

**REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO**

**FUNDADA EN 1925 .**

**por**

**D. Jerónimo González Martínez**

---

**Año LXIII      •      Julio-Agosto 1987      •      Núm. 581**

---



## CONSEJO DE REDACCION

### **PRESIDENTE:**

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

### **CONSEJEROS:**

D. Carlos M. Hernández Crespo.  
D. Juan-José Benayas y Sánchez-Cabezudo.  
D. Pío Cabanillas Gallas.  
D. Antonio de Leyva y Andía.  
D. José Luis Lacruz Berdejo.  
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.

### **COMISIÓN EJECUTIVA:**

D. Carlos Miguel Hernández Crespo.  
D. José María Chico Ortiz.  
D. Manuel Amorós Guardiola.

### **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

|                                                                                                                                                              | <i>Págs.</i> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| <b>ESTUDIOS:</b>                                                                                                                                             |              |
| «Consideraciones sobre la dación en pago», por TERESA MARÍN GARCÍA DE LEONARDO ... ..                                                                        | 977          |
| «La protección de los programas de ordenador en el proyecto de Ley de Propiedad Intelectual», por MANUEL HEREDERO HIGUERAS .                                 | 1021         |
| «Reflexiones sobre la tutela de los obligacionistas en las situaciones de crisis económica de la sociedad emisora», por MARÍA LUISA APARICIO GONZÁLEZ ... .. | 1045         |
| <b>DICTAMENES Y NOTAS:</b>                                                                                                                                   |              |
| «La interpretación de los contratos de adhesión por la jurisprudencia del Tribunal Supremo», por LUIS MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ .                          | 1085         |
| <b>ACTUALIDAD JURIDICA:</b>                                                                                                                                  |              |
| Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN ... ..                                                                                            | 1099         |
| <b>JURISPRUDENCIA:</b>                                                                                                                                       |              |
| I. Sentencias del Tribunal Constitucional. por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ... ..                                                                                | 1115         |
| II. Resoluciones de la Dirección General. por RICARDO EGEA IBÁÑEZ y FERNANDO CANALS BRAGE ... ..                                                             | 1151         |
| III. Sentencias del Tribunal Supremo:                                                                                                                        |              |
| 1. Derecho civil:                                                                                                                                            |              |
| b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA y RICARDO DE ANGEI YÁGÜEZ ... ..                                                                        | 1175         |
| e) Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI .                                                                                                                 | 1247         |
| 3. Derecho fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ ... ..                                                                                                          | 1269         |

**INFORMACION BIBLIOGRAFICA:**

|                                                                                                                                                                                       |      |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| «Cuestiones de inconstitucionalidad. Doctrina del Tribunal Constitucional», de ANTONIO CANO MATA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .                                                       | 1277 |
| «El pago», de LUIS PASCUAL ESTEVILL, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS                                                                                                                      | 1281 |
| «La institución jurídica», de J. CALVO GONZÁLEZ, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ . . . . .                                                                                               | 1285 |
| «La seguridad jurídica y el Notariado», de F. CUENCA ANAYA, A. RODRÍGUEZ ADRADOS, J. L. MEZQUITA DEL CACHO, J. LANZAS GALVACHE y V. FONT BOIX, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ . . . . . | 1288 |
| «Aspects du Droit privé en fin du 20° siècle», de varios autores, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ . . . . .                                                                                  | 1290 |
| <b>REVISTA DE REVISTAS</b> , por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS . . . . .                                                                                                                    | 1297 |

# ESTUDIOS



# Consideraciones sobre la dación en pago

## I. INTRODUCCION

El artículo 1.156 del Código Civil, al enumerar los modos de extinción de las obligaciones, no se refiere a la dación en pago. En nuestro Derecho positivo tampoco ha encontrado esta figura una regulación adecuada a su importancia doctrinal y práctica. Sin embargo, pese al silencio del legislador español, no hay que pensar que esta institución sea totalmente desconocida en nuestro Derecho positivo, puesto que implícitamente en algunos artículos se da por supuesta (1). Ello permite en cierta medida, a través del estudio de los textos legales, poder configurar el contenido de la dación en nuestro ordenamiento jurídico.

Partimos de la idea de que la pretendida investigación de un concepto fijo y unitario que corresponda a la dación en pago y que permite resolver todos sus problemas, como afirma PUIG BRUTAU (2), es una ilusión. Y ello porque nos encontramos con una figura que presenta hipótesis distintas. Bien es verdad que la dación en pago aparece siempre ante el concurso de oferta y aceptación por parte de acreedor y deudor de una prestación distinta de la debida; sin embargo, si bien está nominada, su regulación no se encuentra en el Código Civil. ¿Por qué el legislador de 1889 no reguló la dación en pago? Es curioso que en las escrituras de

---

(1) En concreto, se hace mención a la dación en pago en los artículos 1.521, 1.656 y 1.849 del Código Civil y en los artículos 36, apartado 2, y 41, apartado 2, de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

A propósito de los diferentes sistemas legislativos puede verse PUIG PEÑA, F.: *NEJ*, Seix, tomo 6, Barcelona, 1954: «En las legislaciones se siguen dos sistemas en orden a este instituto: uno, el representado por las de tipo clásico, como el Código francés y español, que, no obstante acudir al mismo en el articulado, no lo disciplinan, y otro, el representado por las de patrón germánico, que regulan detalladamente la figura».

(2) PUIG BRUTAU, J., tomo I, volumen 2, Barcelona, 1985, págs. 517 y sigs.

dación en pago que hemos tenido oportunidad de consultar, la vinculación de la voluntad y la consumación de la dación se orientan hacia un mismo momento. Incluso tratándose de transmitir la propiedad de inmuebles se suele subordinar lo convenido a la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Ahora bien, ese «dare» ¿ha de ser siempre transmisivo? ¿Por qué no se realizan escrituras en que jueguen con nitidez el momento de perfección de la dación y la consumación? Pensemos que nada impide que las partes, en base al artículo 1.255 del Código Civil, lleven a cabo un contrato de dación en el que se obligan a realizar una prestación distinta de la debida en un momento posterior (3). El problema es si durante ese período se deben dos prestaciones, con lo que tal vez nos encontraríamos con una relación de alternatividad o tan sólo una, produciéndose una novación por cambio de objeto.

Podría pensarse que nuestro legislador no ha regulado la dación en pago porque la explicación jurídica de los problemas que plantea se encuentra en la figura de la novación, en la del contrato o posiblemente en las relaciones de alternatividad. Creemos que estos son los linderos del tema a desarrollar a través de una selección ordenada con intención sistemática del enjambre de problemas que en estos linderos se albergan.

## II. PRECEDENTES

### 1. La «*datio in solutum*» en el Derecho romano

En el Derecho romano el objeto de la obligación determina el del pago. Así en las obligaciones de no hacer se paga absteniéndose; en las de hacer se paga cumpliendo el acto. Pero es en las obligaciones de «dare» en las que se piensa cuando se dice que si bien en principio el deudor debe satisfacer al acreedor la prestación debida (4), no obstante, con el consentimiento del acreedor, se le permite satisfacer con una prestación distinta, *aliud pro alio solvere*, en el caso normal de las *obligationes in dando*. Pero ¿qué implica el término «dare» en el Derecho romano? HEUMAN y SECKEL (5) ponen de relieve que «dare» significa:

(3) Al no estar regulada en el Código Civil, nada impide que el acreedor, no haciendo uso de la protección que le brinda el artículo 1.166 del Código Civil, acepte un cambio introducido por el deudor. Esta regulación se establece en parecidos términos en el artículo 1.243 del Code Civil francés y en el artículo 1.197 del Codice Civile italiano.

(4) En esta línea se manifiesta GIRARD, P. F.: *Manuel élémentaire de droit romain*, sixième édition, París, 1918, pág. 701.

(5) HEUMAN, H., y SECKEL, E.: *Handlexicon zu den quellen des Römischen Rechts*, Graz-Austria, 1971, pág. 120. En la misma línea, PASTORI afirma que dare

a) En un sentido amplio, la *transferencia de una cosa (tradere)*, esto es, que el receptor ha de llegar a convertirse en propietario, como, por ejemplo, en el *mutuum dare*, o que el receptor obtiene la cosa solamente para un *uso transitorio o para otros fines*, como ocurre con el depósito o con el arrendamiento.

b) En un sentido estricto significa en particular, tanto el objeto de la estipulación cuanto en la acción formal para las *actiones in persona*, la transferencia de una cosa en la propiedad del receptor, la transmisión.

Bien es verdad que hay autores, como D'ORS (6), que desde la perspectiva del Derecho clásico afirman que la *datio* suponía una transmisión de la propiedad, pero no es menos cierto que, como el mismo D'ORS expone, de acuerdo con la concepción «preposclásica» de GAYO, al decidirse éste a no identificar el *re obligari* con *datio obligari* admitió que la *obligatorio* podía surgir «re» sin verdadera *datio* por una simple entrega de detentación (depósito y comodato) o de posesión (*pignus datum*). Esto, como señala BALLARÍN (7), significa en el Derecho moderno que la *datio* va a designar presupuestos indiferentes o neutrales respecto de la transmisión dominical; es decir, que ya no significa existencialmente transmisión de la propiedad.

