad, máxime cuando doña Josefina se autotitula en este contrato de constitución de comunidad de bienes, como dueña del mismo, cuando sólo podía ser usufructuaria, por ser la viuda del hermano de don José Valeriano, en concreto, don Germán Petronilo S. A., y

por todo ello ese contrato y constitución carecería de eficacia, a lo que ha de agregarse la denuncia del motivo primero —de que se expuso— al considerar inconsistente la sentencia esa petición, según razona en su F.J. 7.º, «in fine» por no haber sido demandado don José S. A., pues estaban ligados los interesados en un auténtico litis-consorcio pasivo necesario, al no haberse percatado la Sala de que dicha persona es el padre adoptante del recurrente y que, por su fallecimiento en 8 de enero de 1986 y según Auto de 13 de mayo de 1986, el único heredero del mismo es su hijo adoptivo, hoy recurrente, Germán S. A.; otra vez *el motivo* debidamente ilustrado por lo que respecta a la referencia al primero, tampoco puede aceptarse, por cuanto que, si bien es cierto, que no es válido el fundamento del rehúse de esa pretensión de nulidad, por el defecto formal de la falta de litisconsorcio pasivo necesario, al no haber sido demandado don José S. A., el cual, como dice en el motivo, realmente ha fallecido en la fecha calendada, siendo su heredero el recurrente en virtud del Auto a que antes se ha hecho mención (lo que de suyo, implica que no es posible demandar a persona fallecida, máxime cuando su causahabiente es el continuador en todos sus bienes y derechos) no obstante, examinando el fondo del asunto —actuando a tenor del artículo 1.715 L.E.C.—, tampoco se puede culminar en la petición de nulidad porque, en razón al contenido de dicha escritura de constitución (el día 4 de marzo de 1985, al f. 136), es evidente que, al fallecimiento de uno de los comuneros, como era el padre del recurrente, y en virtud del citado auto que se declara heredero universal al mismo, la situación, en su valoración jurídica, es que, tras ese fallecimiento y esa declaración de herederos, en principio, el hoy recurrente, como titular de esos derechos hereditarios, es un continuador en la situación jurídico-patrimonial de su causante y de consiguiente no procede exigir por esa eventualidad de su óbito se declare la nulidad e ineficacia de dicho contrato de sociedad, sino, en todo caso, al amparo de lo dispuesto en los artículos 400 y siguientes del C.C. y, en relación con lo así dispuesto en la condición undécima de este contrato de 4 de marzo de 1985, puede o pudo ejercitar perfectamente, tras acreditar su cualidad hereditaria, indiscutida en caso alguno, la «*actio commune dividundo*», es decir, pedir la división de dicha comunidad y la correspondiente disolución de la misma, porque no cabe estimar ser una causa de nulidad alguna de cualquier comunidad civil, la mera circunstancia de que uno de los comuneros haya fallecido cuando, precisamente, subsisten los causahabientes herederos universales del mismo, los cuales podrán, previo acreditamiento de su cualidad hereditaria, continuar en el mantenimiento de dicha comunidad o bien —se repite— ejercitar los derechos de división o de disolución correspondientes, por lo que, en cuanto al resto del motivo, habrá de desestimarse asimismo, al no trascender la apreciación de la inexistencia del defecto formal denunciado, con lo que procede la desestimación del recurso.

CUARTO —En *el segundo recurso*, interpuesto por los codemandados, se plantean las siguientes denuncias frente a la sentencia recurrida: *en el primer motivo*, al amparo del antiguo número 5 del artículo 1.692 L.E.C., se denuncia la no aplicación del artículo 1.964 C.C., en relación con la petición de que se declare prescrita la acción ejercitada por ser de carácter personal, y su plazo de prescripción es de quince años, habida cuenta que la fecha de la repudiación de la herencia es de 16 de diciembre de 1968 y hasta la fecha de presentación de la demanda, pidiendo la declaración de heredero, 2 de enero de 1989, pasaron más de veinte años, insistiendo que la acción ejercitada es una acción de carácter personal y declarativa, con lo que en virtud del artículo

lo 1.964 estaba prescrita cuando se ejercitó la acción, aunque el actor no adquiriría la mayoría de edad hasta el año 1982, puesto que la pudo haber ejercitado su representante legal; *el motivo tampoco es de recibo*, ya que hace supuesto de la cuestión, como es, afirmar que la acción ejercitada —auténtica acción de petición de herencia, de declaración de heredero— es una acción de carácter personal, en cuyo caso, el plazo de prescripción es el genérico de quince años del artículo 1.964, lo que es un criterio no sostenible (aún cuando se reconozca que el actor no adquirió la mayoría de edad hasta el año 1982, porque no es posible jugar con esa circunstancia a efectos relevantes, por no regir en nuestro derecho el axioma «contra non valentem agere non currit praescriptio», en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.932), porque, habida cuenta, las características de esa acción, es evidente que la naturaleza de la misma sobre si es personal o real, dependerá directamente del alcance u objetivo que se persiga con su pretensión, siendo elemental afirmar que en una acción de petición de herencia o declaración de heredero, «per se» es una acción de carácter universal cuyo contenido no solo se integró por el ejercicio de derechos personales sino también de derechos reales, y que, indiscutiblemente, persigue, por su identidad con la auténtica «*petitio hereditatis*» incorporar o pretender la conjunción de relaciones jurídicas que integran el concepto de la herencia de una persona (que, por propia definición del art. 659, cuando dice que la herencia comprende todos los bienes o derechos u obligaciones de una persona, que no se extinguen con su muerte) por lo que es obvio que el objetivo de dicha acción de petición de herencia comprenderá justamente todas estas clases de elementos patrimoniales incluidos en su concepto legal, en cuanto a bienes, derechos y obligaciones, en donde hay que admitir la concurrencia o complejidad tanto de derechos personales como de derechos reales dentro del patrimonio relicto, todo lo cual conduce a descartar se trate, pues, sin más, de una acción personal, sino de una acción que, por su universalidad y por comprender justamente los bienes, derechos y obligaciones del citado artículo 659, ha de subsumirse a efectos de prescripción, en la normativa contenida en el artículo 1.962, en la idea del 1.963, por lo que sin poder excluir de antemano lo relativo a los derechos sobre bienes inmuebles, el plazo será el de treinta años, por lo que el motivo ha de rehusarse. En *el segundo motivo* del recurso, se denuncia por la misma vía jurídica, la no aplicación de ese artículo 923, 921, 928, 929 y 931 del C.C., en cuanto que el contenido de la cláusula tercera del testamento otorgado, a que antes se ha hecho referencia (8 de marzo de 1957), acoge un auténtico derecho de representación y no un derecho de sustitución, razonándose en el motivo que si el testador instituyó a sus hijos es lo normal que quiera repartir la sucesión entre los mismos, sus hijos y por consecuencia, si luego en el futuro, si uno instituido renuncia a la herencia, lo normal es que se pierda también para su estirpe, la cual no quiso él, pues ni siquiera la había en el momento que otorgó el testamento; cosa distinta sería que el instituido no pudiera recibir la herencia porque en este caso, por el artículo 929 le sucederían sus descendientes, por lo que se afirma «que no hay representación en los casos de desheredación y de incapacidad, más si la hay, si se produce la repudiación, en cuya circunstancia al entrar en juego tal expediente hereda la hermana y no el que se titula sustituto, y que ha de ceder ante la representación, porque cuando se hizo el testamento el actor no existía»; por otra parte, se añade, cuando el testador desea la suplencia, aunque emplee la palabra sustitución de los sustituidos, es significativo que no quiera ésta para sí, el instituido la repudia porque en tal caso, normal-

mente quiere que el instituido pierda lo que le dejó y no sea llamada a ella su estirpe. *El motivo* aparte, de mezclar una serie de argumentos y obtener conclusiones bien particulares integradoras de cuál fue la voluntad del testador (en la idea en la que se hubiese tenido en cuenta la repudiación de su herencia, no hubiese querido, tampoco, que la estirpe del repudiado entrara en su sucesión, lo cual desde luego es bien discutible) pretende a toda costa, encontrar en dicha cláusula la existencia del mecanismo representativo que, como es sabido, en nuestro derecho positivo, a la vista de lo dispuesto en los artículos 924 y ss. C.C., acoge el criterio, tan falto de equidad, del «vivi nulla representatio», esto es, que en los casos de repudiación del primer llamado, no puedan suceder sus hijos o estirpe en la herencia de su ascendiente, conforme a la definición nuclear del artículo 924 C.C., en donde sólo se admite dicho mecanismo para que los parientes de una persona puedan suceder a otra en los derechos que ésta tuviese, si viviese y hubiese podido heredar, en la herencia de su ascendiente, y no pues, en el supuesto de renuncia cuando no ha querido suceder; mas esta «ius repraesentationes» no es aplicable al caso de autos, pues, aparte de lo que es inconcuso que en nuestro Derecho este derecho sólo opera en la sucesión intestada, que no es, pues la de autos, la propia literalidad de la cláusula controvertida, sin lugar a dudas, deriva en la existencia de una sucesión vulgar por su inespecificación de casos, por devenir evidente que esa es la letra y esa es la voluntad del testador, cuando se dice que en el resto de sus bienes heredan todos sus hijos a partes iguales, sustituidos por sus descendientes legítimos, si a ello hubiere lugar; la expresión de la voz sustitución es drámana acerca del acaecimiento de esa sustitución y la no especificación de casos, como afirma la sentencia recurrida, canaliza el juego de la sustitución vulgar en términos genéricos prevenidos en el artículo 774, por la cual el motivo ha de rehusarse. En *el tercero y último motivo* del recurso, se denuncia por igual vía la infracción por no aplicación de lo dispuesto en el número 1 del artículo 178 C.C. porque, se dice, que la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, que la retroactividad de las leyes de adopción provoca que ésta se rija por la ley vigente al morir el causante y no por la que estuviese vigente al realizarse la adopción, y que como el padre por naturaleza, no ha fallecido, es indudable que cuando ese evento se produzca surta efecto el número 1.º del artículo 178 C.C., y por ello, no tenga el actor ningún derecho con relación a él, lo que, se deduce por analogía con el artículo 657 y el número 9-8 en que la sucesión se rige por la ley vigente en el momento del causante. *Motivo* que también ha de rehusarse y para eso sería suficiente reproducir los argumentos expuestos en el apartado b) del F.J. 5.º de la sentencia, anterior Sentencia de 23 de septiembre de 1992, «... b) Que asimismo resplandece el dato bien significativo que el actor fuera adoptado plenamente, como se ha dicho, según Auto de 27 de julio de 1984 —fol 445— en cuya fecha regía la ley primitiva de adopción de 4 de julio de 1970, cuyo artículo 179, únicamente en su segundo párrafo, eliminaba de los derechos por ministerio de la ley a los parientes por naturaleza, en la herencia del adoptado, con lo cual no cabía entender el efecto a la inversa, esto es, que el propio adoptado careciera de derechos en la herencia de los parientes por naturaleza; más, cuando esto se produzca, con la muerte del padre biológico, no obstante, hay que tener en cuenta que como pervive dicho padre biológico y, en la actualidad rige la nueva legalidad de la Ley 11 de noviembre de 1987, con los efectos jurídicos previstos en el artículo 178.1, de cualquier forma, estos derechos supuestos hereditarios habrán de valorarse

a la luz del Derecho que esté vigente en esa fecha del fallecimiento del padre biológico y, cuyas expectativas sucesorias son las que pretenden esgrimir con visos de actualidad por la pretensión del actor...», y sobre todo, confirmar al respecto lo que indica la Sala «a quo» en su F.J. 6.º, esto es, que la tesis del motivo no es de recibo, por cuanto que cuando se produce la adopción plena del actor, lo es con posterioridad al hecho del fallecimiento del testador, así como de la repudiación y, sobre todo, que la cualidad hereditaria que se declara a favor del actor sobre la herencia de su abuelo don Germán Petronilo S. A., no proviene o se funda «ad hoc» de una relación de parentesco con su padre biológico o por naturaleza don José Luis S. G., cuando aquél ya había sido adoptado plenamente, sino, como se dice, y recoge expresamente en la parte dispositiva de la sentencia apelada, aquella cualidad proviene por la repudiación que ese padre efectúa y el juego de la analizada cláusula de sustitución vulgar contenida en el testamento de su abuelo, actos, como se dice, en unión de la muerte del causante, producidos cuando aún no se había llevado a cabo la adopción; luego se trata de derechos adquiridos por persona aún no adoptada que en nada quedarán afectos por esa adopción posteriormente realizada, cualquiera que sea la legislación por que se rija.

COLACION VALORACION DE LOS BIENES COLACIONABLES. ARTICULO 1.045 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1992).

La alteración del valor producida en la finca colacionable a consecuencia de la recalificación del terreno que pasa de rústico a urbano, corre a cargo y beneficio de la masa partible.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, declara no haber lugar al recurso de casación en base a las siguientes consideraciones:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—El Derecho en sí y en particular las sentencias judiciales, que son ley que los Tribunales establecen para las partes, se avivan, adquieren propio contenido realizador y alcanzan la culminación postulada, cuando efectivamente se hacen ejecutorias, superando así las críticas tanto del conceptualismo como de esoterismo jurídico. Entonces se produce una auténtica vitalización de las resoluciones, se incorporan a la realidad histórico-social y vienen a ser instrumentos efectivos que sitúan definitivamente las divergencias que conformaron el debate procesal en el lugar que los jueces señalan. Se concreta lo abstracto y se hace plenamente próxima a los ciudadanos la actividad juzgadora en cuanto no sólo interpreta el Derecho —que debe ser el objeto de la Jurisprudencia—, sino que también lo hace cumplir.

En el caso presente, el único motivo articulado dirige su impugnación casacional contra el auto del Tribunal de Apelación, dictado el 31 de mayo de 1990, al declarar, entre otros pronunciamientos, que en la partición rectificadora «se incluirán los bienes colacionables por el valor que los mismos tuvieron al tiempo de realizar su tasación y como se especifica en el cuarto de los razonamientos jurídicos de esta resolución, debiendo de incorporarse a los bienes hereditarios de don Jesús G. R. y al hacerse la partición rectificadora por muer-

te del mismo, las cantidades respectivamente adeudadas por los demandados de 3.750.000 pesetas y cincuenta millones de pesetas».

La clave de la controversia, por insistirse en la misma, es la determinación del tiempo en que debe efectuarse la evaluación de los bienes colacionables y concretamente la finca denominada «Huerta de San José», que fue donada al padre del recurrente, don Jesús G. R. (fallecido el 5 de junio de 1980), por su madre doña Victoria R. M. en escritura de 1 de agosto de 1931.

La cuestión ya ha sido resuelta por esta Sala mediante Sentencia de 28 de abril de 1988, en la que se declaró que las frases contenidas en la resolución firme que se ejecuta (dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Granada el 16 de enero de 1984) y que dicen «por el valor al tiempo de practicar la valoración actualizada» y «valor actualizado», han de referirse necesariamente al momento en que se practique la tasación, en el cual se determinará el valor de dichos bienes, objeto de la colación hereditaria en contienda, es decir, se hace referencia tanto a un tiempo futuro, como al acto —práctica de la tasación—, en el cual ha de producirse la concreción de dicho tiempo, al contarse entonces con una fecha precisada.

El mandato de la Sala es imperativo y ley obligada para las partes y juzgadores de la instancia, por lo que la tramitación ejecutoria debe cumplir en todo caso y con la debida lealtad jurídico-procesal dicha declaración.

En el presente recurso se plantea una variación que se aportó como novedosa en apelación y respecto a lo que se discutió y decidió en el proceso contencioso. Consiste en presentar la cuestión desde la óptica de haberse producido mutación en la finca donada, toda vez que se argumenta que la misma pasó de ser rústica a tener naturaleza urbana, con el consiguiente incremento de su valor económico y, en consecuencia, la tasación actualizada debería de referirse al estado de la finca en el momento en que tuvo lugar su donación, respetándose la naturaleza y características que tenía entonces.