Pasando ya a la *datio in solutum*, en el Derecho clásico sólo se permite dicha forma de satisfacción con el consentimiento del acreedor: *datio in solutum* voluntaria. Además, en los primeros tiempos del Imperio se discutió si la extinción tenía lugar únicamente *ope exceptionis*, como sostenían los Procuradores o, *ipso iure* (como si fuera el mismo pago), como querían los sabinianos. Así GAYO en sus *Instituciones* (8) se refiere a esta cuestión; es decir, a la discusión sobre el efecto que produce el pago de una cosa por otra. Mientras que para los proculeyanos se extinguía la obligación por la *exceptio* que concedía el Pretor, para los

---

en sentido técnico implica una actividad, un *dare* material que determina un preciso resultado. Véase PASTORI, F.: *Concetto e struttura della obbligazione nel Diritto romano*, Milano, 1968-69, pág. 148.

(6) D'ORS, A.: *Derecho privado romano*, 5.ª edición, Pamplona, 1983, pág. 412, v «Sobre la suerte del contrato real en el Derecho romano», *R. D. Notarial*, abril-junio 1975, págs. 22 y 23.

(7) BALLARÍN HERNÁNDEZ, R.: *El cobro de lo indebido*, Madrid, 1985, pág. 135.

(8) GAYO 3,168. «Tollitur autem obligatio praeipue solutione eius, quod debeatur, unde quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrum ipso iure libeatur, quod nostris praeceptoribus placuit, an ipso iure maneat obligatus, sed adversus petentem per exceptionem doli mali defendi debeat, quod diversae scholae auctoribus iussum est». Es comprensible teniendo en cuenta que Gayo era sabiniano. Véase NARDI en ST. DONATUTTI 2, 1973, págs. 773 y sigs.

sabinianos, en cambio, se extinguía la obligación por la *datio (ipso iure)* (9).

En el Derecho posclásico (a partir del 239 d.C.), en atención a las dificultades económicas que supone la crisis de su época, se admite cualquier caso de *datio in solutum necessaria*. Por ejemplo, el supuesto de un deudor que no teniendo dinero y no encontrando comprador de un inmueble de su propiedad da en pago al acreedor el mismo inmueble (10). Sin embargo, también hay interesantes casos de *datio in solutum necessaria* en la época clásica bajo la forma de lo que podríamos llamar *datio in solutum legal* (11). Como podemos constatar, al igual que en la actualidad, se permite con respecto a las obligaciones de dar que se satisfaga al acreedor con una prestación distinta siempre y cuando otorgue su consentimiento.

En cuanto a los efectos, es evidente que a pesar de la discusión planteada la consecuencia práctica en ambos casos es la extinción de la obligación, ya sea por la *datio* o por la *exceptio doli* que concedía el Pretor con el fin de paralizar la acción de reclamación del acreedor doloso (12).

## 2. *Derecho común*

Dogmáticamente, como pone de relieve BUSSI (13), el Derecho común distingue una *datio in solutum* voluntaria de una *datio in solutum necessaria*. La primera es la que viene efectuada por el acuerdo de las partes, la segunda opera autoritariamente, *iussu iudicis*. Pero en esta época la *datio in solutum necessaria* tiene un carácter más general y se extiende también a las atribuciones al acreedor, previa estimación de la cosa dada. Por su parte, la *datio in solutum* voluntaria es considerada por los juristas como un contrato solutorio, irrevocable y de naturaleza

(9) Justiniano acogió la opinión sabiniana: Ins. Quibus modis (III, 30): «Tollitur omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit»

(10) Novela 4.3 del 535, y 120-6.4 del 544. Este beneficio de la «*datio in solutum necessaria*» se discutió si regía en Cataluña. En sentido afirmativo, véase PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Anotaciones al «Derecho de obligaciones»*, de ENNECERUS-LEHMAN, tomo II, vol. I. Barcelona, 1933, págs. 315 y 317.

(11) Véase D'ORS, A., *ob. cit.*, pág. 163, núm. I.

(12) Para un análisis más detallado, dejando aparte los trabajos antiguos, como el de STEINER: *Datio in solutum* (1914), puede verse: LONGO: *NNDI*, 5 (1960), «S. V. *datio in solutum*». MASUMECI: *Marciano e gli effetti della «datio in solutum»*, en IURA (1969), págs. 524 y sigs. NARDI: *Radiografia dell' «aliud pro alio consentiente domino in solutum dare»* (1970). MELILLO, G.: *In solutum dare*, Napoli (1970).

(13) BUSSI, E.: *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune* (Diritti reali e Diritti di obbligazione), Padova, 1937, pág. 329.

similar a la compraventa. De estos tres elementos que caracterizan esta figura BUSSI (14) deduce:

a) Que al igual que en la compraventa la *datio in solutum* debe valer *in toto*, es decir, no se admite la liberación del acreedor *pro parte*.

b) Por analogía con la compraventa, debe especificarse tanto el precio atribuido a la cosa dada *in solutum* como la deuda por la cual la mencionada cosa se cede.

c) Que cuando la *datio in solutum* fuese hecha *simpliciter* (sin expresar nada más) se presumía en la duda que estaba hecha por la totalidad de lo debido.

d) Que sería nula si el deudor no tenía ningún derecho sobre la cosa dada en pago.

### 3. Derecho histórico español

#### a) Etapa anterior a la Codificación

Una primera referencia al principio de la identidad de la prestación en materia de pago se encuentra en el Fuero Real. Así en el libro II, título X, Ley XV, se establece la siguiente regla:

«Como es tenuto el vendedor de dar la cosa que vendió al comprador.

El vendedor, después que la vendita fuere cumplida derechamente sea tenuto de dar la cosa que vendiere a aquel que lo compró, si la pudiese hacer; casi por aventura no la pudiese hacer, no es derecho que sea constreñido de darle más de la valía, o tornarle el presi que rescibió del comprador, qual más quisiere aquel que la compra.»

En esta norma es interesante destacar, por un lado, la obligación del vendedor de entregar la cosa al comprador en atención al principio de identidad de la prestación; pero en el supuesto de imposibilidad el comprador no puede obligarle a entregar una cosa de mayor valor o a devolverle el precio que había recibido. Luego es evidente que el perjudicado no podrá exigir, a diferencia del Derecho actual, lo que podemos calificar como resarcimiento de daños y abono de intereses. Tampoco puede ser obligado a devolver el precio; luego parece que el texto implícitamente está pensado en la dación, pero con sentido distinto a la configuración actual.

---

(14) En este sentido, BUSSI, E., *ob. cit.*, pág. 330, recoge la opinión de Deciano, Durante y Baldo.

En efecto, en el supuesto de que una de las partes no pueda cumplir una determinada prestación en que la obligación consiste, ¿a qué vía se recurre? A diferencia de la configuración actual, parece que tendrá que cumplir la obligación entregando otra cosa de equivalente valor. Esto supone que no va a jugar ningún papel el consentimiento del acreedor a la hora de entregar una cosa por otra. En consecuencia, parece que el texto sólo contempla el supuesto de *datio in solutum legal*, ya presente en el Derecho romano.

Posteriormente ya *Las Partidas* contienen una regulación más extensa de la materia que examinamos. En concreto, la Partida 5 del título XIV, Ley 3.<sup>a</sup>, establece:

«Pagamento de las debdas deve ser fecho a aquellos que las han de recibir, e deuese fazer de tales cosas como fueron puestas y prometidas en el pleyto quando lo fizieren, e non de otras si non quisiere aquel a quien fazen la paga. *Pero si acaesciesse que el debdor non pudiesse pagar aquellas cosas que prometiera, bien puede darle entrega de otras a bien vista del judgador.* . E deue pecharle el daño e el menoscabo que le vino por razón que non fizo aquella cosa, assí como prometio...»

Como se puede apreciar, esta norma establece la regla de que la prestación ha de ser igual a la que fue objeto del compromiso, entregando, en consecuencia, la misma cosa en que la obligación consiste. Incluso se prevé la posibilidad, no permitida actualmente en nuestro Código Civil, de dar una cosa por otra sin la voluntad del acreedor cuando el deudor no pueda cumplir la prestación a la que se había comprometido. Además deja esta decisión, no al consentimiento del acreedor, como sucede en el Derecho actual, sino al arbitrio judicial (15). Por tanto plantea una diferenciación clara con el Fuero Real: el arbitrio del Juez.