La sentencia referenciada de esta Sala de 28 de abril de 1988, contiene una declaración bien precisa, terminante y clara, en cuanto dice «los bienes», en términos generales y amplios, sin matización o especificación alguna por razón de su destino actual, es decir, en relación a los que debe de proyectarse la colación decretada y con total independencia al estado que presentaban al tiempo en que fueron cedidos gratuitamente.

El artículo 1.045 del Código Civil, en su párrafo segundo, establece la particularidad que de producirse aumento o deterioro físico posterior a la donación y aún su pérdida total casual o culpable, será de cargo y riesgo o beneficio del donatario en su caso. Esta normativa fue introducida por la reforma del precepto llevada a cabo por Ley de 13 de mayo de 1981.

Resulta bien clara en cuanto sólo prevé las circunstancias físicas posteriores, no ninguna otra y por tanto no incluye los incrementos económicos o de valor de cualquier tipo que puedan afectar a los bienes donados, como pueden ser los plusvalores derivados de procesos urbanísticos, recalificación de terrenos, creación de infraestructuras revalorizadoras, modificaciones sustanciales en el entorno o cese de actividades agrarias, residenciales o de simple recreo y su sustitución por otras, industriales o de cualquier tipo más rentable, en las que en todo caso el bien permanece con la misma identidad física. El legislador de 1981 no fue previsor, seguramente consciente de estas situaciones, por lo que el mandato de la norma, al resultar bien explícito, no precisa de interpretación o de la necesidad de acudir al proceso analógico para captar su contenido.

En estos casos el citado párrafo segundo del artículo 1.045 y todas estas

circunstancias coyunturales, por no ser precisamente aumentos o deterioros físicos, han de correr a cargo y beneficio de la masa partible y, asimismo, cuando se produce la alteración del valor, como en el caso de autos, por consecuencia de una actuación administrativa y no de forma constatada por la propia actividad decisiva, exclusiva y determinante del recurrente.

Lo anteriormente analizado se refuerza teniendo en cuenta que nuestro Código Civil rechaza la colación «in natura», salvo pacto entre los coherederos, a favor de la colación por imputación que consiste en adición contable a la masa hereditaria del valor del bien donado, conforme a lo ya expuesto y deferida a favor de los herederos legitimarios (Sentencia de 17 de marzo de 1989), produciéndose de esta forma un incremento en el activo a repartir, con la consecuencia de una «toma de menos» en el mismo por parte del donatario que colaciona, conforme al artículo 1.047, lo que tiene su complemento con la procura de lograr una situación de equivalencia para los coherederos, en cuanto estos, y de ser posible, han de percibir, integrando su cuota hereditaria-particional, bienes de la misma naturaleza, especie y calidad de los que fueron objeto de la donación, así se adecua la filosofía del Derecho Sucesorio en cuanto se ha de buscar la obtención de igualaciones cuantitativas y cualitativas que el Código Civil decreta en su precepto 1.061.

La decisión de la Sala resulta acorde con la sentencia que se ejecuta en este marco de operatividad, pues de esta manera, el recurrente don Jesús M.G., como sucesor del primitivo donatario, ha de recibir una participación menor en el caudal hereditario, concorde y en conformidad a lo que se anticipó a su causante, incrementándose consecuentemente los derechos de los demás herederos no donatarios, por el acrecentamiento que así experimente el caudal hereditario a consecuencia de la efectividad de la adjudicación compensatoria que se ha de realizar.

PARTICION. CONTADORES PARTIDORES: PLAZO Y FORMA DE ACTUACION RESCISION POR LESION. HERENCIA: ACEPTACION TACITA. DERECHO DE TRANSMISION. ARTICULOS 898, 904, 910, 991, 1.006 Y 1.074 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1992)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por las dos partes litigantes conforme a los siguientes fundamentos, de los que se desprenden con toda claridad los hechos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO —El proceso a que este recurso se refiere fue promovido por don Marcelino B. P. contra sus hermanos don Enrique y doña María (aparte de otros demandados que no se estima necesario relacionar aquí), en el que postuló, con carácter principal, la declaración de nulidad de la partición de la herencia del padre de dichos litigantes, don Marcelino B. V. (practicada por el contador-partidor don Antonio A. P.) y, con carácter subsidiario, la declaración de rescisión de la referida partición por lesión en más de la cuarta parte. En dicho proceso, en su grado de apelación, recayó sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña, por la que, confirmando la de primera instancia, desestima el referido pedimento principal de

la demanda y, estimando el subsidiario, declara la rescisión de la partición por lesión en más de la cuarta parte y, en consecuencia, condena a los demandados (a virtud de la correspondiente opción hecha por éstos para dicho supuesto de rescisión) a que indemnicen al actor en la cantidad de cuatro millones ochocientos dos mil novecientos diez pesetas. Contra la referida sentencia de la Audiencia interponen sendos recursos de casación, por este orden de formalización, los demandados don Enrique y doña María (con un motivo) y el demandante don Marcelino (con tres motivos). Los dos referidos recursos habrán de ser estudiados y resueltos por orden inverso al cronológico en el que fueron formalizados (que es en el que anteriormente han sido relacionados), pues si el interpuesto por el demandante (que viene a combatir el pronunciamiento desestimatorio del pedimento principal de la demanda acerca de la nulidad de la partición) hubiera de ser estimado, se produciría el decaimiento automático del formulado por los demandados (con el que sólo impugnan el pronunciamiento estimatorio del pedimento subsidiario de la demanda referente a la rescisión de la partición)

SEGUNDO.—La petición de nulidad de la partición trató de sustentarla el demandante don Marcelino en el siguiente doble orden de cuestiones: a) que la partición había sido practicada por el contador-partidor don Antonio después de caducado el plazo legal y la prórroga concedida por el causante en su testamento; b) que en dicha partición se habían incluido, como formando parte del caudal hereditario del causante, los bienes que éste había heredado de su hermana doña Adela B. V., cuando el causante, dice el demandante, había fallecido antes de haber aceptado la herencia de su referida hermana.

TERCERO.—Para la adecuada comprensión y subsiguiente resolución de la primera de las apuntadas cuestiones, han de dejarse consignados los siguientes presupuestos fácticos: 1.º El día 28 de agosto de 1962 y bajo la fe del notario de Vigo D. ... (número 2 688 de su protocolo), don Marcelino (padre de los aquí litigantes) otorgó testamento abierto, en el que desheredó a su hijo don Marcelino B. P. e instituyó herederos universales y únicos de todos sus bienes, por partes iguales, a sus otros dos hijos, don Enrique y doña María B. P. Además de ello, el expresado testamento contenía la siguiente cláusula: «Sexta: Ejecución testamentaria. Expresa su deseo de que la autoridad judicial no intervenga en los asuntos de su testamentaria y nombra comisarios contadores partidores, mancomunadamente, para que dos de ellos por el orden en que son designados, realicen las operaciones particionales, a don Rafael A. P., abogado de Pontevedra; don Alfonso M. M., Procurador de Vigo; don Arturo E. P. y don Carlos C. R., abogados de Vigo, y don Antonio A. P., Procurador de los Tribunales, de Vigo. Los faculta para que, conjuntamente, dos de ellos —según ya se expresó— efectúen las operaciones de inventario, avalúo, colación, liquidación, división y adjudicación de la herencia y la entrega de los legados, y para que intervengan en la liquidación de la sociedad de ganancias. Les amplía el plazo legal por dos años, contados a partir de la fecha en que para ello sean requeridos por cualquiera de los interesados. Hace esta designación sin perjuicio de que los herederos, antes del aludido requerimiento para que desempeñen su función, por acuerdo unánime decidan practicar ellos mismos las operaciones de partición, sin la intervención de los comisarios. Estos se sustituirán y suplirán caso de fallecimiento o renuncia, por el orden en que quedan designados y, en último extremo, podrá actuar uno solo de ellos, individualmente». Bajo el referido testamento (último de los por él otorgados), don Marcelino B. V. falleció el día 10 de enero de 1971. 2.º Su hijo

don Marcelino B. P. promovió juicio sobre nulidad del expresado testamento y otros extremos, en cuyo proceso, en grado de apelación, recayó Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, de fecha 25 de junio de 1974, por la que dejó sin efecto la desheredación de don Marcelino B. P. y declaró el derecho de éste a la legítima estricta en la herencia de su padre. En casación, dicha sentencia de la Audiencia fue confirmada por otra de esta Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 9 de octubre de 1975. 3º Tras la no aceptación por parte de los dos primeros contadores-partidores (don Rafael A. P. y don A. M. M.), aceptaron (en 1978) los dos siguientes en el orden de su nombramiento (don Arturo E. P. y don Carlos C. R.), los cuales, sin haber cumplido su encargo manifestaron (en el requerimiento notarial que, al efecto, les hicieron los herederos don Enrique y doña María) que estaban conformes en que le fuera encomendado el cumplimiento del encargo testamentario a la persona que correspondiera, según el contenido del testamento de don Marcelino B. V. (folio 223 de los autos). Ante ello, los referidos herederos (en 1982) requirieron, al objeto indicado, al contador-partidor designado por el testador en último lugar, don Antonio A. P., quien en 1983 realizó la partición que aquí se impugna.

CUARTO.—La sentencia recurrida, en plena coincidencia con la de primer grado, con respecto al primero de los expresados temas, que es el que ahora nos ocupa, declara que «no ofrece duda que en el supuesto que se enjuicia medió un nombramiento sucesivo de contadores-partidores, y a la vez mancomunado, dos a dos, para los cuatro primeros, que determinaba que el último de los nombrados no pudiese actuar sino en defecto de los preferentes y, al no haber éstos renunciado a su cargo hasta que transcurrió el plazo de que disponían para desempeñarlo». A combatir dicha tesis resolutoria de la sentencia impugnada se orienta el primer motivo de este recurso (el interpuesto por el demandante don Marcelino B. P.), con apoyo procesal en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su redacción anterior a la hoy vigente), por el que, denunciando infracción del artículo 675 del Código Civil, acusa a la sentencia recurrida de errónea interpretación de la cláusula sexta del testamento de don Marcelino B. V., al entender que el plazo (el legal más los dos años de prórroga) para el ejercicio del cargo de contador-partidor había de contarse a partir de que los anteriormente nombrados (en el orden de sucesivos nombramientos) renunciara el cargo o, habiéndolo aceptado, dejaran transcurrir el plazo sin cumplir su encargo, cuando el referido plazo, parece decir el recurrente, había sido señalado por el testador de forma común para todos ellos, los cuales, además, sólo podían sucederse o sustituirse, agrega, en caso de fallecimiento o renuncia de los anteriormente nombrados. Partiendo, por un lado, de que la finalidad de la interpretación testamentaria es la de conocer la verdadera intención o voluntad del testador (artículo 675 del Código Civil), que es la ley de la sucesión, y teniendo en cuenta, por otro lado, que la interpretación de los testamentos es función propia de los juzgadores de la instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas deben ser respetadas en casación, salvo el supuesto de que puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la voluntad del testador (Sentencias de esta Sala de 17 de junio de 1988, 28 de abril de 1989, 7 de mayo de 1990, 18 de julio de 1991), el motivo ha de ser desestimado, dada la correcta interpretación testamentaria hecha por las coincidentes sentencias de la instancia, ya que la indudable voluntad del testador, expresada en la cláusula sexta de su testamento (que ha sido transcrita literalmente en el Fundamento Jurídico anterior de esta resolución)

fue la de que la partición de su herencia (respecto de la que prohibió expresamente toda intervención judicial) fuera necesariamente practicada por dos de los cinco contadores-partidores por él nombrados (actuando los dos en forma mancomunada), estableciendo un orden sucesivo de nombramientos, para el caso de renuncia o fallecimiento de los nombrados en primer lugar, permitiendo incluso que, en último extremo, la practicara uno sólo, lo que lógicamente implicaba que mientras no constara la renuncia de los anteriores, no podía entrar a ejercer su cargo el siguiente o siguientes, cuyo plazo de cumplimiento (el legal más los dos años de prórroga) había de empezar a contarse desde que «para ello sean requeridos por cualquiera de los interesados» (según dice expresamente el testador en la referida cláusula sexta), que es lo ocurrido en el caso que nos ocupa, en el que hasta que no se produjo la renuncia de los dos únicos (tercero y cuarto en el orden de nombramientos sucesivos) que, en principio, habían aceptado, pero luego no cumplieron su encargo, no pudo darse entrada al último, a virtud del requerimiento que, al efecto, le hicieron los interesados, según la expresa e indudable voluntad del testador, la cual ha sido correctamente interpretada por las coincidentes sentencias de la instancia, por lo que el motivo ha de fenecer, como ya se tiene dicho.

QUINTO.—Con la misma sede procesal que el anterior, aparece formulado el motivo segundo, por el que, denunciando haberse infringido, por violación, el artículo 910 del Código Civil, en relación con los artículos 894, párrafo segundo, 898 y 904 del Código Civil, el recurrente viene a sostener, según parece deducirse del alegato que integra su desarrollo, que en el nombramiento de contadores-partidores sucesivos, el plazo señalado por el testador (el legal más los dos años de prórroga) debe entenderse común para todos ellos, a lo que agrega que en el presente caso el nombramiento de los sucesivos contadores-partidores lo hizo el testador para el supuesto de fallecimiento o renuncia de los anteriores, pero no para cuando éstos agotaran el plazo sin cumplir el encargo. Partiendo de la premisa previa de que el testador puede nombrar contadores-partidores en forma sucesiva (para que los posteriores, en el orden señalado, desempeñen el cargo, si no lo hacen los anteriores), cuya permisividad tiene su apoyo legal en el artículo 894.2 del Código Civil que, aunque referido a los albaceas, se considera aplicable también a los contadores-partidores (dada la carencia de regulación de esta institución en nuestro ordenamiento jurídico, que sólo se limita a admitirla en el artículo 1.057 del citado Cuerpo legal), parece evidente que el plazo para el desempeño del cargo no puede ser común para todos ellos, sino que dicho plazo para los nombrados en posterior lugar (por no desempeño del cargo por los anteriores) habrá de contarse a partir de que aquéllos sean requeridos para ello (y acepten), como en el caso que nos ocupa fue la voluntad del testador (que es a la que, en todo caso, ha de atenderse), cuando dice expresamente que «les amplía el plazo legal por dos años, a partir de la fecha en que para ello sean requeridos por cualquiera de los interesados». Por otro lado, como la entrada en el cargo de los posteriormente nombrados se halla condicionada también expresamente por el testador al «caso de fallecimiento o renuncia (de los anteriores), por el orden en que quedan designados, y, en último extremo, podrá actuar uno solo de ellos, individualmente», entendemos que dicha renuncia no ha de producirse forzosamente en el momento del requerimiento, sino que también es viable cuando, después de haber aceptado el cargo, decidan no desempeñarlo, lo que indudablemente entraña también un supuesto de renuncia, que fue lo ocurrido

en el presente caso, en que habiendo aceptado el cargo los nombrados en tercero y cuarto lugar (los dos primeros no lo habían hecho), luego manifestaron (a virtud del requerimiento que les fue hecho) que estaban conformes en que le fuera encomendado el cumplimiento del encargo testamentario a la persona que corresponda, según el contenido del testamento, ante lo cual los dos herederos instituidos como tales (don Enrique y doña María) requirieron para el desempeño del cargo al nombrado en último lugar (don Antonio A. P.), pues de no haberlo hecho así habían dejado de cumplir la voluntad del testador, quien tenía ordenado que «en último extremo, podrá actuar uno solo de ellos, individualmente», el cual, obviamente, habría de desempeñar el cargo dentro del plazo correspondiente (el legal más los dos años de prórroga), contado a partir de la fecha en que fuera requerido para ello, como ocurrió en el caso que nos ocupa. Por todo lo cual, el presente motivo también ha de fenecer.

SEXTO.—Antes de entrar en el examen de la segunda cuestión, han de dejarse consignados los siguientes presupuestos fácticos. 1.º Doña Adela B. V. (hermana de don Marcelino B. V.) estaba judicialmente declarada incapaz, siendo su tutor su referido hermano. 2.º El día 28 de septiembre de 1964, doña Adela B. V. (ante el notario de Vigo, don .), otorgó testamento abierto, cuya única disposición testamentaria es del siguiente tenor literal: «OTORGA: que es su deseo, que su hermano y tutor, don Marcelino B. V. no perciba beneficio alguno de la testadora, ni que sea llamado, bajo ningún aspecto, a recibir bienes de su herencia, de la que lo aparta en absoluto. Y ello, por razón del abandono en que la tiene». 3.º Doña Adela B. V., en estado de soltera, falleció el día 12 de agosto de 1967. 4.º Don Marcelino B. V. promovió juicio de mayor cuantía, en el que impugnó la validez del referido testamento de su hermana doña Adela B. V. y solicitó su declaración como único heredero abintestato de la misma. En dicho juicio, recayó Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número dos de Vigo, de fecha 28 de noviembre de 1969, por la que declaró nulo e ineficaz el expresado testamento y a don Marcelino B. V. único y universal heredero abintestato de su hermana doña Adela B. V. En el recurso de apelación que contra dicha sentencia interpuso don Marcelino B. P., la misma fue confirmada por Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, de fecha 10 de abril de 1971, y ésta, a su vez (en el correspondiente recurso de casación), fue confirmada por Sentencia de esta Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 8 de marzo de 1972. 5.º Don Marcelino B. V. falleció el día 10 de enero de 1971, o sea, después de haber sido dictada la referida Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (de fecha 28 de noviembre de 1969) y antes de que lo fueran las ya mencionadas de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña (de fecha 10 de abril de 1971) y de esta Sala Primera del Tribunal Supremo (de fecha 8 de marzo de 1972), confirmatorias de la de primera instancia.

SEPTIMO.—Como ya se tiene dicho en el apartado b) del Fundamento Jurídico segundo de esta resolución, el actor don Marcelino B. P. basó también su pretensión de nulidad de la partición hecha por el contador-partidor don Antonio A. P. en la alegación de que en dicha partición se habían incluido, como formando parte del caudal hereditario del causante don Marcelino B. V., los bienes que éste había heredado de su hermana doña Adela B. V., cuando dicho causante, dice el actor, había fallecido antes de haber aceptado la herencia de su referida hermana. La expresada pretensión anulatoria también fue desestimada por la sentencia recurrida, por entender, en plena coin-

cidencia con la de primer grado, que don Marcelino B. V., antes de fallecer en 10 de enero de 1971, ya había aceptado la herencia de su hermana doña Adela. La aludida tesis resolutoria de las coincidentes sentencias de la instancia aparece impugnada en el motivo tercero y último del recurso de don Marcelino B. P., con la misma apoyatura procesal que los dos anteriores, por el que, denunciando violación del artículo 991, en relación con el 1.006, ambos del Código Civil, el recurrente viene a sostener, en esencia, que don Marcelino B. V. falleció sin haber aceptado la herencia de su hermana doña Adela, al haber ocurrido dicho fallecimiento antes de que quedara firme la sentencia por la que se declaró nulo e ineficaz el testamento de doña Adela y se declaró también al señor B. V. único y universal heredero abintestato de su referida hermana. Partiendo del supuesto de que, declarada la nulidad e ineficacia del testamento de doña Adela, con la eficacia «ex tunc» que corresponde a toda nulidad radical o absoluta, la vocación «ex lege» (artículos 657, 912.1º y 946 del Código Civil) de don Marcelino B. V. a la herencia de su hermana doña Adela, ha de entenderse producida desde el momento del fallecimiento de ésta, a partir de cuya fecha podía aceptarla, el motivo ha de ser desestimado, ya que toda herencia puede ser aceptada de forma tácita, una de cuyas manifestaciones es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptarla (artículo 999 del Código Civil), es decir, por actos concluyentes que revelen de forma inequívoca la intención de adir la herencia, o sea, aquellos actos que, por sí mismos o mero actuar, indiquen la intención de querer ser o manifestarse como herederos, de actos que revelen la idea de hacer propia la herencia o, en otro sentido, que el acto revele sin duda alguna que el agente quería aceptar la herencia (Sentencia de esta Sala de 15 de junio de 1982). La expresada calificación de aceptación tácita ha de atribuirse, sin duda alguna, a la conducta de don Marcelino B. V. al impugnar la validez del testamento de su hermana doña Adela, cuya única disposición testamentaria (ya transcrita en el Fundamento Jurídico anterior de esta resolución) se limitaba únicamente a excluirle de participar en su herencia y cuyo proceso impugnatorio (en el que, al mismo tiempo, pidió se le declarara único y universal heredero abintestato de su referida hermana), terminó por sentencia estimatoria de sus pretensiones, dictada en primera instancia con fecha (28 de noviembre de 1969) anterior a su fallecimiento, aunque la firmeza de la misma, a virtud de los sucesivos recursos (de apelación y casación) interpuestos por su hijo don Marcelino B. P. (aquí recurrente) se produjera después de su muerte, antes de la cual había dejado patentizada ya, de modo concluyente e inequívoco, como acaba de decirse, su aceptación de la expresada herencia de su hermana, por lo que la sentencia recurrida no sólo no ha incurrido en la denunciada infracción de los preceptos invocados por el recurrente, sino que ha hecho una correcta aplicación del artículo 999 del Código Civil, en cuanto viabilizador de la aceptación tácita de la herencia, que se produjo en el caso aquí enjuiciado, lo que ha de comportar, como ya se tiene dicho, también el fenecimiento de este motivo y, por tanto, la desestimación del recurso interpuesto por don Marcelino B. P. con expresa imposición a éste de las costas causadas con el mismo y la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal que corresponda.

OCTAVO.—La desestimación que acaba de hacerse del recurso interpuesto por el demandado don Marcelino B. P. nos lleva necesariamente al estudio y resolución del formulado por los demandados don Enrique y doña María B. P., que se orienta, como ya se dijo en el Fundamento Jurídico primero de

esta resolución, a combatir el pronunciamiento de la sentencia recurrida, por el que, estimando el pedimento subsidiario de la demanda, declara la rescisión de la partición por lesión en más de la cuarta parte y les condena a indemnizar al actor en la cantidad de cuatro millones ochocientos dos mil novecientos diez (4.802.910) pesetas. El motivo único, integrador del expresado recurso, formulado al amparo del ordinal tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la infracción del artículo 359 de la misma Ley, en atención a que, a juicio de los recurrentes, la petición contenida en el punto séptimo de la demanda envuelve la cuantificación del valor de su derecho hereditario en quince millones de pesetas, por lo que la Sala de instancia, al conceder al demandante una indemnización de cuatro millones ochocientos dos mil novecientos diez pesetas, que añadidas a las adjudicaciones en partición, cifradas en diez millones setecientos veinticuatro mil ochocientos cuatro (10.724.804) pesetas, proyectan una suma total de quince millones quinientas veintisiete mil setecientos catorce (15.527.714) pesetas, lo que implica, dicen los recurrentes, una plus concesión a lo pedido, que entraña incongruencia. El motivo fracasa, porque parte de un supuesto inexacto, ya que la pretensión de la demanda, en el punto séptimo del «suplico», lo que cuantifica en quince millones no es el valor de su derecho hereditario, sino el daño producido en la adjudicación para el pago de su cuota hereditaria, que es la correspondiente a su legítima estricta y, por ello, en la duda de que no llegue a esa cantidad el daño, añade —significativamente en orden a su intención y voluntad de pedir— el párrafo siguiente: «o, y que se determine en período de prueba»; y la evidencia de que con esta postulación se refería al daño o minoración en la adjudicación que le había sido hecha en el cuaderno particional y no al valor de su cuota hereditaria, como certeramente se dice en las dos sentencias de la instancia, es que tal petición está en correcta correspondencia con el dictado del artículo 1.074 del Código Civil, en que la lesión en más de la cuarta parte entraña una confrontación aritmética entre el valor de lo adjudicado y el caudal relicto, obviamente en función de la cuota hereditaria, que se simboliza en una fracción determinada, por lo que no hay plus concesión en la sentencia impugnada, lo que hace decaer el motivo. En definitiva, y haciendo caso omiso del juego de palabras que los recurrentes emplean, el daño cuya indemnización se pide es la diferencia entre el valor absoluto del caudal hereditario, proclamado en la sentencia combatida, y el correspondiente a la adjudicación real de bienes al demandante, según la participación fraccionaria que de aquel valor absoluto le correspondería, por lo que si, a tenor de lo expuesto, su cuota de valor hereditario era de quince millones quinientas veintisiete mil setecientos catorce (15.527.714) pesetas, novena parte (legítima estricta) del valor absoluto del caudal, ascendente a ciento treinta y nueve millones setecientos cuarenta y nueve mil cuatrocientas treinta y cuatro (139.749.434) pesetas, y sólo se han adjudicado bienes valorados, según los mismos parámetros, en diez millones setecientos veinticuatro mil ochocientos cuatro (10.724.804) pesetas, es evidente que el daño, por defecto de adjudicación, consiste en la diferencia de cuatro millones ochocientos dos mil novecientos diez (4.802.910) pesetas, que es muy inferior al tope de los quince millones en que establecía el demandante el máximo de dicho perjuicio que, en todo caso, sometía a su especificación en período de prueba, habiendo los demandados, aquí recurrentes, optado en el proceso por hacer efectiva la referida indemnización de cuatro millones ochocientos dos mil novecientos diez pesetas, a virtud de la facultad que les concede el artículo 1.077 del Código Civil. El decaimiento de este único motivo

del presente recurso ha de llevar aparejada también la desestimación del mismo.

INSTITUCION CONDICIONAL DE HEREDERO. SUSTITUCION «SINE LIBERIS DECESSERIT». ARTICULOS 759, 774, 789, 790 Y 791 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1992)

La interpretación del testamento es función de los Tribunales de instancia, a menos que sea manifestamente errónea o contradiga con toda claridad la voluntad del testador.

El heredero que muere antes de que la condición se cumpla no adquiere derecho alguno y, por tanto, no puede transmitirlo.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelada contra la sentencia de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de La Coruña, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Lugo, conforme a los siguientes fundamentos:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO —Don Abel G. G. promovió juicio declarativo de menor cuantía contra doña María Josefa Gumersinda G. G., don Eduardo R. G. y doña Videla F. (esposos entre sí), don Isidro G. P., doña Carmen y doña María G. P., las personas que sean herederas u ostenten derechos sobre la herencia de doña Sofía G. P. y el Ministerio Fiscal, sobre declaración de herederos y otros extremos, en cuyo procedimiento se estimaron acreditados los siguientes hechos: a) Don Manuel G. G. estuvo casado con doña Generosa G. G., habiendo de tal matrimonio tres hijos: José, Angel y María Josefa Gumersinda G. G. b) Si bien doña Generosa falleció el 7 de octubre de 1913, hizo testamento, en el que, tras decir que «deja por hijos a José, Angel y María Josefa Gumersinda», deja «al José dos tercios de todos sus bienes, quedando lo restante para repartir entre todos» y que «también declara que si el José muere sin dejar herederos pase la mejora al que le sigue, y que si alguno de ellos no tiene capacidad legal para regir y administrar, le sucede en la mejora el siguiente». c) Posteriormente, el viudo don Manuel G. G. casó con doña Brígida P. G., habiendo de tal matrimonio cuatro hijos: Carmen, Sofía, María e Isidro G. P. d) Don Manuel G. G. falleció en 23 de junio de 1923 y su segunda esposa Brígida, murió en 9 de abril de 1961; la hija de ambos, Sofía, murió el 24 de mayo de 1955. e) Respecto a los tres hijos de don Manuel G. G. y de doña Generosa G., consta: que Angel murió soltero, sin descendencia y sin testar, el día 18 de febrero de 1931, que José murió soltero, sin descendencia y con testamento hecho el 30 de diciembre de 1959, el día 12 de febrero de 1964, y que en tal testamento instituyó universal heredero a su sobrino carnal, don Abel, y f) La herencia de doña Generosa permanece todavía indivisa. La cuestión más esencial planteada en la litis fue la del alcance y significación que merecía la cláusula testamentaria otorgada por doña Generosa, cuestión a la que se circunscribe el presente recurso de casación, y sobre la cual, discreparon las sentencias recaídas en primera y segunda instancia, pues en tanto el

Juzgado entendió que la mejora concedida por doña Generosa a su hijo José, pasó íntegramente a su hijo Angel por haber fallecido José sin descendencia, la Audiencia estimó, por el contrario, que el derecho a la mejora se consolidó en José, desde el momento en que Angel premurió a su hermano.

SEGUNDO.—En el segundo motivo del recurso, único a estudiar, como ya se dijo, se denuncia la infracción, por no aplicación de los artículos 774, 789, 790 y 791 del Código Civil, así como la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias de 30 de abril de 1913 y 16 de enero de 1915, reduciéndose la argumentación de la parte recurrente a que la voluntad de la causante doña Generosa está claramente expresada en su testamento, pues de la lectura de su disposición testamentaria a favor de su hijo José, al haber fallecido éste sin sucesión, pasó al siguiente hijo, es decir, a doña María Josefa Gumersinda, que era la única hija que le sobrevivía, dado que José y Angel habían fallecido sin sucesión. Está fuera de discusión que *la interpretación de los testamentos es función de los Tribunales de instancia, a menos que sea manifiestamente errónea o contradiga con toda claridad la voluntad del testador*, como así ha venido siendo declarado en doctrina consolidada de la Sala, que por ser de general conocimiento excusa la cita de las sentencias en que figura reconocida, y de ello, que el tema planteado por el recurso consista en determinar si la labor interpretativa del Tribunal «a quo» respecto a la disposición testamentaria de que se hizo mención, fue correcta o, por el contrario, desconoció la voluntad e intención de la testadora.

TERCERO.—Atendiendo a la literalidad de los términos de expresión de la cláusula testamentaria, primer elemento interpretativo, aparece evidente que la testadora, doña Generosa, estableció un llamamiento condicional respecto al destino de la mejora, que se proyecta en la frase de «si el José muere sin dejar herederos» y la clave del beneficiario de dicho llamamiento está en la frase que se enlaza a continuación: «pase la mejora al que le sigue», esto es, a Angel, con lo cual, aquel llamamiento se viene a configurar como único y cuasi nominal, y vino a suponer una especie de sustitución «sine liberis». Siguiendo con la hermenéutica literal, es evidente que la condición no aconteció, en cuanto que José falleció con testamento otorgado, en el que se instituyó como heredero testamentario a su sobrino carnal Abel, y como consecuencia de ese incumplimiento de la condición, hay que entender que en José se consolidó la mejora, pero, por otro lado, la premoriencia de Angel respecto a José vino a significar la imposibilidad de que Angel hubiera llegado a adquirir un derecho sobre la mejora y la imposibilidad, por tanto, de transmitir tal derecho a sus herederos, en armonía con lo dispuesto en el artículo 759 del Código Civil. La aludida doble imposibilidad produce, a su vez, la consecuencia de resultar indiferente al caso la circunstancia de haber sido intención de la testadora identificar la palabra «herederos» con la de «descendientes», pues, en cualquier caso, Angel por su premoriencia, no pudo transmitir derecho alguno sobre la mejora. Por último, debe puntualizarse que al entender que fue Angel el único y exclusivo beneficiario del llamamiento, la sustitución no podía haber alcanzado nunca a la hermana María Josefa Gumersinda.

COMENTARIO.—El supuesto que motiva esta sentencia es vivo ejemplo del cuidado con que deben redactarse las cláusulas testamentarias, ya que la contenida en el testamento de doña Generosa es lo suficientemente oscura para originar dos distintas interpretaciones por el Juzgado y por la Audiencia. Aun dando por buena la tesis de esta última, como lo hace el Tribunal Supremo,

en razón al fundamental hecho de que el hijo Angel —segundo llamado— fallecido después que su madre, doña Generosa, premurió a su hermano José —primer llamado— falleciendo ambos sin descendencia, por lo que al morir antes de que se cumpliese la condición de que José falleciera sin «herederos», no pudo adquirir ni, por ende, transmitir derecho alguno, quedan en pie numerosas dudas y son discutibles las afirmaciones que a modo de «obiter dicta» se expresan en la sentencia. Las cuestiones que no aparecen claras son principalmente:

1.^a La palabra *herederos* debe interpretarse en sentido técnico estricto, comprendiendo a cualesquiera sucesores a título universal, incluso herederos voluntarios extraños o, por el contrario, equivale a *descendientes*, interpretación esta última que está más acorde con el fundamento y finalidad del fideicomiso o sustitución «sine liberis».