Por último, parece que este beneficio se plantea, de acuerdo con la interpretación dada por los comentaristas (16), como irrenunciable y dependiente del arbitrio judicial. Esto marca también una clara diferenciación con el Derecho positivo vigente, puesto que en ningún momento

(15) Evidentemente, dado el principio de libertad de estipulaciones que preside la materia de obligaciones, parece que quedará a salvo la posibilidad de que el acreedor, a título de pago, acepte una prestación diversa de la debida, puesto que la voluntad del acreedor debe dotar de eficacia suficiente a la realización de una prestación diversa de la debida. Véase, en este sentido, ALVAREZ PUGA, E.: *De la extinción de las obligaciones*. Barcelona, 1962, artículo 1.166, pág. 6.

(16) GREGORIO LÓPEZ, en *Las Siete Partidas*, tomo III, Barcelona, 1843, página 349, glosándolas puntualiza: «No deberá, pues, el deudor la mejor cosa de la que tenga, basta que sea de mediana calidad a juicio del magistrado según aquí se exprese. Este punto penderá del arbitrio del Juez. Nótese que a este remedio no puede renunciar el deudor, así como no puede renunciar al beneficio de la cesión de bienes...».

aparece como necesario el consentimiento del acreedor, requisito indispensable en el planteamiento actual de la dación en pago. En definitiva, estos textos nos ponen de relieve el principio básico que preside todas las normas que disciplinan el cumplimiento de las obligaciones; a saber, el que éste debe ser necesariamente realizado en la forma establecida en el momento de ser constituido el vínculo obligatorio. La obligación debe ser cumplida en su forma específica, tal y como determinan las voluntades concordantes del acreedor y del deudor. Por tanto podemos afirmar que se mantiene plenamente vigente la fórmula del Derecho romano, resumida en la frase *aliud pro alio, invito creditori solvi non potest*.

#### b) *Intentos codificadores*

El Proyecto de 1836, en su artículo 1.872, ya menciona el principio de identidad de la prestación en materia de pago. Es en el Proyecto de 1851 donde aparece una formulación en los mismos términos que el actual artículo 1.166 (pág. 1) del Código Civil. Como refiere el propio GARCÍA GOYENA al comentar esta norma (17), «es claro que podrá pagarse una cosa por otra consintiéndolo el acreedor». En consecuencia, desaparece ya de los textos legales el beneficio de la *datio in solutum legal* (18).

Finalmente, el Anteproyecto de Código Civil impreso por la Comisión de Codificación establece en el artículo 1.185 la actual redacción del artículo 1.166 con sus dos párrafos (19). De todo ello, como pone de relieve SERRANO ALONSO (20), se infiere que si bien el Código Civil no regula detalladamente la dación en pago, su admisión viene determinada no sólo por la circunstancia de que el propio Código de manera esporádica alude a la dación en pago, sino también porque en el citado artículo 1.166, siguiendo los precedentes en que se inspiran los redactores del propio Código, se deja abierta la posibilidad de que derogue la regla general de la identidad de la prestación, como requisito objetivo del pago, al admitir que con el concurso de la voluntad del acreedor el deudor quede liberado entregando una cosa diversa de la originariamente pactada.

---

(17) GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1984, pág. 585. Como precedentes de esta norma se citan: artículos 1.243 francés, 2.146 de la Luisiana, 1.335 sardo, 929 de Vaud, 1.425 holandés y 1.196 napolitano.

(18) GARCÍA GOYENA, F., *ob. cit.*, pág. 585, pone de relieve que «hasta ahora se ha observado en Navarra, pero no en Castilla».

(19) Este Anteproyecto es posterior al de los libros I y II del Código Civil de 1882, pero aparece impreso sin fecha ni pie.

(20) SERRANO ALONSO, E.: «Consideraciones sobre la dación en pago», *R. Derecho Privado*, 1978, pág. 421.

### III. FIGURAS AFINES

#### 1. *Dación en pago y pago por cesión de bienes*

Pese a que en la literatura jurídica italiana haya mantenedores de la tesis conforme a la cual la cesión de bienes constituye un caso particular de *datio* (21), tanto el Derecho positivo italiano como el español es claro que desautorizan este criterio.

En el Derecho español el pago por cesión de bienes viene regulado en el artículo 1.175 del Código Civil en los siguientes términos:

«El deudor puede ceder los bienes a sus acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. Los convenios que sobre el efecto de la cesión se celebren entre el deudor y sus acreedores se ajustarán a las disposiciones del título XVII de este libro, y a lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

A pesar de la aparente analogía que pueda existir entre la dación en pago y la cesión de bienes para pago, es claro que hay también importantes diferencias que tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado. En primer lugar, la dación en pago, a diferencia de la cesión de bienes, no requiere ni estado de insolvencia ni pluralidad de acreedores (22) ni tampoco se extiende a todos los bienes del deudor (23). En segundo lugar, en la dación en pago la operación satisfactiva del interés del acreedor es una entrega realizada por el deudor distinta a la que inicialmente se había establecido, que puede consistir en el traspaso posesorio, en la transmisión de la propiedad de una cosa o derecho, en un *facere* o en un *non facere*. Sin embargo, en la cesión de bienes *pro solvendo*, como pone de relieve la Sentencia de 1 de marzo de 1969 (24), «sólo atribuye la po-

(21) En este sentido, véase L'ASCOLI, A.: «*Cessio bonorum*» (voce) in *Digesto Ital.* MERLIN: *Della cessio bonorum nel nostro Diritto positivo, caratteri distintivi con la datio insolutum*, en *Foro delle Venezie*, 1933, pág. 591. En contra, SOTGIA: *La cessione dei beni ai creditori*, Torino, 1975, pág. 15.

(22) En esta línea, CAMPOS HERNÁNDEZ, M., en «Notas sobre la dación para pago en los convenios extrajudiciales», *R. Gral. Dcho.*, 1954, pág. 372, puntualiza: «El pago por cesión implica pluralidad de acreedores, requiriendo la intervención de todos, sin que obliguen los acuerdos de la mayoría en el sentido de imponer la cesión a los que voluntariamente no lo aceptaron.»

(23) Véase ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho civil español*, vol. 3. Madrid, 1974, pág. 139.

(24) En el mismo sentido, Sentencias de 11 de mayo de 1912, enero de 1915, 9 de diciembre de 1943, 17 de abril de 1948, 13 de marzo de 1953 y 14 de octubre de 1960.

sesión de los bienes con un poder de carácter personal que permite al acreedor efectuar la venta para cobrarse con su importe». Consecuencia de esto tenemos que mientras la dación en pago libera al deudor de modo definitivo y completo, es decir, extingue la obligación, la cesión de bienes, como dice el legislador, sólo libera al deudor de su responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos, con lo que estamos en presencia de una *cessio pro solvendo*. En consecuencia, sólo liberará al deudor en la medida en que los acreedores vayan siendo satisfechos (25). Por último es necesario destacar que, como señala VON TUHR (26), «en caso de duda sobre si las partes se proponían realizar una dación en pago o la entrega de un objeto en función de pago debe entenderse esto, a menos que se pruebe que se trataba de extinguir inmediatamente el crédito».

## 2. Dación en pago y adjudicación en pago

GIORGI (27) ya advertía, al estudiar la *datio in solutum*, que esta figura «se ha estimado por los modernos merecedora de tan poca consideración, que no sólo no ha encontrado lugar en los Códigos, sino que le ha faltado un nombre propio en el vocabulario jurídico del día». Es por esta razón por lo que frecuentemente encontramos empleados como sinónimos los términos «dación y adjudicación en pago» (28).

---

(25) Véase Acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central de 2 de abril de 1965 y Acuerdo del mismo Tribunal de 30 de octubre de 1969 (Aranzadi de 1970, núm. 46). En este mismo sentido, GAMBÓN ALIX, G., en «Notas sobre la naturaleza jurídica del contrato de cesión de bienes», *R. D. Priv.*, 1962, pág. 1060, matiza: «Cuando se produzca el supuesto, por lo demás muy frecuente, de que el importe líquido de los bienes cedidos sea inferior al montante del pasivo que acrediten los cesionarios, no se habrá producido, ciertamente, una extinción de la deuda, sino, antes bien, una modificación en las obligaciones que dieron causa a la cesión, que ahora, por virtud del prorrateo del precio alcanzado en la liquidación, han quedado disminuidas en mucho o en poco». La cesión no extingue por sí misma, es decir, que se perfecciona la obligación, sino que para lograr el efecto extintivo es indispensable llegar a un estadio ulterior, ya dentro de la fase de consumación.

(26) VON TUHR, A.: *Tratado de las obligaciones*, tomo II, 1.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1934, pág. 14. En el mismo sentido, se pronuncia BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, págs. 361 y 362: «En caso de duda, nada especificaron, deberá entenderse que se trata de una *cessio pro solvendo*, puesto que *pro soluto* lleva consigo la renuncia de este derecho a exigir el primitivo crédito, la cual no deberá sobreentenderse, sino que sólo podrá ser reconocido cuando así, de un modo expreso, se hubiese establecido». Sobre esta cuestión puede verse Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1970 (R. 4246).

(27) GIORGI, J.: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. VII, Madrid, 1913, pág. 339.