2.^a El «pase la mejora al que le sigue» quiere significar que la voluntad de la testadora era la de llamar únicamente al siguiente hijo Angel o debe entenderse que deben agotarse todos los llamamientos a favor de los tres hijos que enumera en la misma cláusula y por ello después de Angel vendría la hija María Josefa Gumersinda si sobrevive al primer llamado y muere con descendencia. Solución esta última que es más conforme con la finalidad de esta sustitución, que es mantener los bienes dentro de los descendientes directos o en línea recta descendente de la testadora. Por eso debiera haberse expresado «pase la mejora al que le sigue en orden sucesivo», o mejor, «pase la mejora al que le sigue y así sucesivamente» y ya, para mayor claridad, «pase la mejora a Angel y, en su defecto, a María Josefa Gumersinda». Esta interpretación que se propone parece que tiene a su favor el argumento de que si la testadora llama a los tres para el caso de que alguno de ellos careciese de capacidad legal para regir y administrar, esto es, en este supuesto es llamada también la hija, la misma solución deberá aplicarse en el caso de que el segundo llamado no puede adquirir por premoriencia, ya que también en este caso puede decirse que carece de capacidad. Por esto no aparece tan claro que sea Angel el único y exclusivo beneficiario del llamamiento, sin que la sustitución pudiera alcanzar nunca a la hija de la testadora, ya que ésta no la limita a los hijos varones.

Sobre el particular puede consultarse, entre otros:

ROCA SASTRE. *El problema fideicomisario de los hijos puestos en condición*, Barcelona, 1948. *El fideicomiso «si sine liberis decesserit» en el Código Civil*, Madrid, 1956. VALLET. «Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula «si sine liberis decesserit» en el Derecho de Castilla y en el Código Civil», en *Anuario de Derecho Civil*, XIV-1, pp. 783-860. PUIG FERRIOL: «Sustitución fideicomisaria si sine liberis decesserit en Mallorca (Sentencia de 24 de octubre de 1964)», en *Revista de Derecho Privado*, 1965, pp. 139-140.

F. C. L.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

MOISSET DE ESPANES, L.: «*Publicidad registral*» *advocatus*, Córdoba, 1991 (Argentina).

La ausencia tenida por mí —o la falta de asistencia, si se quiere— al último Congreso Internacional de Derecho Registral (Torremolinos, 1992) debida a un conjunto de factores difícilísimos de explicar, pero entre los cuales destaco la falta de «excitación de celo», supuso que el autor de este libro y algunos otros extranjeros lo lamentaran y trataran de paliar mi ausencia, con encuentros posteriores en los que me obsequiaron y les obsequié con libros y otras cosas. Precisamente uno de estos obsequios lo constituye el libro que ahora traigo a recensión que, dedicado a su bella esposa Alba Azucena, trae en el ejemplar que me regala una frase muy cariñosa y un recuerdo histórico del año en que esto sucede.

El libro lo he tenido guardado como «oro en paño» y lo saco ahora porque en el mismo se abordan dos problemas sobre los que inciden actualmente muchos comentarios y diferentes opiniones. Me estoy refiriendo al principio de publicidad registral y el duro ataque inferido al mismo por una reciente reforma procesal, por la legislación urbanística y por el deterioro —en su aspecto formal— a través de la informática. Temas que, salvo los dos primeros, propios de nuestra legislación, se estudian en la publicación.

LUIS MOISSET es, sin duda, uno de los juristas punteros de Argentina, pre-dispuesto al entendimiento con nuestra peculiar forma de entender y organizar nuestro sistema registral y lleno de argumentos para defender las diferencias que nos separan. Le conozco desde el Primer Congreso Internacional Registral de Buenos Aires, en el año 1972 y, desde entonces, he mantenido con él una relación epistolar y personal cuando él viene a España o cuando voy a Argentina. Aun permanecen vivos los recuerdos de los españoles que nos desplazamos a Córdoba para impartir unas conferencias, ver la Universidad y los lugares de trabajo de este gran jurista, uno de los que mejor conocen la obra de VELEZ. Podría añadir muchísimas más cosas, pero como parte de sus opiniones sobre el tema central de la obra no las comparto, no vaya a ser que me diga. me alabas por un lado y luego me criticas por otro y yo tengo que recurrir a lo de la cal y la arena.

El libro, que es una recopilación de diferentes trabajos ya publicados, tiene auténticas novedades que no le hacen perder la unidad que marca la publicación. Está actualizado —salvo en algún aspecto de la legislación española— y supone una aportación sistemática, rigurosa y clara sobre el principio de publicidad y sus repercusiones. Vamos ya con la obra que se estructura en diez capítulos y dos apéndices legislativos y de resoluciones. En la exposición de estas notas me voy a tomar alguna «licencia» y posiblemente agrupe materias para no alargar tanto la recensión

I. PUBLICIDAD REGISTRAL

Es el tema central del libro y, por ello, el autor parte de la distinción entre muebles e inmuebles, derechos registrables y no registrables y seguridad estática y dinámica. En forma de resumen de todo ello aborda el complicado tema de la publicidad «NOTICIA» y de la publicidad «EFECTO», distinción que he venido manteniendo durante mucho tiempo, aunque muchos autores se niegan a aceptar la denominación, pero sí las conclusiones que de ello saco. En esa línea está el autor. Lo que sucede es que en España en vez de avanzar, muchas veces se retrocede y se acepta que una institución de la grandeza del Registro permita, en ciertos casos, convertir su fuerza publicitaria en simple «NOTICIA». No sé hasta qué punto las medidas tomadas en ese sentido son constitucionales, pues la misma Constitución —creo que sin rigor técnico y con gran desconocimiento— al hablar de las inscripciones de asociaciones en determinados registros se expresa incomprensiblemente «a los solos efectos de la publicidad» (art. 22,3). Pues bien, la Ley que regula las medidas urgentes de reforma procesal (Ley 10/1992, de 30 de abril) acaba con la esencia del principio de obligar al Registrador a acudir a las notificaciones personales del contenido registral en ciertos casos. Es la misma solución que se dio en los casos de inmatriculación a través de los edictos. Pero es que, no contento con eso, la nueva Ley del Suelo de 30 de junio de 1992 en el artículo 309,3 dice que las notas marginales «no producirán otro efecto que dar a conocer la situación urbanística en el momento a que se refiere el título que las originara». Lo malo de este último caso es que tiene defensores

En este capítulo incluye el autor el discurso de clausura en el Congreso Internacional de Derecho Registral de 1989 en Argentina —al que yo, lisiado y convaleciente, no pude asistir— donde argumenta en favor de la teoría del «cierre registral», antiguo deseo argentino de que se incorpore a todos los sistemas registrales. Creo que —sin pasión hispana— el principio de prioridad podría sufrir un auténtico colapso si se aceptase ese sistema. Pensar en la actualidad en el juego de la prioridad sustantiva y formal, en los documentos previos que han de ganar rango para proteger otro, retrotraer los embargos a la fecha de su decisión judicial, pensar en compraventas con mandato verbal y ratificaciones posteriores en hipotecas o embargos a nombre del vendedor, en asientos conexos o contradictorios, significa tanta audacia como aquélla en que el legislador español pensó en la posibilidad de llevar dos diarios simultáneos. Creo que todo esto merece un artículo y no un «añadido» a una recensión.

Aunque pertenezca al capítulo siguiente, creo que debe incluirse aquí lo referente al estudio que el autor hace de la evolución histórica del sistema registral hispánico y su régimen vigente, aunque éste queda incompleto al no recogerse las últimas modificaciones del Reglamento Hipotecario, ya que algunas afectan al principio de publicidad.

II. PUBLICIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO

Apunta con gran precisión lo que se entiende por publicidad: «Actividad dirigida a hacer cognoscible una situación jurídica real, y que persigue como finalidad la protección del crédito y la seguridad del tráfico jurídico». Se parte

de la distinción entre el concepto reducido de la publicidad en el Código de Velez y el desarrollo sufrido por el principio en las diferentes provincias argentinas. A ello añade las clasificaciones de los Registros (personales, reales y causales o de títulos), el carácter declarativo de la inscripción, los proyectos de reforma y los diferentes principios registrales (prioridad, reserva de prioridad, autonomía de la voluntad, especialidad, rogación, inscripción, legalidad, tracto y legitimación y fe pública).

Incluye en este capítulo la problemática de la obligación de inscribir impuesta a los escribanos y la función notarial, las observaciones del Registro y las posibles meditaciones a realizar. El tema es claro: frente a la gran fuerza calificadora registral del sistema español está la mediatización notarial de la misma en Argentina.

III PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD Y FUNCION CALIFICADORA

En el examen del primer principio se parte de la concepción de la relación jurídica y sus elementos (personales y reales) para precisar el objeto de la inscripción, donde va recorriendo una serie de supuestos que se acogen a este sistema protector del Registro. En la materia de calificación —ya antes apuntada— el oficio del Registrador es el examen de las «formas extrínsecas» y de las posibles nulidades absolutas, no las anulabilidades. A ello se añade una serie de fallos y comentarios y los recursos que contra la decisión registral se ofrecen.

IV. PUBLICIDAD MATERIAL Y FORMAL

Destaco este punto en el que se incluye legislación como la de Perú, el Código de Aguas de la Provincia de Córdoba y otras materias, porque se aborda el problema de la informática, la seguridad jurídica y la responsabilidad del Registrador. El autor está en la línea progresiva de la aplicación de la informática diciendo que «contribuye poderosamente a almacenar los datos que deben publicarse, y difundirlos con celeridad, lo que permite utilizarla como medio idóneo para que la publicidad registral sea más efectiva». Y yo pienso: una cosa es la rapidez, la eficacia del servicio y otra la apertura que el sistema informático ofrece, frente al que se oponen la intimidad, la consulta «interesada» y las normas que deben enmarcar esta «claridad» ciudadana semejante a la del Licenciado Vidriera. Seamos muy cautos en este punto, pues ello nos puede llevar a una publicidad «noticia» y, a lo que me parece más peligroso, la reacción del ciudadano que buscando una seguridad de su derecho la exponga a una publicidad tal que no esté amparada ni por el «interés legítimo» del secreto. El animal se suele proteger de los olores, no exponiéndose al viento, se refugia en madrigueras, se camufla con colores de la naturaleza, se agazapa, etc., todo para evitar que el cazador lo descubra y lo derribe. ¿Cuántos cazadores están al acecho de la propiedad registrada? Habría que discutir el problema. Yo no quise ir nunca a Galicia de funcionario. ¿Por qué sería?

El autor termina su obra con unas reflexiones y los apéndices que hemos citado al comienzo de legislación y de resoluciones referidos a la Provincia de Córdoba, todas ellas ilustrativas.

Entiendo que es un documento altamente aleccionador para comprender el sistema argentino de publicidad, de intentos de acercamiento al nuestro, de alejamiento del mismo en materia de «cierre registral» y de madurez expositiva de su autor que domina la materia registral considerándola imprescindible en sus cursos universitarios. Vaya mi felicitación con la esperanza de un nuevo encuentro.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

HERNÁNDEZ GIL, A.: *De la experiencia jurídica. Sesión inaugural del curso académico 1992-93 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (Resumen del curso académico por LUIS DÍEZ PICAZO).

En la sesión inaugural del curso 1992-93 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, siguiendo la tradicional costumbre, el secretario de la misma dio lectura a la Memoria del Curso pasado y luego el presidente leyó el discurso correspondiente. Asistió mucha gente, ocuparon los bancos del semicírculo los académicos correspondientes y los sillones los de número, estando también señalizados los sitios que habían de ocupar presidente, decanos y directores de colegios e instituciones. Siguiendo el desarrollo de la sesión, abordamos primero la memoria, para luego adentrarnos en el discurso.

I. MEMORIA

Explica DÍEZ PICAZO las razones por las que ha sido nombrado para este puesto de secretario de la Academia que le legitima para leer la memoria. En el curso pasado la lectura se llevó a cabo por JOSÉ MARÍA CASTÁN y el discurso por JUAN VALLET DE GOYTISOLO, en quien había delegado el presidente.

Al ir avanzando en la lectura de la memoria, DÍEZ PICAZO señala y glosa la sesión inaugural del curso 1991-92, resumiendo el discurso de VALLET DE GOYTISOLO sobre «La encrucijada metodológica jurídica del Renacimiento, la Reforma y la Contrarreforma», el cual califica como de una erudita lección de historia de la metodología jurídica. Posteriormente se refiere a la recepción como académico de número del Excmo. señor don José Antonio Escudero, cuyo discurso versó sobre el tema de «La abolición de la Inquisición española» y que fue contestado por el académico de número, Excmo. señor don Alfonso García Gallo.

En otro apartado de la memoria —y sigo su orden cronológico de exposición— destaca los Plenos de los académicos de número en dos aspectos. los trabajos, ponencias y comunicaciones realizadas por diversos académicos (Díez Picazo, Aurelio Menéndez, José María Castán, Manuel Taboada, Manuel Albaladejo, Vallet de Goytisolo, Fernando Díaz Palos y Prieto Castro); y las cuestiones referentes al informe sobre la expresión «abuso de autoridad», la colaboración a la celebración del año de «Madrid, Capital Europea de la Cultura, 1992» y la creación de un premio bajo el nombre de «San Raimundo de Peñafort».

Se eligieron como académicos de número a los señores Evelio Verdura y Tuells, Manuel Amorós Guardiola y Rafael Mendizábal Allende. Inevitablemen-

te tiene que referirse a los académicos fallecidos durante el curso, haciendo una semblanza de sus personas. El primero de ellos es Pío CABANILLAS GALLAS, de quien Díez PICAZO fue colaborador y amigo el segundo es ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LÓPEZ, el tercero es JOSÉ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, el cuarto fue FRAY JOSÉ LÓPEZ ORTIZ, y el quinto, JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO. A ellos hay que añadir los fallecimientos recientes de RAIMUNDO FERNÁNDEZ CUESTA y ANTONIO PEDROL RIUS.

Destaca a continuación el homenaje rendido a dos de los académicos de número que cumplen sus bodas de plata y que fueron Antonio Hernández Gil y Luis Sánchez Agesta. José María Castán organizó un ciclo de conferencias con motivo del quinto centenario del descubrimiento bajo el título «La comunidad jurídica iberoamericana 1492-1992». Dentro de las conferencias monográficas se destacan la de Manuel López Medel Bascones, la de Antonio Garrido Lestache y la de Víctor Fairén Guillén. También se refiere a los diversos cursos de Doctorado que se impartieron por Laureano López Rodó, Manuel de la Cámara Álvarez, Fernando Sáinz y Martínez de Bujanda, Fernando Garrido Falla y Juan Vallet de Goytisolo.

Ocupan, por último, las referencias a los diversos seminarios y su labor realizada y que se concretan al de Derecho Civil (profesor Federico de Castro) con seis aportaciones, el de Derecho Mercantil con tres monografías y el de Filosofía del Derecho con diez aportaciones.

A todo ello se añaden unos apéndices sobre la Junta de Gobierno, académicos de número, Comisión Asesora, Secciones y Comisiones de Trabajo, Estatutos del Premio San Raimundo, movimiento de académicos correspondientes y colaboradores y la relación de obras ingresadas en la Biblioteca de la Academia.

II. DISCURSO

Bajo el título «DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA» el presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación leyó su discurso inaugural del curso 1992-93. En su introducción ANTONIO HERNÁNDEZ GIL aclara la esencia del mismo, pues refiriéndose al que acaba de publicar otro académico (JUAN IGLESIAS SANTOS, «Miniaturas Históricas Jurídicas») dice que le ha servido de «inspiración» para elaborar el suyo. Y es cierto, pues en esta aportación de madurez que el presidente ofrece en el acto inaugural, va reflejando en forma continua cada uno de sus pensamientos sobre distintos puntos que el Derecho ofrece en su interpretación y entendimiento. Se trata de una Lección de Filosofía del Derecho —alta filosofía— que viene a ser el resumen de todo su pensamiento en tres puntos cruciales: la Teoría del Derecho, preguntas al filósofo y el Discurso del Abogado. Me limito a dar una versión muy reducida de todo ello, pues los temas tratados exigen una lectura reposada, con lapiz en la mano y reflexiones propias coincidentes o no con el pensamiento que se refleja.

a) *La teoría del Derecho*

Dos temas iniciales le sirven al autor para abrir su pensamiento ante los oyentes: la justicia y el Derecho. La justicia como presupuesto ético-social del Derecho, como función judicial y como poder. Como presupuesto se manifies-

ta en forma de principio o como respuesta a un acto injusto. Como poder —ya que la función judicial la trata luego— toca el tema de la coacción, la imposición coactiva y la imagen negativa del derecho a través de la palabra «ajusticiado». En el discorrir por el campo del derecho van surgiendo sus relaciones con la política, el lenguaje, la lógica, la investigación y el saber jurídico, los usos sociales, el ordenamiento jurídico no como base del sistema, sino como manifestación. Luego pasa a examinar el gran tema de la justicia en la aplicación judicial en sus tres aspectos. el juez que resuelve libremente y en conciencia, el juez que cuida escrupulosamente la relación con la ley y el juez que desarrolla una labor creadora.

b) *Algunas preguntas del filósofo*

Confiesa paladinamente su afición por la fenomenología, la teoría del conocimiento, el positivismo lógico, el estructuralismo, etc., para concluir que en la actualidad tiene firme admiración por el jurista práctico romano que utiliza el pensamiento para ocuparse de los hombres y de las cosas Kant y el Digesto —dice literalmente— pertenecen a mundos distintos Kant es la mente a solas que se cuestiona a sí misma. El Digesto es la mente en sociedad que afronta los problemas de la convivencia

Y por ese camino va destacando su escepticismo, la variabilidad de la ciencia, el sumo valor de la paz, la objetividad y el valor de las ciencias humanas y sociales, el ensayo y el tratado, el error (la historia de cada ciencia está formada también por la historia de sus errores), lo conciso, lo sintético, el análisis, la filosofía, la psicología y la lógica, la cultura en sus tres manifestaciones (inconsciente, reflexiva y crítica), el estructuralismo en el derecho, el positivismo y el conceptualismo, la comunidad científica, la idea y la palabra, y las relaciones interdisciplinarias (de subordinación, cooperación y correlación).

c) *El discurso del abogado*

Esta parte del discurso tiene contactos conceptuales con la obra del mismo autor «El abogado y su razonamiento jurídico», pero no por ello pierde interés, pues siguiendo un poco la técnica de CALAMANDREI, va apuntando problemas y cuestiones que dibujan la figura y la esencia de la misma El abogado —dice— ejerce su función en el mundo de la palabra y con la palabra. Las tres partes del discurso forense (y del específicamente judicial) son los hechos, el derecho y la conexión de unos y otros. El abogado es un organizador de los hechos. Brinda criterios para la redacción de los escritos Los argumentos cumulativos suman razones, mientras que los alternativos, con bases de sustentación distintas, enriquecen el razonamiento Luego destaca y compara la duda judicial frente a la duda del abogado, los escritos de los abogados, la identificación con los casos, la relación entre práctica y teoría, la experiencia del abogado como mérito para la política y, por último, el abogado en su doble perspectiva como hombre de pensamiento y de acción.

GARCÍA GARRIDO, MANUEL JESÚS: *Precedentes romanos del tráfico de influencias*. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 1992, 40 páginas.

El profesor GARCÍA GARRIDO es, sin duda, una de las figuras más destacadas de la actual romanística española. Discípulo de don ALVARO D'ORS y maestro a su vez de varios jóvenes romanistas, GARCÍA GARRIDO ha desplegado una actividad universitaria fecunda y ha realizado una aportación importante a la bibliografía de su disciplina. Su atención, bien conocida hacia los casos del Digesto como fuente eficaz para la enseñanza del Derecho romano, o su preocupación por los planes de la enseñanza jurídica, han contribuido en los últimos tiempos a la defensa, actualización e incluso potenciación de la asignatura «Derecho romano», contribuyendo a superar los peligros que a ella acechaban, en España como en otros países, en una etapa reciente.

La UNED nos ofrece hoy un breve pero sugestivo estudio de GARCÍA GARRIDO sobre los precedentes romanos del tráfico de influencias, que constituye la lección inaugural del presente curso académico 1992-93 en esa Universidad. Los actos de apertura han dado ocasión, desde tiempo inmemorial —y tanto en las Universidades como en las Reales Academias y en el Tribunal Supremo— a que se impartan auténticas lecciones magistrales, que han constituido muchas veces estudios rigurosos sobre temas de actualidad. La muy reciente del profesor GARCÍA GARRIDO está en esa línea, pues ha escogido un tema —el tráfico de influencias— que está por desgracia presente en la actualidad mundial de nuestro siglo en estos sus últimos años, y lo ha situado sugestivamente en el mundo romano, estudiándolo a la luz de las fuentes.

Recuerda el profesor GARCÍA GARRIDO, inicialmente, el hecho de que «en el período de la República y después de la segunda guerra púnica, los magistrados y gobernadores romanos, pertenecientes a la clase de la nobleza senatorial, realizaron numerosas apropiaciones y exacciones ilícitas en perjuicio de los provinciales sometidos o aliados». Tales quejas y reclamaciones de los provinciales (apoyadas por la clase de los populares, enemigos de los senato-riales) hubieron de producir una reacción de los tribunos de la plebe. Así nació una curiosa legislación que GARCÍA GARRIDO resume y comenta, dirigida a sancionar, para cortar, los abusos.

En esa línea estuvo un plebiscito rogado por el tribuno L. Calpurnio, que se aprobó en el año 149 a.C. como *lex Calpurnia de pecunus repetendi* y estableció un proceso permanente, o *quaestio perpetua*, cuya presidencia se confió al *pretor peregrinus*. Una posterior *lex Iunia*, propuesta entre el año 149 y el 123 a.C. por el tribuno M. Iunio Silano, confirma en el proceso los trámites del *agere per sacramentum* establecidos por la ley Calpurnia. En las reformas realizadas por Cayo Graco se produce una reforma radical del *iudicium repetundarum*. Un nuevo proceso se instaura por la *lex Sampronia iudiciaria* y la *lex Acilia repetundarum*. La condena al doble que perseguía la acción penal de la ley Acilia, por cierto, era la misma que la del *furtum nec manifestum*. Las mismas finalidades tuvo la *lex Iulia repetundarum* del año 59 a.C.; resulta hoy sorprendente la lectura de los comentarios jurisprudenciales a esa ley cesariana recogidos en el Digesto y transcritos por GARCÍA GARRIDO: en ellos quedan tipificados los más frecuentes hechos de corrupción que en el mundo romano se produjeron y que, con las naturales variantes, se siguen produciendo en el mundo de hoy.

¿Hasta qué punto resultó eficaz la legislación romana en esta materia? GARCÍA GARRIDO sale al paso de esta posible duda «De las oraciones pronun-

ciadas por Cicerón en el conocido proceso contra Verres —dice— por las coacciones y exacciones ejercidas sobre sus administrados sicilianos, se desprende que estos juicios se caracterizaban por las grandes dificultades de prueba...» En todo caso, el interés de la legislación romana en el tema trasciende de lo meramente histórico porque, como en sus conclusiones observa GARCÍA GARRIDO, «el estudio de los precedentes legislativos y jurisprudenciales romanos sobre los delitos de concusión y tráfico de influencias nos ofrece un ejemplo clásico o modélico de regulación basada en hechos sociales que por ser repetitivos, al estar insertos en la avaricia y el afán de lucro humanos, continúan siendo de permanente actualidad». Una vez más se demuestra que el pueblo romano, si conoció a lo largo de su historia todo tipo de situaciones, reaccionó ante ellas con alto sentido jurídico y nos sigue ofreciendo reglas de interés permanente.

JOSÉ M.^a CASTÁN VÁZQUEZ

SALOMÓN DELGADO, LUIS ERNESTO: *El Ombudsman*. Editado por la Universidad de Guadalajara (México), 1992. Un volumen de 260 páginas.

Desde que el hombre tiene conciencia de su condición de «animal social» ha vivido (casi se puede decir que ha sobrevivido) en función de su capacidad de agrupación y organización, capacidad que ha evolucionado desde las más primitivas formas de sociedad hasta las más complejas estructuras estatales de la actualidad.

Si atendemos a las ideas roussonianas del contrato social podríamos calificar de «simbiosis» la relación entre el Estado y los individuos, pero no siempre es así. Ya sea por culpa o por negligencia se dan numerosos casos en los que el ciudadano se encuentra indefenso frente a lo que puede considerarse arbitrariedad, dilación burocrática o abuso de superioridad por parte de las instituciones públicas.

Si el Estado nace de la necesidad de organizarse, el Ombudsman nace de la necesidad de protegerse de los posibles menoscabos que padezcan los individuos agrupados bajo ese ámbito de poder.

A esta figura precisamente se dedica el estudio que nos llega desde el Estado mexicano de Jalisco, de la mano de LUIS ERNESTO SALOMÓN DELGADO, quien nos ofrece un detallado análisis de los orígenes, naturaleza, atribuciones y ámbito de las competencias de esta institución de origen nórdico que paulatinamente se va extendiendo por el mundo, como nos demuestra el pormenorizado estudio de Derecho comparado que se incluye en la presente obra.

Los primeros indicios de la existencia de esta figura los encontramos en Suecia a finales del siglo XVIII, aunque su consagración legal se produce en su Constitución de 1809, presentando pocas variaciones hasta hoy.

Es de particular interés para el lector español la atención que el autor dedica al estudio del que aquí conocemos como «Defensor del Pueblo», creado por el artículo 54 de nuestra Constitución de 1978 y desarrollado mediante la Ley Orgánica 3/1981, en la que se le define como «Alto comisionado de las Cortes Generales designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales». Vemos cómo esta definición se ajusta claramente a la idea expuesta en este libro,

según la cual la función básica del *Ombudsman* «.. estriba en expresar un criterio técnico jurídico con autoridad moral respecto a la Administración ante el Parlamento» Naturalmente, aprovecha para reiterar la ya clara distinción entre la «auctoritas», que parece encajar mejor en la figura del defensor, y el «imperium», más propio del Estado

Volviendo a nuestra Ley reguladora del Defensor del Pueblo, resulta evidente que los «derechos comprendidos en el Título I de la Constitución» son los derechos fundamentales a cuya salvaguardia se dedica esta institución. Baste una rápida ojeada al mencionado título para deducir que el ámbito de protección del *Ombudsman* abarca, entre otros, el derecho a la integridad física y moral, a la libertad y seguridad, a la protección de la salud, a la vida, a la intimidad y a la propia imagen, al trabajo, al acceso a funciones públicas, reunión, asociación, fundación, sindicación y huelga, etc.

También se detiene en el estudio de la figura del «Sindic de Greuges», que controla las actividades administrativas de la Generalidad de Cataluña. Digamos al respecto que esta institución empieza también a extenderse por cada una de nuestras Comunidades Autónomas.

Tras el extenso estudio de Derecho comparado (en el que se nos da a conocer entre otros al «Parlamentary Commissioner for Administration» del Reino Unido, al «Mediateur» francés, o al «Provedor de Justicia» de Portugal), se dedica el autor a analizar las características normativas del *Ombudsman*: su designación por el Parlamento y las causas de su cese, su actuación con independencia funcional y criterio propio, su estatuto de inmunidad e inviolabilidad, sus resoluciones, consistentes en la admisión o no de las quejas que se le presentan o en «influir el ánimo de una institución u órgano una idea o punto de vista para generar un cambio de conducta». Las advertencias las define como «reprimenda pública a la Administración», y finalmente, es en las recomendaciones donde se hace gala de esa «auctoritas moral» que le caracteriza, como ya vimos. El *Ombudsman* debe informar periódicamente al Parlamento sobre sus actividades y los efectos que tienen las resoluciones por él emitidas.

Finaliza el trabajo con el estudio de la figura en México, incluyendo los proyectos normativos del *Ombudsman* en Jalisco y de un Defensor especial para la Universidad.

En definitiva, este interesante libro nos muestra la conveniencia de un control sobre las actividades de la Administración en beneficio de toda la sociedad, ya que como dijo TÁCITO, «El poder nunca es estable cuando es ilimitado».

JOSÉ MARIA CORRAL GIJÓN

LASARTE ALVAREZ, CARLOS Y OTROS: *Las actividades molestas: en especial el ruido* (Colección de Jurisprudencia Práctica), Editorial Tecnos, Madrid, 1993.

Los abogados, los prácticos y, en general, los estudiosos del Derecho tenemos a nuestra disposición, desde hace varios meses, una nueva herramienta de trabajo que facilitará enormemente nuestra labor. Se trata de unos breves (alrededor de 60 páginas), baratos (unas 400 ptas.) y pequeños (caben sin molestia —como una agenda— en el bolsillo de la americana) cuadernillos que integran la colección *Jurisprudencia Práctica*, dirigida por CARLOS LASARTE ALVAREZ, catedrático de Derecho civil, y publicada por la Editorial Tecnos. Hasta ahora han aparecido 46 números o títulos, aunque es de suponer que,

dada la frecuencia quincenal con que vienen publicándose, en el momento en que esto se lea, tal cantidad se haya incrementado considerablemente.

Quien conozca la obra o la personalidad del director de la colección sabrá de antemano cuál es la filosofía inspiradora de toda ella. Quien no la conozca, la apreciará de inmediato con una simple enumeración de algunos de los títulos publicados: *El pago mediante ingreso en cuenta corriente* (n.º 2); *La desheredación, ¿puede el testador privar a sus parientes más próximos de su parte en la herencia?* (n.º 3), *Revisión de rentas en viviendas y locales* (n.º 7); *Las Compañías de Seguros en el proceso penal* (n.º 8); *También los varones tienen derecho a la pensión de viudedad* (n.º 9); *El delito de caza con luz artificial* (n.º 12); *La herencia de los viudos: usufructo universal y legítima de los hijos* (n.º 13); *Tributación individual frente a tributación conjunta en el IRPF* (n.º 16); *Conducción automovilística y prueba de alcoholemia* (n.º 18)...

O sea, tal como puede observarse, se pretende abordar temas variados y específicos, pertenecientes a todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, que respondan a problemas o conflictos que afectan y preocupan al común de los mortales. Son cuestiones cotidianas, de siempre y de ahora, *vetera et nova*, que reflejan un Derecho vivo, un Derecho en ebullición y no, como tantas veces sucede en la literatura jurídica contemporánea, una realidad legal anodina y adormecida que apenas alcanza efectiva proyección práctica. Esta última palabra, que forma parte del título de la colección, es la clave que garantiza la utilidad de la misma, pues la previa especulación teórica del saber jurídico encuentra en estos cuadernillos un instrumento idóneo para su ejercicio y experimentación.

Todos los números presentan, como es obligado, idéntica estructura y están marcados por unos mismos parámetros que persiguen proporcionar al lector (letrado o cualquier persona interesada en el tema) una rápida escenificación del problema planteado. En este sentido, cada título —realizado por un especialista en la materia (no necesariamente profesor universitario)— se configura en tres partes claramente diferenciadas: una introducción o presentación temática, una selección de jurisprudencia y unos anexos que comprenden relación cronológica de sentencias, bibliográfica básica e índice analítico.

En la introducción se ofrecen los elementos necesarios para un directo e instantáneo entendimiento correcto de la institución o figura analizada. Es breve pero profunda, concisa y enjundiosa al mismo tiempo, despojada de toda la parafernalia enojosa, confusa y heterogénea que suele acompañar al estudio monográfico de las cuestiones jurídicas. Se va directamente *al grano* prescindiéndose de planteamientos abstractos o de argumentos superferolíticos que, la mayoría de las veces, por no decir siempre, oscurecen más que clarifican. En general, toda la colección responde a los anteriores criterios aunque, como es lógico, teniendo en cuenta la diversidad de autores, algún número no llega a alcanzar de forma completa esa deseable claridad y exactitud. Pero, repito, la presentación del tema suele ser tan puntual como sería y tan ajustada como exhaustiva.