(28) Así, emplean estos términos como sinónimos: CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral*, tomo III, 13.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1983, pág. 395, y MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil español*, tomo VIII,

Ambas figuras tienden a cumplir un fin análogo: la extinción de la obligación, pero ello no implica que tengan los mismos requisitos y efectos (29).

En efecto, nuestra legislación admite el concepto de adjudicación en pago para calificar todos aquellos que se realizan en procesos divisorios y además para todos los actos en que una autoridad, sea o no judicial, en cumplimiento de un precepto legal, suple la voluntad individual, dando por extinguido un crédito o parte del mismo transfiriendo la propiedad de una cosa. Sin embargo, en los procesos divisorios no se puede hablar de dación en pago por la sencilla razón de que, salvo casos especialísimos, falta la preexistencia de una obligación de dar cosa determinada. En todos estos procesos, como pone de relieve BAS Y RIVAS (30), previo un período de liquidación, se llegan a fijar unos haberes, y aunque por cláusula contractual o de última voluntad se determine que para el pago de cierto haber se transfieren bienes determinados, si así se hace sólo habrá pago; la dación la habría si, previo acuerdo, en lugar de esos bienes se dieran otros distintos, formaran o no parte de la masa común a que el proceso se refiere.

Por tanto, sin tener en cuenta los procesos divisorios, tal vez pudiera considerarse que conceptualmente dación y adjudicación tienen en común la preexistencia de una obligación de entregar cosa determinada y la extinción de aquella obligación mediante la entrega de una cosa distinta. La dación en pago, a diferencia de la adjudicación, no requiere la solemnidad de la intervención de una autoridad o funcionario. En aquélla el acreedor presta su consentimiento para que se lleve a cabo la dación en pago; en la adjudicación ese consentimiento lo suple la Ley a través de un funcionario. Por último, en la dación el valor de estimación se hace de común acuerdo entre acreedor y deudor, y, en consecuencia, la obligación se extinguirá cualquiera que sea el valor de la cosa dada en pago. En la adjudicación en pago no puede ocurrir así (31).

Finalmente, estas ideas se ven claramente si examinamos algunos su-

---

2.ª ed., Madrid, 1907, pág. 314, el cual afirma que «la adjudicación en pago suele llamarse dación en pago...».

(29) Ya en el Derecho romano se distinguían los términos *solutio* y *adjudicatio*. Para D'ORS, A., *ob. cit.*, parág. 160, la *adjudicatio* es un residuo de la antigua *addictio* del Magistrado que tenía fuerza constitutiva. Es una *pars formalae* que faculta al Juez para adjudicar derechos.

(30) BAS Y RIVAS, F.: «La dación, adjudicación y cesión de bienes en función de pago de deudas», *RCDI*, 1945, págs. 589 y 590.

(31) Hay que tener en cuenta que tratándose de acciones divisorias siempre se lleva a cabo una valoración de los bienes que se adjudican.

puestos de adjudicación que contempla el Código Civil. A este efecto LATOUR (32) habla de varios casos de adjudicación, de los que claramente se puede deducir que no existe dación en pago: El primer supuesto típico de adjudicación por acto de autoridad es el contemplado en el artículo 615 del Código Civil. La adquisición de la propiedad en este caso no se produce de un modo ordinario (la ocupación), pues dicho precepto tan sólo otorga un derecho exclusivo de adquisición a favor de la persona que cumple los supuestos de hecho que en el precepto se establecen; se transforma en propiedad mediante la adjudicación por la autoridad y no por la apropiación.

En segundo lugar, tampoco puede entenderse que exista una dación en pago de los casos de adjudicación por el ejercicio de acciones divisorias (33). Basta pensar que la adjudicación en estos casos lleva consigo, y como requisito previo, la valoración de los bienes que se adjudican, mientras que lo relevante en la dación en pago no es la valoración, sino que las partes acepten el *aliud pro alio*.

### 3. Dación en pago y obligación alternativa

Como ya hemos puesto de relieve, el artículo 1.166 del Código Civil consagra el principio de identidad de la prestación, principio que innecesariamente reitera el artículo 1.151 en cuanto a las obligaciones alternativas (34). En la medida en que éstas suponen la existencia de varias prestaciones y la elección posterior de una de ellas, se puede pensar, en principio, en la posibilidad de que la obligación alternativa entrañe una dación en pago. Examinemos si esta afirmación es cierta. En la vida de la obligación alternativa, como afirma HERNÁNDEZ GIL (35), «hay dos momentos capitales, junto a su contenido disyuntivo, que son la elección y la concentración. Por medio de la primera, su titular, el titular del derecho de elección, que puede ser el deudor (y hay presunción de que lo es por el art. 1.132 del Código Civil) o el acreedor, decide cuál es la prestación sobre la que la obligación se concentra. La concentración es, por tanto, la consecuencia del ejercicio del derecho de elección e implica la extinción de la alternativa».

Es cierto que en la obligación alternativa hay una obligación única,

(32) LATOUR BROTONS, J.: «Notas sobre la dación en pago», *R. D. Privado*, 1953, pág. 633.

(33) Como ejemplo pueden citarse: artículos 399, 404, 406, 1.061, 1.062, 1.065, 1.066, 1.068, 1.069, 1.070, 1.072, 1.074, 1.078, 1.085, 1.086 y 1.708 del Código Civil.

(34) En este sentido, HERNÁNDEZ GIL, A.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XV, vol. 2, Madrid, 1983, págs. 163 y 164.

(35) HERNÁNDEZ GIL, A.: «Naturaleza jurídica de la obligación alternativa», *R. D. Privado*, 1942, pág. 555.

y que se pueda dar el supuesto, al igual que en la dación en pago, de que el acreedor consienta en recibir una cosa por otra, según la elección posteriormente realizada. Pero la diferencia fundamental radica en que en la obligación alternativa ambas prestaciones son debidas por estar *in obligatione*, de tal modo que el pago y cumplimiento de una de las prestaciones debidas, por virtud de ese particular fenómeno de concentración que señala HERNÁNDEZ GIL, constituye el cumplimiento puntual de la obligación, cualquiera que sea la elegida (36). Por el contrario, la dación en pago surge precisamente cuando *ab initio* sólo se ha previsto una determinada prestación, conviniendo *a posteriori* ambas partes interesadas la realización de una prestación distinta.

Por otra parte, el fundamento de una y otra figura jurídica, como pone de relieve MERINO (37), es diferente, porque «mientras en la obligación alternativa lo que existe es una indeterminación de las partes intervinientes acerca del específico objeto de la prestación, por el contrario, en la dación en pago existe siempre una perfecta determinación inicial de la prestación; es en un momento posterior cuando surge, no la indeterminación volitiva, sino la conveniencia o la necesidad de sustituir el objeto primeramente estipulado por otro diferente y aun de distinta naturaleza.

En tercer lugar, como señala DÍEZ PICAZO (38), la facultad de elección en la obligación alternativa es «un simple derecho potestativo o facultad de configuración jurídica» a favor del que realiza la elección del objeto de la prestación. Por el contrario, en la dación en pago, entendida en sentido estricto, la determinación del *aliud* se verifica mediante un acuerdo mutuo entre ambas partes interesadas.

Por último queremos destacar que esta distinción es clara cuando se refiere a la dación en pago en sentido estricto, es decir, contempla tan sólo la hipótesis en que la recíproca atribución patrimonial entre acreedor y deudor produzca un inmediato efecto extintivo, no operándose ninguna transformación en la originaria relación obligatoria.

Sin embargo, si aceptamos un sentido amplio de dación en pago aparecen, a nuestro juicio, ciertas conexiones con la obligación alternativa

---

(36) Sobre esta idea, puede verse: GIORGI, J., *ob. cit.*, pág. 344, y POLACCO, V.: *Dazione in pagamento*, Verona, 1888, págs. 12 y sigs. Sin embargo, no faltan autores que confunden ambas figuras. Así, BOILEUX, J. M., en *Commentaire sur le Code de Napoleon*, tomo V, París, 1857, pág. 384, después de referirse a la dación en pago, afirma: «Decíamos así (relativo a la dación en pago) cuando el mismo comprador hubiera estipulado en el acto mismo de la venta que podría librarse entregando una cosa determinada, pues esta cosa sería solamente *facultate solutionis*.

(37) MERINO HERNÁNDEZ, J. L.: «La dación en pago», *R. D. Notarial*, 1975, página 85.

(38) DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. 1, Madrid, 1983, pág. 503.

que si bien no significan una asimilación que explique por sí sola la dación en pago, en conexión con otras figuras podría ayudar a delimitar los efectos meramente obligatorios de la dación en pago entendida en este sentido amplio.