La selección de jurisprudencia recae en las sentencias más relevantes y trascendentes dictadas por el TS, el TCT o el TC, según los casos, e, incluso, en sentencias de órganos jurisdiccionales inferiores cuando la calidad o innovación de sus fallos así lo reclaman. Generalmente se da especial atención a las más modernas y, como es obvio, no se transcribe el texto completo de la sentencia y sí sólo aquellas partes de la misma que fundamentalmente han servido de *ratio decidendi*. La selección jurisprudencial evita el *zapping*, ras-

treo, búsqueda y captura en el apabullante ARANZADI o equivalente, con el consiguiente y considerable ahorro de tiempo y esfuerzo.

Como prueba de todo lo dicho hasta ahora, centrémonos singularmente en un breve comentario a un número (o *jotapé*, como se les denomina en el ámbito profesional) de los ya publicados: *Las actividades molestas, en especial, el ruido* (n.º 15), cuyo autor es el conocido catedrático de Derecho administrativo, FRANCISCO SOSA WAGNER. En realidad, cualquiera de los otros números podría ser igualmente susceptible de comentario como botón de muestra de toda la colección, pero la verdad es que, en los momentos actuales, quien esto escribe, como cualquier otra persona *medianamente normal*, está especialmente hipersensibilizado ante el fenómeno que da título al número 15.

Tradicionalmente, el tema de los ruidos o, en general, de las actividades que causan molestias o daños a otras personas o a sus bienes, ha formado parte de una parcela del Derecho civil que se conoce con el nombre de *relaciones de vecindad*.

Desde la vieja prohibición de las inmisiones (*immutere in alienum*) del Derecho romano, hasta el Derecho vecinal de la codificación civil, pasando por los actos emulativos del Derecho medieval, las relaciones vecinales se han configurado bajo el prisma agrario y artesanal, es decir, tomando en consideración una sociedad rústica, interpredial y campesina. Son paradigmáticos, desde esta perspectiva, los supuestos históricos del excesivo croar de ranas en un criadero que no permite descansar a los campesinos limítrofes, o del griterío, alboroto y ruidos ocasionados por los amigos del dueño del predio colindante para espantar la caza de la propiedad vecina. Sin embargo, como ha puesto de relieve uno de nuestros mejores civilistas en un estudio que puede considerarse ya clásico en el Derecho español (ALONSO PÉREZ, *Las relaciones de vecindad*, ADC, 1983), la sociedad de nuestro tiempo nos ofrece unas relaciones vecinales completamente distintas a las de épocas pretéritas. El desarrollo ilimitado de la técnica y de la industria genera constantes e intolerables inmisiones que causan graves lesiones al aparato respiratorio y al auditivo, cuando no al sistema nervioso, y siempre a la paz del espíritu. Vecinos anónimos e incómodos nos tensan con sus televisores ultradecibélicos o con sus motos; el constante pulular de ambulancias con sus estridentes e insoportables sirenas nos ponen al borde de la esquizofrenia; las terrazas nocturnas de bares y chiringuitos perturban nuestro reparador sueño, etc., etc. Frente al Derecho vecinal clásico e interindividual estamos hoy ante un Derecho vecinal colectivo, industrial y tecnológico en el que ya son insuficientes los medios privados que pone a nuestro alcance el Derecho civil. El Derecho público, sin mengua del Derecho privado, se revela en este campo, y así hay que reconocerlo, más acorde con las necesidades surgidas de la técnica moderna.

Dentro de esta órbita se sitúa el número de la Colección *Jurisprudencia Práctica* que comentamos. Comienza SOSA WAGNER con una referencia al marco normativo de más frecuente aplicación en la materia, como es el preconstitucional Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (el cual, como se advierte, es de dudosa legalidad), y se mencionan otras leyes (urbanismo, sanidad, de régimen local) de clara relación y conexión con la cuestión.

A continuación se señalan paso por paso los trámites, reglados e insalvables, que ha de seguir el particular que pretenda desempeñar un negocio o actividad susceptible de ocasionar ruidos o molestias. Pero, claro es, en muchas ocasiones, la Administración incumple sus deberes de vigilancia y control

o ejerce indebidamente sus potestades. Entonces es necesario situarse en la posición del sufrido ciudadano perturbado por una actividad molesta. Para ello, se explican todos los resortes, técnicas y medios de que dispone nuestro imaginario ciudadano para impedir o, en su caso, hacer cesar la fuente originadora de su desasosiego y perturbación. A tal efecto, se exponen muy gráficamente, con todas sus incidencias y alternativas, los caminos que han de seguirse para alcanzar tal objetivo, pudiendo llegarse, en último término, ante el Tribunal Constitucional. También habrá que considerar, y así se hace, la posición del escrupuloso y diligente particular que, pretendiendo establecer un negocio de los calificados molestos, y cumpliendo todos los requisitos necesarios, no obtenga la preceptiva licencia de la Administración.

Además de la vía administrativa, está también la civil, de la cual se da noticia mediante las disposiciones pertinentes de la LAU y de la LPH, y a través del socorrido artículo 1.902 del Código Civil, al que cabría añadir los artículos 590 y 1.908, números 2 y 4 del mismo cuerpo legal.

La selección de jurisprudencia, acorde con todo lo anterior, recoge hasta un total de 17 sentencias, precedidas todas ellas de una escueta y clarificadora narración de hechos antecedentes, lo que es muy de agradecer.

Por último, se refleja una bibliografía sumaria de la mejor doctrina administrativista y un ilustrativo índice de materias que permite acudir, de manera inmediata, a aquellas páginas del cuadernillo, ya sea de la introducción o del texto de las sentencias, en que el término elegido aparezca descrito o desarrollado.

En resumen, y tal como decíamos al principio, los estudiosos del Derecho, sobre todo los abogados, disponemos de un nuevo y magnífico instrumento jurídico, sin parangón todavía, por lo que uno alcanza a saber, en el ámbito del Derecho comparado.

FERNANDO BONDÍA ROMÁN
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

CERDÁ GIMENO, JOSÉ. *Estudios sobre Jurisprudencia Civil* (Volumen I: *El legado de parte alícuota*, de 281 páginas. Volumen II: *Notas a sentencias sobre Derecho de familia*, de 928 páginas. *Estudios sobre Derecho de familia*, de 644 páginas, y *Estudios sobre Codificación y Derechos civiles territoriales*, de 473 páginas), Editados por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1992-1993.

En una ingenua nota que se publicaba en alguno de los primeros números de esta Revista, allá por el año 1925, se respondía en sentido afirmativo, como era natural, a la «cuestión» de si los notarios podían colaborar en ella. ¡Faltaría más! Aquí han colaborado desde siempre y participan en régimen de total apertura todos los juristas que tengan algo valioso que decir en materia de Derecho privado. Y tratándose de la profesión más afín a nuestro ámbito, como es la del Notariado, no es preciso decir que sus trabajos se reciben con el mejor espíritu de colaboración y una leal amistad.

Al lado de apreciables estudios de catedráticos, magistrados y abogados, en nuestras páginas aparecen numerosísimos y muy valiosos trabajos de los notarios en aportaciones de gran fondo y contenido que siempre agradecemos.

No es preciso dar nombres que están en el conocimiento de nuestros lectores y que pueden verse continuamente en estas páginas. Pero de entre ellos traemos hoy, por repetidos méritos propios, al autor de estos libros, una especie de «obras completas», que es el notario de Ibiza JOSÉ CERDÁ GIMENO, nuestro asiduo colaborador desde hace luengos tiempos.

En el año 1966 aparece su primer trabajo en esta Revista y hasta ahora no ha parado de escribir para nuestros lectores. Aquí se han publicado varios valiosos estudios sobre diversos temas de Derecho privado y son conocidos sus completísimos comentarios sobre jurisprudencia a lo largo de muchos años.

Ahora, PEPE CERDÁ para los amigos, y como tales nos consideramos, ha hecho una recopilación y ordenación de sus trabajos y nos ofrece un espléndido resultado, contando con la amigable acogida del Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores que le ha facilitado la tarea editorial. Resultado de esta colaboración ha sido la aparición de estos cuatro tomos que presentamos en este breve comentario.

Varios grandes maestros civilistas han prologado estos tomos, ponderando sus cualidades, que se lo merecen como veremos. En el primer tomo, el profesor ALBALADEJO, aún con un tono aparentemente desenfadado, califica de impecable el tratamiento y la línea de investigación seguidos en el estudio sobre las sentencias del legado parciario. El profesor DÍEZ PICAZO, nuestro director, acude a un galicismo, que ha hecho fortuna, para llamar «arretista» al autor, como estudioso de la jurisprudencia, señalándonos las sentencias que debemos tener en cuenta y estudiar, separándolas de aquellas otras que son dictadas burocráticamente, es muy de agradecer, nos dice, que alguien nos separe el grano con el que debemos quedarnos, de la paja, para evitar que tengamos que digerir ésta.

El tomo de «Estudios sobre Derecho de familia» lo prologa el profesor PUIG FERRIOL que también alaba la obra de CERDÁ y la resume en la idea de que la cuestión central en el Derecho de familia en España es la de organizar los sistemas patrimoniales del matrimonio en los distintos sistemas de comunidad o separación de bienes. El tomo último ha sido prologado, dado su tinte especial, por un catedrático de Derecho Administrativo, el profesor GÓMEZ-FERRER MORANT, que escribe un interesante estudio sobre el problema de las competencias estatal y autonómicas, resultando que el signo de los tiempos actuales es que los juristas han de prestar su mejor atención a las relaciones entre los distintos ordenamientos.

Entrando ya en la obra, diremos que esto es lo que ha escrito JOSÉ CERDÁ a lo largo de estos veinticinco años largos, tanto en esta Revista como en otras publicaciones o asambleas. Ahora, rebasadas las «bodas de plata» nos ofrece su amplia recopilación que tiene la doble ventaja de la presentación ordenada y la de comprender en una sola obra todos los trabajos que hasta hoy eran dispersos, con lo que nos evita tenerlos que andar buscando en los variados sitios donde vieron la luz y vivieron a lo largo de estos años.

Pero además, bajo el modesto título de «consideraciones previas» hace en cada uno de los tomos un estudio introductorio donde explica la metodología empleada en la selección y el comentario de los diversos puntos tocados y que constituyen una pieza maestra de síntesis.

El *Volumen I* recoge la jurisprudencia monográfica dictada por el Tribunal Supremo sobre el legado de parte alícuota, estudiando las sentencias, desde la primera de 14 de junio de 1898, hasta la última que se recoge que es de 1963, por orden cronológico; después se distinguen, por un lado, las que niegan la

existencia de tal legado y, por otro, las que presuponen su vigencia, bien las que lo toman como «ratio decidendi» o sólo se refieren a él como «obiter dicta»

CERDÁ analiza el tema propuesto, revisando las distintas posiciones jurisprudenciales y doctrinales. Y colocado en su posición de notario que con frecuencia se ve en la ocasión de tener que redactar testamentos en los que se presenta la cuestión de modo insoslayable y perentorio, termina su trabajo con unas conclusiones certeras.

El *Volumen II* se compone de las notas y comentarios a las sentencias del Tribunal Supremo referentes al Derecho de familia, desde 1967 a 1977, y que en su día fueron publicadas en nuestra Revista a lo largo de esos años y después como diremos.

Tras un resumen metodológico, al que ya hemos aludido, hace una exposición y comentario de las sentencias, pero no en sucesión puramente cronológica, sino separándolas en diversos grupos por su contenido: sentencias en materia parental que se concretan en el derecho de alimentos; sentencias sobre relaciones conyugales y entre ellas sobre constitución, separación, nulidad y efectos del matrimonio y su régimen económico; sentencias sobre filiación matrimonial, extramatrimonial y adoptiva y sobre patria potestad; sentencias sobre tutela y, por último, normas de Derecho Internacional Privado.

El autor aclara que aunque estas sentencias se dictaron hasta 1977 con arreglo a una normativa anterior a la reforma del Código de 1981, hay que tener en cuenta, por un lado, que las situaciones fácticas presentadas arrojan un notable interés para la doctrina y la práctica y, por otro, que los comentarios a estas sentencias se redactaron entre los años 1968 y 1987, recogándose ya en los últimos casos la repercusión normativa que supuso la promulgación de la Constitución y la reforma del Código. Efectivamente, como puede verse, algunos de estos comentarios se publicaron en esta Revista incluso en el año 1988, y en ellos se ponía «al día» la situación de hecho planteada con la normativa que hubiera sido aplicable después de la reforma. Es decir, se trata de notas actuales sobre hechos o fallos anteriores, en un estudio comparativo utilísimo.

El tomo que titula «Estudios sobre el Derecho de familia» es de una gran densidad doctrinal, pues aquí JOSÉ CERDÁ muestra una gran especialización, no en vano ha formado parte de la Delegación española de la Comisión de Expertos de Derecho matrimonial del Consejo de Europa. Recoge este volumen varios trabajos de gran importancia que el autor clasifica en siete temas 1.º Ocupación de la vivienda familiar; 2.º Titularidades conyugales; 3.º Capitulaciones matrimoniales; 4.º Comparación entre regímenes matrimoniales de comunidad universal y de separación absoluta de bienes; 5.º Filiación extramatrimonial; 6.º Filiación adoptiva, y 7.º Familia «de facto». Por si fuera poco, alumbra la posibilidad de estudiar una copiosa serie de temas pendientes, a cual más interesante, donde sugiere la adopción del principio «favor mulieris», llamando la atención de su incidencia en el Derecho Comunitario Europeo. Claro que, lamenta, en el momento actual, la hipertrofia normativa autonómica está llevándonos a una situación prototípica de «atomismo» para nuestro Derecho Civil; por ello CERDÁ reclama con urgencia la renovación de este Derecho Civil, pero hecha «exclusivamente» por juristas. Están bien claros los entrecuillados.

En esta idea insiste en el último tomo titulado «Estudios sobre codificación y Derecho Civiles Territoriales», sin temor a que le tachen de machacón, pues advierte de los peligros de esa creciente atomización. CERDÁ trabaja y se mueve

en una región con derecho especial y ha participado en los estudios y elaboración de la Compilación de Baleares, tanto en ponencias y estudios como en redacciones directas. En estos ámbitos ha podido echar de menos esa deseable visión civilista integradora y ha notado a veces unos aires políticos particularistas que nada tienen que ver con las auténticas instituciones del Derecho familiar y menos con el privado general.

Los estudios contenidos en este volumen son de una gran valía y los ordena en cuatro grandes grupos o temas. 1.º Comisiones compiladoras; 2.º Competencia legislativa respecto al Derecho privado, 3.º Constitución y derechos civiles territoriales, y 4.º Codificación civil.

También llama la atención sobre los temas pendientes y en especial en la integración en el Derecho Comunitario Europeo; se está formando, nos dice, un nuevo «*ius commune*» europeo y nadie sabe cuál va a ser su núcleo. Por el contrario, entre nosotros se está formando un movimiento centrífugo: de las Autonomías está emergiendo un nuevo «derecho civil» (¿Por qué lo pondrá CERDÁ con minúsculas? Simple pregunta) Y termina diciendo que nadie sabe cómo se podrá coordinar con el conjunto normativo español clásico, o sea, el Código Civil, ni mucho menos con el naciente Derecho Comunitario Europeo.

Quisiéramos haber acertado, en esta síntesis o presentación abreviada, a mostrar un contenido suficiente. Quienes lean esta obra podrán comprobar que JOSÉ CERDÁ ha hecho un trabajo concienzudo, pues no se ha limitado a recoger los valiosos estudios que había publicado otrora, sino que les ha dado unidad, nos ha proporcionado la posibilidad de su utilización práctica y además les ha añadido una tramazón doctrinal profunda que será debidamente valorada por los profesionales juristas

El autor puede estar seguro de que conseguirá su propósito de que estos estudios mantengan tanto la atención de los jóvenes estudiosos como la de los investigadores y tratadistas, a los que se les facilita la consulta en un texto asequible a todos. Enhorabuena.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

SALVADOR TORRES ESCÁMEZ: *La emisión de obligaciones por sociedades anónimas (Estudio de la legislación mercantil y del mercado de valores)*. Editorial Civitas, S. A., 1992, 301 páginas.