#### 4. *Dación en pago y obligación facultativa*

HERNÁNDEZ GIL (39), al hablar de la obligación facultativa, afirma que se trata de una figura próxima a la obligación alternativa, de la que, sin embargo, se diferencia. La obligación facultativa, como pone de relieve el citado autor, se da cuando si bien el deudor está obligado a una determinada prestación, le asiste la facultad de extinguir la obligación y liberarse mediante la realización de una prestación distinta de la debida. Es decir, la obligación contiene una sola prestación y la otra está únicamente *in facultate solutionis*. Ello permitirá en el momento del pago liberarse con una prestación distinta. Es por tanto el deudor el que tiene la facultad de cumplir la obligación entregando un objeto distinto. Pero, en definitiva, el deudor debe tan sólo una prestación. En relación con la dación en pago, se plantea qué diferencias podemos establecer entre ambas figuras. En definitiva, se trata de averiguar cuándo estamos en presencia de un «contrato de dación en pago» y cuándo nos encontramos ante un contrato, en virtud del cual se concede al deudor la facultad antedicha. Pensemos que la obligación facultativa no está regulada en el Código Civil, y, en consecuencia, nada impide que se establezca al amparo del artículo 1.255 del Código Civil. Pero en la obligación facultativa se debe a una prestación, aunque se concede al deudor (en ocasiones se puede conceder al acreedor) la facultad de liberarse *sin necesidad de nuevo convenio*, variando si quiere el contenido de la prestación. Luego, en definitiva, en el momento de constituirse la obligación las partes saben que existe esta facultad. Sin embargo, en la dación en pago hay un primer momento en virtud del cual se constituye la obligación principal, cuyo objeto será la realización de una prestación, y caso de que el deudor acuerde con el acreedor variar el contenido de la prestación tendrá que llevar a cabo un contrato de dación en pago en base al que consentirán un cambio en el contenido de la prestación, y, finalmente, cuando ésta se ejecute se extinguirá la obligación principal. Luego en la dación en pago, a diferencia de la obligación facultativa, hay tres momentos: constitución de la obligación principal (art. 1.089 del CC), convenio de dación en pago y ejecución del mismo. Por el contrario, en la obligación facultativa hay

---

(39) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho de obligaciones*, reedición, Madrid, 1983, página 156.

dos momentos: constitución de la obligación con *facultas solutionis* y ejecución de la obligación, bien sea ejerciendo o no está facultad.

POLACO y GIORGI (40) entienden que «cuando el acreedor haya consentido recibir la cosa puesta *in facultate solutionis*, el pago de ésta no cesa de ser una *datio in solutum* porque si bien es cierto que el acreedor ha consentido desde un principio recibir la cosa puesta *in facultate solutionis*, el recibirla no era un derecho para el acreedor, que no habría podido nunca pedirla. Por tanto, no estando la cosa *in obligatione*, el pago que se haga con ella es siempre un *aliud pro alio* consentido por el acreedor; no importa nada que haya dado este consentimiento anticipadamente». No compartimos esta postura porque a nuestro juicio estos autores olvidan los distintos momentos de la dación en pago y de la obligación facultativa. Ello supone además que en esta última el acreedor consiente la *posibilidad* de ejercitar la *facultas solutionis* por parte del deudor, mientras que en la dación en pago, en sentido estricto, el acreedor consiente un cambio efectivo del contenido de la prestación, con lo que así como en el primer caso este cambio se lleva a cabo por la exclusiva voluntad del deudor, en la dación en pago en principio juega la voluntad de ambas partes.

#### IV. CONCEPTO Y SIGNIFICADO JURIDICO DE LA DACION EN PAGO

##### 1. *Significado jurídico*

El deudor, de acuerdo con el artículo 1.166, apartado 1, del Código Civil, está obligado a prestar exactamente aquello a que se ha comprometido, no pudiendo entregar otra cosa aun cuando fuera de igual o mayor valor que la debida. Pero nada obsta, partiendo de una concepción amplia de la dación en pago, considerar que se refiere a todos los supuestos en que el acreedor acepte voluntariamente (*aliud pro alio invito creditori solvi non potest*), para cumplimiento de una obligación anteriormente constituida, una prestación distinta a la que inicialmente se había establecido. Evidentemente, en cuanto no se realiza la misma prestación que se debía se requiere el consentimiento del acreedor, ya que de lo contrario éste no podría ser compelido a recibir una prestación distinta.

La doctrina se plantea qué calificación jurídica se puede otorgar a la

---

(40) POLACO, V., *ob. cit.*, pág. 45; la llamada *datio in solutum* necesaria. Sin embargo, DEMOLOMBE excluye en este caso el concepto de *datio in solutum*. Véase DEMOLOMBE, C.: *Cours de Code Napoleon. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*, XXVII, 4, París, 1876, pág. 202, parágrafo. 228.

dación en pago. En concreto, ESPÍN y SERRANO ALONSO (41), pensando en el artículo 1.261 del Código Civil y apoyándose en un sector de la doctrina italiana (42), hablan de un contrato extintivo. En el Derecho italiano la admisión de esta postura se deduce claramente del artículo 1.321 del Código Civil italiano en cuanto dispone que «el contrato es un acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial». A esta postura se objeta sin fundamento que en nuestro Derecho positivo no cabe por cuanto el legislador español maneja un concepto más restringido de contrato y sólo contempla la faceta del mismo como fuente de obligaciones (43). Incluso BERCOVITZ (44), en este sentido, afirma que «de acuerdo con los principios ordenadores del contrato en nuestro Código Civil, no cabe dicha calificación porque el concepto que éste maneja es el de negocio bilateral de carácter patrimonial que sea fuente de obligaciones».

Sin desconocer que la extinción de la obligación principal no es tanto finalidad como consecuencia, reflejo de la ejecución del contenido de la prestación objeto de la relación obligatoria, no vemos ningún inconveniente en que las partes, en base al principio general de la autonomía privada del artículo 1.255 del Código Civil, establezcan una reglamentación de sus intereses a través de un contrato que persiga el cumplimiento de la relación obligatoria, satisfaciendo por tanto el interés del acreedor y, en consecuencia, produzca la extinción de la obligación.

## 2. *Consentimiento anterior o simultáneo a la realización de la prestación*

Para que podamos hablar de dación en pago es necesario el acuerdo del acreedor y del deudor, es decir, que ambos consientan el cambio en el contenido de la prestación.

---

(41) Entre ellos, ESPÍN CÁNOVAS, D., *ob. cit.*, pág. 137, y SERRANO ALONSO, E., *ob. cit.*, pág. 428.

(42) En la doctrina italiana, BARASSI: *La teoria generale delle obbligazione*. III, Milán, 1946, pág. 914. En contra, GIORGIANI, M., *ob. cit.*: «la *datio in solutum* non si identifica in un generico contratto estintivo (previsto dall'art 1.321). E questa invece l'opinione dominante, la quale si fonda sul presupposto della necessità del consenso del creditore. Ma la qualifica generica di contratto estintivo non tiene conto del fatto che la *datio in solutum* è diretta, nell'intenzione delle parti, ad attuare il rapporto obbligatorio e che l'estinzione di esso non è altro che la conseguenza riflessa di tale attuazione».

(43) Esta afirmación no es cierta por cuanto si bien el contrato aparece con la finalidad de ser fuente de obligaciones entre las partes, no podemos olvidar que las partes mediante una relación contractual crean, modifican o extinguen una determinada situación. Ejemplo, la cancelación de la hipoteca.

(44) BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, R.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1, Madrid, 1980, pág. 111.

En esta materia se nos plantea si este acuerdo puede ser anterior o simultáneo a la realización de la prestación distinta de la debida o debe ser en todo caso simultáneo a tal realización.

A este efecto, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (45) se cuestiona «hasta qué punto se vio afectada la relación obligatoria, tal y como originariamente había sido establecida, por este posterior contrato». El problema está íntimamente conectado, por un lado, con el carácter consensual o real de la dación en pago y, por otro, con su posible asimilación a la novación. Sin perjuicio de un análisis posterior de estos temas, creemos que la admisión de un acuerdo, bien sea anterior o simultáneo a la realización del contenido de la prestación, no ofrece ningún inconveniente. Es más, en la realidad del tráfico nos encontramos con supuestos en los que la dación en pago se constituye por el mero consentimiento. Y en este sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (46), en algunos casos resueltos, se manifestaba en los siguientes términos: «Habiendo convenido los contratantes la *cesión* o transmisión de la referida mitad en pago de éste (el crédito) semejante convenio en que ha existido consentimiento explícito en la cosa y en el precio, constituye una venta perfecta que impone al vendedor la obligación ineludible de entregar al comprador la cosa...».

Los problemas acabados de exponer con respecto a la dación en pago provienen, como pone de relieve JORDANO BAREA (47), de la confusión de dos momentos:

1) Acuerdo de las partes de realizar, con carácter extintivo de la obligación, una prestación diferente de la debida (variar el contenido de la prestación).

2) Realización de ese *aliud*, que implica la consumación del convenio de *datio in solutum* y la extinción de la obligación inicial.