Mi querido amigo SALVADOR TORRES alumbra un estudio al que ha dedicado mucho tiempo, y no sólo en el campo de la investigación sino también buceando en la realidad práctica

Vaya, pues, de antemano, que estamos ante una obra en la que al aspecto teórico se añade un análisis de los problemas prácticos al máximo nivel, es decir, no sólo cómo se pueden resolver algunas cuestiones en la vida práctica sino, incluso, cómo se han resuelto en ella, pues ha manejado varias emisiones de obligaciones.

Creo que ello hace que estemos ante una obra que se convierte en peaje obligado para todos los que se acerquen o quieran profundizar en esta materia.

El libro se estructura en seis capítulos. El primero de ellos, de introducción e ideas generales, trata de explicar que la emisión de obligaciones corresponde a una de las formas de financiación de la S.A., si bien, generalmente, reserva-

da a las grandes sociedades, haciendo un breve recorrido histórico de la normativa.

El capítulo II se refiere a la propia emisión de obligaciones, comenzando por el estudio de la naturaleza donde se inclina por configurarla como un iter complejo que se inicia en el acuerdo social, se documenta en la escritura y se consume con la suscripción de los títulos y el desembolso de su importe, fenómeno que puede encajarse en la figura del contrato entre ausentes y de adhesión.

Seguidamente analiza el acuerdo de emisión cuya competencia recae en la Junta, planteando si los estatutos pueden prohibir la emisión, alterar las mayorías estatutarias para la emisión o la competencia. En relación a esta última se ocupa de la posibilidad de delegar la emisión en el órgano de administración, si bien critica el artículo 283 del RRM, más deficiente que la anterior normativa reglamentaria, y el no precisar unos mínimos que siempre hay que tener en cuenta.

El núcleo central del capítulo se refiere a los requisitos de la emisión, haciendo un estudio minucioso de los mismos. El primero, el límite cuantitativo. En segundo término, la intervención administrativa y la incidencia de la legislación del Mercado de Valores; en este punto es obligada la referencia al R.D. sobre emisión de valores de 27 de marzo de 1992. Distingue entre emisiones prohibidas o sometidas a autorización (art. 25 LMV), las sometidas a verificación administrativa por la CNMV. (art. 26 LMV, desarrollado por el capítulo II del RD de 27 de marzo de 1992), las libres (no hay llamada al ahorro). En tercer lugar se ocupa de la escritura (discusión de si es *invitatio ad offerendum* o verdadera oferta) que debe contener las menciones del artículo 285 TR de la ley (unas de identificación de la sociedad emisora, otras determinantes de las características de la emisión) y de la que son condiciones necesarias la asociación de defensa o sindicato de obligacionistas y la designación del Comisario. En relación a este Comisario entiende que puede ser persona jurídica y considera que su intervención es instrumental, calificando la tesis que lo califica como fiscalizador de ingenua.

Otorgada la escritura debe ser anunciada la emisión en el BORME e inscrita en el Registro Mercantil como requisitos previos para la suscripción y puesta en circulación (la inscripción en caso de estar garantizada es antes en el Registro de la Propiedad, según parece del artículo 274,5 RRM, si bien el autor considera más lógico lo contrario). A pesar de lo dicho recuerda que en la vida real es muy frecuente el inicio de la suscripción antes de la publicación y, en algunos casos, incluso la puesta en circulación de los títulos antes de la inscripción con cuya práctica no se muestra de acuerdo, así como con la falta de agilización de la puesta a disposición de los valores suscritos por los titulares.

Finaliza el capítulo con el examen de la emisión de una única obligación (conflictivo porque a veces conlleva fraude de variado tipo), el aspecto comercial o de marketing de la colocación y suscripción, la interesante cuestión de inadecuación de la emisión con la cuantía de la suscripción, bien por exceso, bien por defecto (suscripción excesiva o incompleta), la posibilidad de un desembolso parcial y, por último, la emisión de obligaciones en el extranjero, cuyas cuestiones más interesantes son la ley aplicable, el sometimiento a los Tribunales de otro país, la inscripción en el Registro Mercantil español y la moneda en que se emiten.

El capítulo III se refiere a la obligación como valor, se plantea la configuración de aquélla como título-valor pero, al aparecer en escena las anotaciones

en cuenta, se produce a su juicio un giro copernicano, pues mantiene la tesis de que las obligaciones representadas por anotaciones en cuenta no son títulos-valores. Son valores, concepto más amplio que engloba tanto los títulos-valores como las anotaciones en cuenta.

Antes de referirse a las obligaciones típicas hace una excursión por otros tipos de valores (no accionariales) emitidos por sociedades anónimas, distinguiendo: 1. Los de estructura obligacional: obligaciones con cláusula de revalorización (el mecanismo corrector puede estar en relación con el nominal o con el interés), con cláusula de participación en los beneficios de la sociedad (poca aplicación en la práctica), con derecho a suscribir acciones (*warrants*), obligaciones subordinadas (las más semejantes a los célebres bonos-basura de la práctica norteamericana), obligaciones *bull and bear*, bonos simples o industriales o eléctricos o de tesorería y bonos de caja; 2. Los valores del mercado hipotecario (cédulas, bonos y participaciones hipotecarias), y 3. Las emisiones seriadas de pagarés de empresa cuya utilización supone una desnaturalización de los requisitos legales por cuanto orillan la aplicación de preceptos imperativos que denuncia el autor.

Hecha esta enumeración, el autor estudia las obligaciones cuya representación puede ser por medio de títulos, que deberán tener los requisitos del artículo 291 LSA, o por medio de anotaciones en cuenta, cuya forma de representación es irreversible y que se regula por los artículos 5 y siguientes de la LMV, desarrollados reglamentariamente por el RD de 14 de febrero de 1992.

Una de las características principales de estos valores es, por su grado de liquidez y agilidad, el de su negociabilidad, que puede ser por cualquier causa, si bien la más usual es la compraventa y en cuya forma tiene especial relieve la cuestión de la intervención de fedatario a cuyo análisis dedica unas interesantes páginas haciendo una interpretación, discutible, de la disposición transitoria 3.ª de la LMV. Esta transmisibilidad es ajena al modo de representación, pues la anotación en cuenta en modo alguno priva de su transmisibilidad.

Termina el capítulo haciendo un repaso de los más importantes derechos que confiere al titular del valor. documentación del crédito, percepción de rendimientos, cobro del nominal y ejercicio de acciones individuales a que se refiere el artículo 302 TR de la LSA.

El capítulo cuarto se refiere al Sindicato de obligacionistas de discutida naturaleza; le califica de ente dotado de personalidad jurídica con estructura asociativa y finalidad colectiva que cumple la doble función de organizar la defensa de los intereses de los obligacionistas y, como ventaja para la sociedad, dotar de un interlocutor válido a la misma, si bien, su normativa es insuficiente, pues en general la regulación estatutaria es pobre y no hay que olvidar que es la propia sociedad quien la elabora.

De su configuración asociativa deriva la existencia de un órgano decisorio de carácter asambleario y un órgano representativo encargado de la gestión y representación, dedicándose a un estudio particularizado de ambos órganos en relación a los textos legales y planteando multitud de cuestiones de interés, como la posibilidad de un vicecomisario o un comisario persona jurídica, la responsabilidad de éste, la representación en la Asamblea, previsión de una segunda convocatoria, acta de la Junta, competencias en relación a cuestiones muy concretas como la modificación de objeto social, reducción de capital, transformación, fusión, escisión, disolución y liquidación, suspensión de pagos y quiebra, modificaciones del contenido de la emisión.

El capítulo quinto se refiere a la extinción de las obligaciones en cuanto derecho documentado, supuesto distinto de la destrucción material de éste.

La amortización es consustancial y a la extinción se refieren los artículos 306 y siguientes del TR de la LSA: modos de recogida de las obligaciones previstos en las condiciones de la emisión (reembolso o amortización, que puede ser total o conforme a un calendario o plan de amortización, y pago anticipado); modos no contemplados en las condiciones de la emisión: convenio con el Sindicato, adquisición en Bolsa para amortizarlas (dos cuestiones se plantean: si puede la sociedad adquirir fuera de Bolsa y si deben ser necesariamente amortizadas) y conversión de acciones.

Junto a estos modos hace una referencia a los modos de extinción generales del artículo 1.156 CC y la prescripción.

En dicho capítulo contempla también la cancelación de la emisión que supone la constancia en el RM del reembolso y recogida de las obligaciones, dejando extinguida la emisión (arts. 279 y siguientes RRM) y la cancelación de las garantías a que se refiere el artículo 309 TR de la LSA, finalizando con el tema de la cancelación en caso de garantía hipotecaria regulada en el artículo 156 de la Ley Hipotecaria, si bien habrá que completarla con la normativa específica en caso de anotaciones en cuenta.

En el capítulo sexto y último, uno de los más extensos, hace un examen especial de las obligaciones convertibles, que no se caracterizan por haber sido objeto de un profundo tratamiento doctrinal.

Las califica como obligaciones facultativas o con cláusula alternativa.

La reforma las aborda en los artículos 292 a 294 del TR que se completa con el artículo 282,2 y 283,3 RRM, a cuyo análisis se dedica el autor.

Destaca, como cuestiones de interés, el desajuste del artículo 283,3 RRM, que prohíbe delegar en los administradores la facultad de acordar la emisión de obligaciones convertibles en acciones, con la práctica preexistente y con la normativa comunitaria, lo que plantea cuestiones de interés en derecho transitorio; si el informe de los auditores del artículo 292,2 es necesario en todo caso o, como cree el autor, sólo en caso de existir en la sociedad. Una de las cuestiones polémicas planteadas es si la relación de cambio puede estar basada en un criterio fijo o variable. Aquél es el seguido mayoritariamente en la práctica financiera europea, mientras el segundo es el habitual en las emisiones españolas, si bien, después de la reforma se plantea si puede subsistir este criterio, dado el tenor del artículo 292,1: determinar «las bases y las modalidades de la conversión». Constata que la práctica sigue por el criterio tradicional.

Lógicamente, la sociedad sigue actuando, siendo el período en que está pendiente la conversión cuando se pueden plantear los puntos más conflictivos, pues por un lado convergen los legítimos intereses de la sociedad emisora con las no menos legítimas expectativas de los titulares de las obligaciones de no ver alteradas las mismas como consecuencia de actividades realizadas unilateralmente por la sociedad. Las formas de protección de los obligacionistas son varias y el autor hace un recorrido extenso sobre varias hipótesis como un aumento de capital (cláusula antidilución), reducción, fusión, escisión, cambio de domicilio u objeto, alteración de las normas de reparto de beneficios, transformación, disolución o una OPA (aunque esta última no sea propiamente una verdadera vicisitud de la sociedad emisora).

Después de un estudio detenido del ejercicio del derecho de conversión, se ocupa de lo que denomina obligaciones convertibles impropias 1 Obligacio-

nes canjeables (la conversión se produce entregando la sociedad, a cambio de las obligaciones, acciones ya creadas de la propia entidad emisora, que ésta detentaba en su poder o en alguna de sus filiales. El autor las cree posibles); 2. Obligaciones convertibles a voluntad de la sociedad emisora (supuesto extraño en la práctica del que no ha encontrado manifestación en los folletos de emisión); 3. Obligaciones de conversión indirecta (la conversión no es en acciones de la propia sociedad misma sino de otra sociedad distinta).

Creo que estamos ante un buen libro de un excelente jurista que proyecta sus conocimientos diariamente en la vida real. La conjunción de teoría y práctica le hacen de gran interés, pero hay otra característica y es que está escrito con gran sobriedad, de modo que en ocasiones un párrafo condensa multitud de ideas y cuestiones lo que, por otro lado, no impide que la claridad sea otra de sus virtudes, así como la de no eludir en ningún momento la idea propia. Se puede estar o no de acuerdo con ésta, pero es obvio que eleva el nivel de la obra a la que le sobran los calificativos en esta recensión cuando un maestro como CAMARA la califica en el prólogo de «aportación fundamental al estudio de la emisión de obligaciones» y de «prácticamente exhaustivo».

ALFONSO VENTOSO ESCRIBANO
Registrador de la Propiedad, excedente
Notario de Madrid

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núms. 580-581 (Enero-febrero 1993)

- «La pieza de calificación de la suspensión de pagos y el Código Penal», por MARÍA JOSÉ MASCARELL NAVARRO, pág. 13.
- «Los límites del Poder Legislativo. el caso del artículo 21 de la Ley de Seguridad Ciudadana», por MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA, pág. 61.
- «El artículo 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la tutela judicial efectiva», por SALVADOR VILATA MENADAS, pág. 193
- «El vigente régimen penal de la insumisión», por JOSÉ MANUEL RAMÍREZ SINEIRO, pág. 415.
- «De la naturaleza jurídica del Régimen Disciplinario Militar», por ANTONIO RAFAEL HERNÁNDEZ OLIVENCIA, pág. 435.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Enero 1993)

- «Recepción del fideicomiso de residuo romano en el nuevo Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña», por ALFONSO MURILLO VILLAR, págs. 3 a 37.
- «Derecho concursal y fianza», por BEATRIZ ALONSO SÁNCHEZ, págs. 38 a 55.

Febrero de 1993

- «La realización de hipotecas mediante subasta notarial (Comentario al Real Decreto 290/1992, de Modificación del Reglamento Hipotecario)», por EMILIO MEZQUITA GARCÍA GRANERO, págs. 99 a 130
- «El régimen jurídico de las luces y las vistas en el Derecho común español. Límite y servidumbre», por EULALIA MORENO TRUJILLO, págs. 131 a 173.

ACTUALIDAD CIVIL

Núm. 6 (1993)

- «Responsabilidad civil de las compañías de seguros», por JOSÉ ANTONIO SELJAS QUINTANA.

Núm. 7 (1993)

«Responsabilidad con los bienes gananciales ante fianza prestada por uno de los cónyuges», por DOMINGO BELLO JANEIRO.

Núm. 8 (1993)

«La justicia civil ante el ciudadano: Notas para una reforma», por JAVIER PUYOL MONTERO.

Núm. 9 (1993)

«El interdicto de obra nueva contra la Administración: Estado de la jurisprudencia e incidencia en la Ley 10/1992», por ENRIQUE BARRERO GONZÁLEZ.

Núm. 10 (1993)

«La protección del consumidor en algunos tipos de ventas especiales», por FÉLIX M. CALVO VIDAL.

Núm. 11 (1993)

«Acumulación de recursos en sede casacional», por LUZ CASTILLO RODRÍGUEZ.

Núm. 12 (1993)

«Acerca de la protección de las ideas por el derecho de autor. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1992», por GUILLERMO OROZCO PARDO.

Núm. 13 (1993)

«El matrimonio religioso no canónico celebrado en España. Aproximación a las Leyes número 24, 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992», por IGNACIO GALLEGU DOMÍNGUEZ y LUIS GALÁN SOLDEVILLA

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 131 (Enero-febrero 1993)

«Urbanismo y carreteras. Breve sistematización», por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 13

- «Derechos humanos y urbanismo (De una axiología constitucional vulnerada)», por LEÓN CORTIÑAS-PELÁEZ, pág. 23.
- «El urbanismo como competencia de los entes públicos territoriales», por ANTONIO T. VERDÚ MIRA, pág. 61.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núm. 205 (Julio-septiembre 1992)

- «La función de los usos en el Código de Comercio (Notas para una interpretación del artículo 2 C. de Co.)», por JESÚS ALFARO AGUILA-REAL, pág. 419.
- «Las convenciones ilícitas en los negocios mercantiles Reflexiones en torno al artículo 53 del Código de Comercio», por GEORGINA BATLLE SALES, pág. 445.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Núm. 160 (1992)

- «Economía de la pesca: marco estructural y gestión de los recursos», por MANUEL M. VARELA LAFUENTE y MARÍA DOLORES GARZA GIL, pág. 11.
- «La gestión de las zonas de pesca como recursos de propiedad común», por TROND BJØRNDAL, pág. 49.
- «La teoría de incentivos y los contratos pesqueros», por M. CARMEN GALLASTEGUI, pág. 101.
- «Un modelo bioeconómico pesquero», por JUAN C. SURIS REGUEIRO, pág. 153.
- «Consideraciones poco comunes en una política pesquera común. Una valoración positiva de la integración comunitaria», por FERNANDO GONZÁLEZ LAXE, pág. 187.
- «La flota pesquera vasca: una breve reseña histórica y sociológica», por LUIS MIGUEL MACÍAS PEREDA y MIGUEL MURUAGA, pág. 215.
- «La pesca en Galicia. situación actual y política pesquera», por ALBINO PRADA BLANCO, MANUEL GONZÁLEZ GÓMEZ y CARLOS IGLESIAS MALVIDO, pág. 235.
- «Economía de la pesca en Canarias», por JAVIER MACÍAS GONZÁLEZ, pág. 257.
- «La gestión integral de los recursos marinos: agricultura y marisqueo», por XULIO PARDELLAS DE BLAS, pág. 275.