En consecuencia, la dación en pago se perfecciona desde que acreedor y deudor hayan convenido *aliud pro alio solvere*. La realización de la prestación, convenida en sustitución de la anterior, corresponderá al momento ejecutivo del convenio, ya perfecto desde que acreedor y deudor han decidido llevar a cabo la dación en pago. Finalmente, aunque nor-

---

(45) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.: «Naturaleza jurídica de la dación en pago», *Anuario de Derecho Civil*, 1957, pág. 784.

(46) Véase Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1914. En parecido sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1944, y recientemente la Sentencia de 13 de mayo de 1983. También puede apreciarse la Resolución de la DGRN de 13 de mayo de 1936.

(47) JORDANO BAREA, J. B.: *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958, pág. 86. En contra, BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, R., *ob. cit.*, págs. 111 y 112, y ALBALADEJO GARCÍA, M., *ob. cit.*, pág. 143.

malmente los dos momentos coinciden, es decir, se da la unión temporal, nada impide la separación conceptual de los mismos en base a la admisión del acuerdo tanto anterior como simultáneo a la realización de un contenido de la prestación distinto del debido.

### 3. Aceptaciones

La admisión de un momento de perfeccionamiento anterior a la realización del *aliud* nos lleva a plantear distintas hipótesis con respecto a la figura objeto de nuestro estudio.

La primera se presenta cuando el perfeccionamiento y el *aliud pro alio* se llevan a cabo en un mismo momento; es decir, que el consentimiento y la *datio* (48) se realizan sin mediar un período de tiempo. Este tipo de dación en pago es el que generalmente se lleva a cabo. Incluso, tratándose de transmitir la propiedad de inmuebles, se suele subordinar lo convenido a la inscripción en el Registro de la Propiedad (49), con lo que ésta queda configurada como condición suspensiva de lo convenido, tanto de la transmisión del inmueble como del pago y extinción de la deuda. La finalidad que se persigue es asegurarse de que efectivamente se va a producir la satisfacción del acreedor y consiguiente extinción de la relación obligatoria.

Pero nada obsta, de acuerdo con la calificación que hemos otorgado a la dación en pago, para que en base al artículo 1.255 del Código Civil las partes presten su consentimiento y convengan hacer efectiva la prestación en un momento posterior. Ello supone aceptar una dación en pago con efectos meramente obligatorios, hipótesis que la doctrina italiana viene rechazando. Así RODOTÁ (50) afirma que la dación en pago tan sólo se refiere a la hipótesis en que la recíproca atribución patrimonial entre deudor y acreedor produce un inmediato efecto extintivo, sin operar ninguna transformación en la relación obligatoria. Esta conclusión es clara si tenemos en cuenta que el Código Civil italiano contempla en su artículo 1.197 (51) esta figura, lo que sirve de base a las afirmaciones antedichas. Pero al no contar en el Código Civil español con una regulación

---

(48) Al hablar de *datio* aceptamos el sentido amplio al que hacen referencia HEUMAN, H., y SECKEL, E., *ob. cit.*, pág. 120.

(49) Por las escrituras de dación en pago que hemos tenido oportunidad de consultar, ésta suele ser la fórmula más usual tratándose de bienes inmuebles para asegurar un verdadero cumplimiento.

(50) RODOTÁ, S.: *Enciclopedia del Diritto*, XI, 1962, pág. 738.

(51) El artículo 1.191, pág. 1, del Codice Civile italiano establece: El deudor no puede liberarse entregando una prestación diversa de la debida, aunque sea de igual o mayor valor, salvo que el acreedor consienta. En este caso, la obligación se extingue cuando la prestación diversa es cumplida.

expresa de la dación en pago y desde su configuración como contrato, podemos admitir, partiendo de los artículos 1.166, 1.254 y 1.255 del Código Civil, las dos hipótesis de dación en pago.

#### 4. *Carácter consensual o real del contrato de dación en pago*

Una cuestión directamente relacionada con la anterior es precisamente el carácter consensual o real de la figura objeto de nuestro estudio. Históricamente se ha discutido si la dación en pago posee carácter consensual o real. POTHIER (52), señalando las notas distintivas entre la compraventa y la *datio in solutum*, afirmaba que «el contrato de compra y venta es de los consensuales, mientras que para la dación en pago es necesaria la tradición».

Parte de la doctrina italiana (53) y alemana (54) han considerado que la dación en pago es un contrato real que se perfecciona al ser realizada la nueva prestación y es distinto del precontrato de dación en pago o *pactum de insolutum dando*. Por tanto diferencian el *pactum de insolutum dando* o precontrato de dación en pago, que constituye una simple promesa de la llamada dación en pago (55), solución clara teniendo en cuenta la configuración en su ordenamiento jurídico de estas materias.

Si analizamos el Derecho positivo vemos que el carácter real de esta figura no viene establecido en los ordenamientos que contemplan una regulación de la misma. Tan sólo en el Código Civil de la provincia canadiense de Quebec, en concreto en el artículo 1.529, párrafo 2, se afirma: «La dation en payement n'est cependant parfaite que par la delivrance de la chose». Sin embargo, la jurisprudencia canadiense, interpretando este precepto, ha declarado que si bien la deuda no se extingue hasta el momento de la entrega o tradición de la cosa, la dación en pago es obligatoria entre las partes con anterioridad a la entrega (56). El planteamiento válido de acuerdo con la configuración del contrato en nuestro Derecho positivo se centra en distinguir los momentos básicos de esta fi-

(52) POTHIER: *Tratado del contrato de compra y venta*, traducción española, Barcelona, 1841, págs. 303-306.

(53) BARASSI, L., *ob. cit.*, pág. 914. BARBERO: *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, vol. II, 3.<sup>a</sup> edición, Turín, 1951, págs. 32 y sigs.

(54) Véase RÖMER: *Die leistung an zahlungsstatt nach dem römischen und gemeinen recht*, Tubinga, 1886, pág. 3. PLANCK: *Bürgerliches gesetzbuch*, tomo II, Berlín, 1900, págs. 143 y sigs. SCHOLLMAYER: «*Recht der schuldverhältnisse*» (*Kommentar*), tomo I, Munich, 1900, pág. 281. Más recientemente, LEHMANN-ENNECERUS, *ob. cit.*, págs. 315 y sigs.

(55) Véase KÜHLENBECK: *Staudigers kommentar zum B.G.B.*, tomo II, parte 1, parágrafo 364.

(56) Véase JEANNIN-NALTET: *La dation en payement en Droit français et anglais comparés*, París, 1934, págs. 314 y 315.

gura y su incidencia o no en el campo de la obligación originaria. En consecuencia, hay que diferenciar, por un lado, el acuerdo por el que el acreedor y deudor deciden llevar a cabo un cambio en el contenido de la prestación. Esto supone que desde este momento se obligan al cumplimiento del *aliud* en que la prestación consiste. Por otra parte está la realización del *aliud* como atribución patrimonial, con lo cual se ejecutará el convenio anterior produciendo la extinción de la obligación. Por tanto, no vemos inconveniente en pronunciarnos por el carácter consensual de la dación en pago, porque si es en el momento del acuerdo de las partes cuando se obligan al cumplimiento del *aliud* en que la prestación consiste, será entonces cuando se entiende perfeccionado el contrato de acuerdo con las normas generales que presiden esta materia. Esto significa que en la dación en pago la entrega se realiza *solvendi causa*, es decir, como efecto obligatorio del contrato, a diferencia del contrato con carácter real, en el que se requiere estructuralmente la presencia de una entrega que es manifestación del consentimiento. En el primer caso la entrega es *contrahendi vel obligandi causa*, mientras que en el segundo se realiza *solvendi causa* (57).

En definitiva, como afirma JORDANO BAREA (58), la constitución puede aislarse, lógicamente, de la *in solutum datio*. En esta línea Díez PICAZO (59) manifiesta que «en el actual estado de nuestro Derecho positivo, de acuerdo con los artículos 1.254 y 1.258 del Código Civil, la regla es la consensualidad y el carácter real parece excepcional». De igual forma, LACRUZ (60) establece que «la dación en pago es eficaz por el mero convenio (art. 1.255 del Código Civil) y vinculante desde entonces».

## 5. Momento de perfeccionamiento

Anteriormente hemos apuntado el carácter consensual de la dación en pago. Es verdad que cuando una persona acuerda con otra la sustitución del contenido de la prestación que originariamente se pactó y efectivamente se realiza dicha prestación nueva desaparece la relación obligatoria. Pero el problema se centra en averiguar si el momento de perfeccionamiento de la dación en pago es el momento en que las partes acuerdan la realización del *aliud* o, por el contrario, hasta que no se realiza dicha prestación nueva no puede decirse que la dación en pago se ha perfeccionado. Ello es importante por la incidencia que puede tener

(57) JORDANO BAREA, J. B.: *La categoría de los contratos...*, págs. 12 y sigs.

(58) JORDANO BAREA, J. B., *ob. cit.*, pág. 86.

(59) Díez PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *ob. cit.*, pág. 663.