Núm. 161 (1992)

- «Nuevos instrumentos interpretativos para el análisis del sistema agroalimentario italiano», por ROBERTO FANFANI y ELISA MONTRESOR, pág. 15.
- «Análisis de la rentabilidad del capital a partir de los resultados de la RECAN», por PERE SABATE PRATS, pág. 55.
- «El trabajo de la mujer agricultora en las explotaciones familiares agrarias españolas», por JUAN M. GARCÍA BARTOLOMÉ, pág. 71.
- «Estrategia de adaptación de pequeñas explotaciones en el marco de la PAC. La agricultura a tiempo parcial en un área de montaña», por ANA OLAIZOLA TOLOSANA y EMILIO MANRIQUE PERSIVA, pág. 99.
- «Algunas repercusiones de la incorporación de España a la CE en el sector del trigo y de la cebada», por JOSÉ M. GIL y LUIS M. ALBISU, pág. 123.

- «En torno a la reforma de la Política Agraria Común: contribución a un debate necesario», por TOMÁS GARCÍA AZCÁRATE, pág. 149.
- «Consecuencias de las modificaciones metodológicas existentes entre los censos agrarios de 1982 y 1989», por LUIS RUIZ-MAYA, pág. 167.
- «La industria de fertilizantes nitrogenados y fosfatos: una perspectiva histórica (1939-1989)», por LUIS ROBLES TEIGEIRO, pág. 189

REVISTA DE DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO

Núm. 19 (Abril-diciembre 1992)

- «La Autonomía del Derecho Agrario Comunitario», por LUIGI COSTATO, pág. 5
- «Síntesis del Congreso Iberoamericano e Internacional. Zaragoza, 1992», por ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, pág. 14.
- «Ambito de Aragón y España», por CARLOS VATTIER FUENZALIDA, pág. 39.
- «Congreso Internacional e Iberoamericano de Derecho Agrario», por ESTEBAN PERALTA LOSILLA, pág. 44.
- «Posibilidades acerca de la Ronda Uruguay Agropecuaria del GATT», por ENRIQUE RODOLFO KIPP, pág. 54.
- «La política agraria común durante 1991», por ENRIQUE LUIS LARROQUE DEL CASTILLO OLIVARES, pág. 57.
- «La concentración parcelaria en relación con el Registro», por ENRIQUE LUIS LARROQUE DEL CASTILLO OLIVARES, pág. 65.
- «Acerca de los precios y rentas agrarias: el caso español», por JOSÉ MARÍA MONTOLIO, pág. 73.
- «Los convenios de la organización internacional de trabajo y los trabajadores agrícolas», por J. JESÚS DEL VAL ARNAL y ANGEL L. DE VAL TENA, pág. 79.
- «Derechos y libertades en la Europa comunitaria», por MANUEL LÓPEZ-MEDEL Y BASCONES, pág. 83.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO

Núm. 133 (Julio-diciembre 1992)

- «Evangelizadores. Envío y misión a América (Siglo XVI)», por A. FAILDE RODRÍGUEZ, págs. 479-512.
- «El impedimento matrimonial del parentesco espiritual en Indias (ss. XVI-XVII)», por F. R. AZNAR GIL, págs. 513-532.
- «Concilio I Manilano (1771)», por V. M. ASENSIO ROLDÓN, págs. 533-566.
- «Instrucciones de Merry del Val a Vico en 1907 y relación final del nuncio en 1912», por V. CÁRCCEL ORTÍ, págs. 567-605.
- «Los esponsales o *de sponsalibus*», por J. GARCÍA SÁNCHEZ, págs. 609-628.
- «Mediación histórica y praxis en el juicio deóntico. Notas de lógica normativa», por T. I. JIMÉNEZ URRESTI, págs. 629-659.
- «La asistencia religiosa en el ámbito hospitalario público español», por M. MORENO ANTÓN, págs. 661-690.
- «La declaración de nulidad del matrimonio de dos acatólicos. Texto y comentario», por J. L. ACEBAL LUJÁN, págs. 691-697.

REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA ARGENTINA

Núm. 830 (Julio-agosto-septiembre 1992)

- «Es obligación de los escribanos mantener reserva de los documentos, especialmente de los testamentos que obren en su poder», por FRANCISCO FERRARI CERETTI, pág. 441.
- «La omisión de cumplimentar los recaudos exigidos por el artículo 1 246 del Código Civil. Subsanción en sede notarial», por LEÓN HIRSCH, págs. 449.
- «Incongruencias del dominio horizontal con los cementerios privados», por CARLOS ISMAEL WESLER, pág. 463.
- «Ulteriores copias con acuerdo del acreedor, artículo 1.007 del Código Civil y otros conflictos con el Registrador», por CARLOS MARÍA GATTARI, pág. 469

REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY

Núms. 7 a 12 (Julio-diciembre 1991)

- «Concurrencia de créditos laborales, prendarios y/o hipotecarios», por JOSÉ LAMAS, pág. 193
- «El contrato de hipoteca en los siguientes niveles: créditos hipotecarios, hipotecas abiertas, hipotecas de aeronaves y la hipoteca en el Derecho internacional privado», por ROQUE MOLLA y otros, pág. 217.
- «El embargo y efecto retroactivo de la partición», por ENRIQUE AREZO PIRIZ y otros, pág. 229.
- «El testamento y sus cláusulas. La condición resolutoria-suspensiva del fallecimiento de un heredero», por RAÚL ANIDO, pág. 243
- «Valor probatorio de los documentos emitidos por sistemas informáticos en la legislación uruguaya», por MARÍA WONSIK, pág. 253.

REVISTA JURIDICA JALISCIENSE

Núm. 4 (Septiembre-diciembre 1992)

- «Etnicidad y Derechos Humanos. Exploración de un marco general», por RAÚL HERNÁNDEZ VEGA, pág. 11
- «Derechos humanos y responsabilidad económica del Estado», por JESÚS VILLALOBOS PÉREZ, pág. 19
- «El Ministerio Público como autor y cómplice de las violaciones a los Derechos Humanos», por JOSÉ BARRAGÁN BARRAGÁN, pág. 25.
- «Los Derechos Humanos subversivos», por OSCAR CORREAS, pág. 45
- «El valor humano del trabajo», por JOSÉ MANUEL LASTRA LASTRA, pág. 57.
- «¿Es la Comisión Nacional de Derechos humanos el Ombudsman mexicano?», por HEDWIGA LINDNER LÓPEZ, pág. 81.
- «Notas para el diagnóstico constitucional del Decreto de 5 de junio de 1990, por el que se crea la Comisión Nacional de Derechos Humanos y de su Reglamento Interior», por JESÚS GUDIÑO PELAYO, pág. 129.

- «De cómo el exceso de reformas fiscales en México genera inseguridad jurídica y otros perjuicios (El caso tapatío)», por AIMEE FIGUEROA NERI, pág. 157
- «La influencia de los derechos sociales de la Constitución mexicana de 1917 en la Constitución española de 1931», por MARIA ELENA GARCÍA EXPÓSITO, pág. 243.
- «Tema de Derechos Humanos en introducción al estudio del Derecho», por EFRÁIN GONZÁLEZ MORFÍN, pág. 255

BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Núm. 75 (Septiembre-diciembre 1992)

- «El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos», por HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, pág. 749.
- «El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá», por ARTURO Hoyos, pág. 785
- «Breves consideraciones sobre algunos aspectos de la teoría general del federalismo», por BEATRIZ MALDONADO SIMAN, pág. 809.
- «¿Es necesaria la armonización fiscal?», por MARÍA DE LA LUZ MUANGOS BORJA, pág. 829.
- «La constitucionalidad de las leyes fiscales», por GREGORIO RODRÍGUEZ MEJÍA, pág. 855

REVUE DE DROIT UNIFORME

Núm. 1 (1991)

- «L'activité de l'Institut international pour l'unification du droit privé (du 1.^{er} janvier au 31 décembre 1990)», por MALCOLM EVANS, pág. 2.
- «Reflections on the Harmonisation of Commercial Law», por ROY GOODE, pág. 54.
- «Rapport explicatif sur la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure (CRTD)», por MALCOLM EVANS, pág. 54.

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Vol. LXV (1989)

- «A Ley Fundamental de Bonn e o Direito Constitucional Portugues», por José MANUEL M. CARDOSO DE COSTA, pág. 1.
- «La convention de Bruxelles après la Convention d'Adhésion du Portugal et de l'Espagne», por RUI MANUEL MOURA RAMOS, pág. 29.
- «Os Direitos Fundamentais na Jurisprudencia do Tribunal Constitucional», por JOSÉ CASALTA NABAIS, pág. 61.

- «Penal Law Reform in the Federal Republic of Germany after the Second World War», por MANFRED MAIWALD, pág. 121
- «Derecho Subjetivo y Deber Jurídico en la Escuela de Suárez», por ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE, pág. 145.
- «Introducción a la Racionalidad Humana en Suárez», por JOSÉ MANUEL ROMERO MORENO, pág. 171.
- «El Fundamento del Principio —La Ignorancia de la Ley no Excusa su Cumplimiento— en la Obra de Francisco Suárez Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore», por JESÚS LIMA TORRADO, pág. 207.
- «Desenvolvimientos recientes del Derecho Penal de la Información», por ENRIQUE RUIZ VADILLO, pág. 223.
- «La Libertad de Información y Libre Circulación de Noticias en España: Proclamación y límites», por CÁNIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO, pág. 243.
- «La solución del conflicto entre libertad de expresión y honor en el Derecho Penal Español», por IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, pág. 263.
- «Développements Récents de l'Information de Presse en Matière Pénale», por JEAN PRADEL, pág. 277
- «Sviluppi Recenti del Diritto Penale della Informazione a Mezzo Stampa», por CARLO FEDERICO GROSSO, pág. 291.
- «Desenvolvimentos Recentes do Direito Penal da Informação», por MANUEL ANTONIO LOPES ROCHA, pág. 305
- «La Libertad Condicional su futuro», por ANTONIO GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, pág. 341.
- «La Liberation Conditionnelle. Quel Avenir?», por JACQUE BORRICAND, pág. 361.
- «La Liberazione Condizionale: Quale Futuro?», por GIOVANNI FLORA, pág. 377.
- «Passado, Presente e Futuro da Liberdade Condicional no Direito Portugues», por ANTONIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, pág. 401.

NOTICIAS C.E.E.

Núm. 96 (Enero 1993)

- «Distintos aspectos del Régimen Fiscal de la fusión de empresas», por ANTONIO APARICIO PÉREZ, pág. 11.
- «La Ley 29/1991 y el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana», por FERNANDO CASANA MERINO, pág. 31
- «El nuevo régimen de las devoluciones en el Impuesto sobre el Valor Añadido en la Ley 29/1991, de 16 de diciembre», por LUIS DOCAVO ALBERTI, pág. 39.
- «Régimen Fiscal de las Sociedades Matrices y Filiales en la CEE», por VICTORIANO GONZÁLEZ POVEDA, pág. 43.
- «Novedades de la Ley 29/1991 sobre la armonización en la modalidad de operaciones societarias», por ANTONIO GONZÁLEZ-ROSELL LÓPEZ, pág. 51
- «El alcance de las modificaciones introducidas por la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, en los aspectos formales del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», por RICARDO HUESCA BOADILLA, pág. 61.
- «El IVA y el ITP en la transmisión de la empresa tras la Ley 29/1991 de adecuación a las Directivas CEE», por JOSÉ IGNACIO JIMÉNEZ-BLANCO, pág. 91.

- «La aplicación de la nueva normativa fiscal de operaciones de concentración y reestructuración de empresas a las entidades no mercantiles», por ANA MARÍA DE JUAN LOZANO y FRANCISCO J. MAGRANER MORENO, pág. 99.
- «Régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes», por M.^a PILAR MOLINA GÓMEZ-ARNAU, pág. 103
- «La reforma del Impuesto sobre Operaciones Societarias en la Ley de Adaptación a la Normativa Comunitaria», por JOSÉ LUIS MUÑOZ DEL CASTILLO, pág. 111.
- «Tributación de los incrementos y disminuciones de patrimonio procedentes de los bienes transmitidos por las entidades transmitentes en el Impuesto sobre Sociedades derivados de operaciones de fusión a raíz de la Ley 29/1991», por M.^a DEL ROSARIO PALLARÉS RODRÍGUEZ, pág. 119
- «Los conceptos de fusión y escisión en la Ley 29/1991, de 16 de diciembre y su ámbito de aplicación», por ALFONSO POLO SORIANO, pág. 131
- «Régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial», por EDUARDO SANZ GADEA, pág. 141.

Núm. 97 (Febrero 1993)

- «El Espacio Económico Europeo (EEE)», por GONZALO BESCOS FERRAZ, pag. 11.
- «Estudio comparativo de la normativa comunitaria y española sobre información financiera en Bolsa», por JULIA GARCÍA DIEZ, pág. 23.
- «Evolución de la legislación española sobre control de cambios. Normativa comunitaria sobre la liberalización de los movimientos de capital», por EDUARDO SEBASTIÁN DE ERICE, pág. 31.
- «La transición hacia una nueva PAC y un nuevo Derecho agrario en la perspectiva de la unión económica y monetaria», por ALBERT MASSOT MARTÍ, pág. 43.
- «La Directiva de recursos para la contratación de los sectores de agua, energía, transportes y telecomunicaciones», por FERNANDO DIEZ MORENO y LUIS OLIVE MARTÍNEZ-PENALVER, pág. 61.
- «Vías de acceso de las empresas a las Instituciones Comunitarias», por ENRIQUE GUARDIOLA SACARRERA, pág. 69.
- «Política comunitaria para la pequeña y mediana empresa. Tecnología, I+D y competitividad (y IV)», por ANA MARÍA VÁZQUEZ LOSADA, pág. 79.

Núm. 98 (Marzo 1993)

- «Extremadura y la CEE», por JUAN CARLOS RODRÍGUEZ IBARRA, pág. 9.
- «Situación económica de Extremadura», por RAFAEL PAMPILLÓN OLMEDO, pág. 11.
- «La Corporación Empresarial de Extremadura», por LUIS CRESPO, pág. 21.
- «La repercusión de los fondos estructurales comunitarios sobre Extremadura», por LORENZO ESCUDERO ARAUJO, pág. 23.
- «Comercio exterior extremeño», por RAQUEL GONZÁLEZ BLANCO, pág. 27.
- «El Centro de Empresas e Innovación de Extremadura: Un instrumento de desarrollo regional», por MANUEL DEL HOYO, pág. 37.

- «La simplificación y racionalización administrativa en Extremadura», por ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA, pág. 45.
- «La agricultura extremeña y la PAC», por ENRIQUE DE MUSIERA PARDO y otros, pág. 49.
- «El sector agroindustrial extremeño», por FRANCISCO PULIDO GARCÍA y otros, pág. 59.
- «El Plan de Desarrollo Económico Regional», por RAMÓN ROPERO MANCERA, pág. 65.
- «Proyección europea de la Universidad de Extremadura», por JOSÉ M.^A SÁNCHEZ-MARÍN PIZARRO, pág. 81.