(60) LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1, Barcelona, 1977, pág. 93. En contra, ALBALADEJO GARCÍA, M., *ob. cit.*, pág. 143.

en la obligación y por la posibilidad o no de reclamar, caso de incumplimiento, el primitivo contenido de la prestación.

Pensamos que las partes lo que quieren es conseguir que se vean satisfechos sus propios intereses, y, evidentemente, esto supone que se extinguirá la relación obligatoria. Si éstas manifiestan su voluntad de que se realice el cambio antedicho es porque aceptan ambas la sustitución. Es esta voluntad la que nos sirve de base para afirmar que si deciden obligarse, y en virtud del artículo 1.254 del Código Civil se obligan, la dación en pago no tiene por qué no considerarse válidamente constituida. Ello no significa que la efectiva satisfacción de los intereses en juego se lleve a cabo siempre en un momento posterior. Pero no creemos que se pueda violentar la voluntad de las partes, ya que éstas lo único que pretenden es satisfacer el interés del acreedor pendiente.

Hay, pues, dos momentos fundamentales en la dación en pago. Pero en virtud del primero se constituye la dación y en virtud del segundo se extingue la relación obligatoria. En este sentido el Tribunal Supremo recientemente (61) ha establecido el criterio de que «la dación en pago pactada por las partes extinguió la prestación primitiva...». En definitiva, no hemos de olvidar que las partes expresan su voluntad de obligarse, y desde entonces deben considerarse formalmente obligados. A pesar de las ideas anteriormente apuntadas, no faltan autores que estiman que «no sólo es necesario el acuerdo de acreedor y deudor, sino también el cumplimiento de la prestación nueva, ya que si ésta, en vez de realizarse, únicamente se promete, entonces hay realmente una novación porque se cambia, bien una obligación por otra, bien dentro de la misma obligación la prestación debida por otra» (62). En consecuencia, la dación en pago requerirá como elemento constitutivo la ejecución de la prestación nueva.

A nuestro juicio, como afirma DÍEZ PICAZO (63), ningún precepto legal autoriza a considerar la dación en pago como un contrato que se perfeccione con la *datio rei*.

Pero además, como pone de relieve MESSINEO (64), en la dación en pago el cumplimiento efectivo es condición para que se *extinga* la obligación, y, por consiguiente, el mismo se refiere al momento *ejecutivo* del pacto, mientras que el contrato real es solamente aquel para cuya *constitución* sea necesaria una entrega simultánea.

Por último se puede pensar que si realmente la dación en pago se per-

(61) Véase Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1983.

(62) ALBALADEJO GARCÍA, J., *ob. cit.*, págs. 143 y 144.

(63) DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *ob. cit.*, pág. 663.

(64) MESSINEO, F.: *Derecho civil y comercial*, tomo 4, Buenos Aires, 1955, página 205.

fecciona con el consentimiento se extingue la obligación anterior y surge una nueva, con lo que estaremos ante una novación. Sin perjuicio de una exposición posterior para que podamos hablar de esta figura, hay que partir del artículo 1.204 del Código Civil, que establece: «Para que la obligación quede extinguida por otra que la sustituya es preciso que así se declare terminantemente o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles». En materia de dación en pago, cuando las partes dan su consentimiento para que sustituya el contenido de la prestación, lo que persiguen es crear un medio de extinguir la relación obligatoria, pero en ningún momento piensan llevar a cabo una relación obligatoria distinta. Con respecto a la incompatibilidad, DÍEZ PICAZO (65) pone de relieve la idea de que «a falta de expresión del *animus novandi*, la regla de incompatibilidad sólo aparece cuando la relación obligatoria pertenece a un tipo distinto». Se funda en el Anteproyecto de 1882, que hacía referencia a obligaciones incompatibles «por naturaleza».

En diverso sentido SANCHO (66) afirma que «la incompatibilidad viene dada por la unidad de causa: una segunda obligación es incompatible con la primera cuando responde a la misma causa en el sentido del artículo 1.274 del Código Civil». Por cualquiera de los dos caminos no vemos que sean incompatibles, sino que, por el contrario, como afirma FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (67), «la obligación de dar en pago algo distinto no es incompatible con la primera obligación, sino que se inserta en ellas creando un nuevo medio de extinguirla, distinto del que fijaron las partes al determinar el contenido de la obligación».

## 6. Conexión con la relación obligatoria

El problema, a nuestro juicio, se centra en la determinación de si la dación en pago posee una causa propia o si realmente tiene causa en un negocio antecedente, en aquel que dio nacimiento a la obligación.

En principio hemos de partir que desde el momento en que se faculta al deudor a liberarse con una prestación distinta a la que constituía el objeto de la obligación se plantea cuál es el carácter de esa atribución patrimonial en que el *aliud* puede consistir. Como ya hemos puesto de relieve, esta atribución patrimonial se realiza *solvendi causa*, es decir, que producirá la extinción de la obligación. Ello no significa, como han afirmado algunos autores (68), que necesariamente tenga carácter oneroso, puesto

(65) DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *ob. cit.*, pág. 800.

(66) SANCHO REBULLIDA, F.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XVI, vol. 1, Madrid, 1980, pág. 574.

(67) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *ob. cit.*, pág. 787.

(68) En este sentido, puede verse WINDSCHEID, B.: *Diritto delle Pandette*, II, 1, Torino, 1904, parág. 342, notas 10 y 14. También BELTRÁN DE HEREDIA Y CAS-

que, como pone de relieve OPPO (69), «el atribuir al pago carácter intrínsecamente oneroso corresponde a la opinión un tiempo dominante que afirmaba la necesaria onerosidad el pago, encontrando correspondencia en la liberación del deudor del vínculo obligatorio; estudios más recientes y profundos han demostrado, sin posibilidad de duda, el error de aquella opinión. Se ha puesto de relieve acertadamente que la liberación de la obligación no puede calificarse de 'correspondencia' de la *solutio*; la primera (la *solutio*), efectivamente, no es más que un efecto ligado por la Ley a la segunda (prestación cumplida), connatural al cumplimiento e implícito en su concepto, mientras que 'correspondencia' de una prestación no puede ser más que la contraprestación perseguida como finalidad de la propia prestación de quien cumple, y la cuestión de la onerosidad o gratuidad de una atribución se resuelve según exista o falte en el acuerdo de las partes un particular ligamen (interdependencia) con otra prestación. La extinción de la obligación cumplida constituye un efecto, ligado por la Ley al pago e implícito en su concepto». Sobre la base de lo expuesto, OPPO (70) concluye afirmando que las nociones de gratuidad y onerosidad no son aplicables con propiedad al pago, limitándose su aplicación al negocio, del cual constituye aquél ejecución (71).

Más claramente. VON TUHR (72), defendiendo la posición de que no toda transmisión *solvendi causa* tiene carácter oneroso, señala que «respecto de la cuestión de la onerosidad, la *causa solvendi* en que se funda el cumplimiento de las obligaciones... carece de significado: es necesario remontarse a la causa más profunda del acto de cumplimiento, es decir, a la causa del negocio que dio nacimiento a la obligación». En consecuencia, será necesario remontarse a lo que VON TUHR denomina «causa más profunda», lo cual implica que, efectivamente, la dación en pago tiene causa en el negocio antecedente. De ahí que no podamos afirmar con carácter general la onerosidad, sino que habrá que atender a la fuen-

---

TAÑO, J., *ob. cit.*, pág. 374, habla de «contrato oneroso de transmisión». En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1947 ha afirmado que se trata de un acto oneroso. Y la Resolución de la DGRN de 10 de agosto de 1918 conceptúa la dación en pago como un contrato de enajenación a título oneroso.

(69) OPPO, G.: *Adepiamento e liberalità*, Milán, 1947, pág. 211. En la doctrina española recoge esta postura SÁNCHEZ BLANCO Y SÁNCHEZ BLANCO, J.: «Onerosidad, gratuidad y causa», *RDP*, 1952, págs. 503-505.

(70) OPPO, G., *ob. cit.*, pág. 212.

(71) Pero el mismo OPPO, G., *ob. cit.*, pág. 214, advierte que hay que reconocer que gratuidad y onerosidad, en cuanto invisten al contrato, se reflejan en su fase ejecutiva, aunque sea sin determinar aquí un segundo acto oneroso o gratuito.

(72) VON TUHR, A.: *Teoría general del Derecho civil alemán*, tomo V, Buenos Aires, 1948, pág. 166.

te de la obligación inicial para determinar el carácter oneroso o gratuito de la transmisión. Si contiene, como señala el artículo 1.274 del Código Civil, «prestaciones o promesas de una cosa o servicio por la otra parte», la transmisión en pago tendrá carácter oneroso, ya que, como afirma BARASSI (73), la dación en pago en sentido propio no es un contrato a título oneroso, pero contiene una subordinación recíproca de intereses opuestos que se acentúa cuando la prestación se refiere a la extinción de una obligación procedente de un contrato a título oneroso.

## V. CUESTIONES EN TORNO A LA NATURALEZA JURIDICA DE LA DACION EN PAGO

### 1. *Teorías*

Como expone ESPÍN (74), la escasez de regulación de esta materia en el Derecho positivo ha determinado un amplio debate doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la dación en pago, encaminada principalmente a resolver los efectos que produce la pérdida por evicción o la existencia de vicios ocultos en la cosa dada en pago al acreedor. Se establecen diversas soluciones, cada una de las cuales se apoya en una determinada explicación jurídica de la operación, constituida por la dación en pago. Y como siempre que se trata de precisar los efectos de una figura jurídica poco reglamentada, se busca su posible comparación o incluso identificación con otras figuras dotadas de amplia regulación legal para hallar de esta manera indirecta las reglas que pueden resolver las cuestiones que puede plantear en este caso la dación en pago (75).

La doctrina clásica francesa, encabezada por POTHIER (76) y apoyada en textos de Derecho romano, afirmaba que «el acto de dación en pago es muy semejante al contrato de compra y venta. La cosa que se

---

(73) BARASSI, L., *ob. cit.*, pág. 147. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *ob. cit.*, página 796, pone de relieve cómo puede suceder que el *aliud* se ejecute en cumplimiento de una promesa de donación que haya sido aceptada, en cuyo caso la transmisión será hecha a título gratuito; por ejemplo, si habiéndose donado en documento privado un bien mueble y constando por escrito la aceptación, se entrega en cumplimiento de la donación una cantidad de dinero o una cosa mueble distinta de la donada.

(74) ESPÍN CÁNOVAS, D., *ob. cit.*, pág. 136.

(75) PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo I, vol. 2, Barcelona. 1985, pág. 319.

(76) POTHIER: *Tratado de compra y venta*, edición española, 1841, págs. 303-306. En parecido sentido, DOMAT en *Leyes civiles en su orden natural*, tomo II, 2.ª edición, Barcelona, 1884, pág. 262, afirmaba que «si el acreedor de una cantidad consiente recibir en pago una finca u otra cosa, constituirá esto una venta cuyo precio será la cantidad recibida».

entrega en pago representa la cosa vendida y la cantidad en pago de la cual se da representa el precio». Sin embargo, el mismo POTHIER se cuida de establecer las diferencias que considera existentes entre ambas instituciones, que si bien no compartimos en toda su extensión, son interesantes de destacar:

a) El contrato de compra y venta es de los consensuales; para la dación en pago es necesaria la tradición.

b) Si se vendiese una cosa y se compensase su precio con una cantidad que el vendedor creía erróneamente deber al comprador tan sólo puede repetirse el precio equivocadamente compensando; si se da una cosa en pago de una cantidad que equivocadamente creía deberse puede repetirse la cosa misma.

c) En la compra y venta no hay obligación inmediata de transmitir la propiedad; en la dación en pago es requisito esencial la transmisión de la propiedad; transformar en dueño al *accipiens*.

En parecido sentido se manifestaron PLANIOL y RIPERT (77) al afirmar que «las dos operaciones se asemejan mucho». De una manera general conviene aplicar a las daciones en pago todas las reglas previstas para la venta, en particular las reglas concernientes a las obligaciones del vendedor.

Esta asimilación de la dación en pago a la compraventa fue también seguida con respecto al Derecho alemán por ENNECCERUS (78), el cual estimaba que «el convenio sobre la *datio in solutum* es un contrato oneroso de enajenación, puesto que el objeto se da a cambio del crédito. Por consiguiente, en lo que afecta a la responsabilidad por un vicio del Derecho y por los vicios de la cosa, tienen que aplicarse las disposiciones sobre la compraventa como prescribe también el parágrafo 361».

Por último no han faltado en la doctrina española, tanto anterior como posterior a la promulgación del Código Civil, autores que ponen de relieve las analogías entre la dación en pago y la compraventa, declarando que «la dación en pago viene a constituir una enajenación parecida a la compraventa, en la cual dicho crédito figura como precio» (79).

---

(77) PLANIOL, M., y RIPERT, G.: *Traité élémentaire de Droit civil*, París, 1926, página 185, parág. 528. Es de destacar que en ediciones anteriores defiende distintas teorías. Véase ediciones de 1902 y 1905.

(78) ENNECCERUS-LEHMANN, *ob. cit.*, pág. 315.

(79) Así se expresa SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, tomo 4, 2.ª edición, Madrid, 1899, pág. 278. También puede verse MANRESA y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil español*, tomo VIII, Madrid, 1907, pág. 296, aunque incurriendo en algunas contradicciones afirma que «la dación en pago es una especie de compraventa en que el importe de la obligación primitiva hace las veces de precio...». Sin embargo, en el tomo X, 2.ª edición, Madrid, 1908, pági-

A nuestro juicio, la asimilación a la compraventa persigue, fundamentalmente, poder aplicar las normas establecidas para esta figura en materia de saneamiento por evicción y por vicios ocultos.

Pero no es necesario acudir a semejante ficción cuando, en definitiva, las reglas relativas al saneamiento por evicción son aplicables generalmente cuando se transmite una cosa a título oneroso (aunque hay institutos en los que esta regla no cuadra por las peculiaridades de cada figura). Además de tener algún sentido, sería cuando el objeto de la dación en pago es una cosa y lo debido era dinero (80). Pero ello supondría contemplar supuestos concretos, haciendo depender el tema de la naturaleza jurídica de la que tenga el *aliud* en que la prestación consiste. Por otra parte, como pone de relieve FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (81), «mientras en la compraventa no existe relación obligatoria preexistente entre las partes ni por tanto crédito ni deuda entre ellas, la dación en pago presupone precisamente esa obligación, ese crédito y esa correspectiva deuda». Ello sin contar la diversa función económico-social de ambas figuras, puesto que, como posteriormente veremos, es requisito esencial en la dación en pago el *animus* o finalidad que persiguen las partes cuando realizan la dación en pago. Y es esta función económico-social o «causa», como la denomina BETTI (82), la que tipifica ambas figuras como independientes y distintas. Por último, como muy acertadamente expone MERINO (83), «hay que tener en cuenta que del mismo modo que el *aliud* en que consiste el objeto de la dación en pago no tiene por qué consistir necesariamente en una cosa o en una cantidad de dinero, también la relación de la cual ha nacido la obligación del deudor puede ser de muy variada índole: «Tanto puede tratarse de un contrato como de una indemnización por daños derivados de un hecho ilícito; y aun tratándose de un contrato, tanto

---

nas 16 y 17, afirma que por la dación y adjudicación en pago se extinguen obligaciones y por la compra y venta se crean desde que el contrato se perfecciona entre comprador y vendedor.

(80) En este sentido se pronuncia BRUMENTHAL, citado en RÖMER, *ob. cit.*, páginas 11 y 12, llegando a la conclusión de que la dación en pago es un contrato bilateral de naturaleza variable. En parecidos términos GLÜCK, en *Commentario alle Pandette*, libro XXI, Milano, 1898, pág. 145, intenta salvar estas objeciones afirmando que la dación en pago se asemeja unas veces a la compraventa y otras veces a la permuta.

(81) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *ob. cit.*, págs. 762 y 763.

(82) Véase BETTI, E.: «Teoría generale del negozio giuridico», en *Trattato di Diritto Civile italiano*, tomo II, vol. XV, de VASALLI, Torino, 1955, págs. 173 y sigs.: «solo così, esaminata la struttura —forma e contenuto (il come e il che cosa)— del negozio, può riuscire fruttuoso indagarne la funzione (il perchè). Tale funzione, che con termine tecnico legittimato dalla tradizione si denomina la 'causa', ossia la ragione del negozio...».

(83) MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *ob. cit.*, pág. 93.

puede ser oneroso como lucrativo, compraventa o permuta, y aun ni siquiera de los traslativos del dominio».

Una segunda postura ha asimilado la dación en pago a la novación. Surge fundamentalmente en Francia como reacción a la doctrina anterior y con apoyo en el artículo 2.038 del Código Civil francés. La norma del Código de Napoleón establecía: «L'acceptation volontaire que le créancier a fait d'un inmueble où d'un effet quelconque en payement de la dette principale, décharge la caution, encore que le créancier vienne a en être évincé».

Con base en este texto, la doctrina francesa, encabezada por BAUDRY-LACANTINERIE (84), afirma que «si la caución queda extinguida o liberada es porque la primitiva obligación ha sido definitivamente extinguida, lo que únicamente se puede explicar por la novación». Esta solución tuvo seguidores en el Derecho español tomando como base el artículo 1.849 del Código Civil, que es traducción literal del precepto del Código Civil de Napoleón. En efecto, el artículo 1.849 del Código Civil establece: «Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador». Este texto ha constituido la base para afirmar que si el fiador queda libre es porque la antigua obligación, y con ella la fianza, se han extinguido, siendo sustituida aquélla por una nueva obligación mediante la novación. En consecuencia, afirma DE BUEN (85), «la dación en pago tiene el aspecto de una novación acompañada de ejecución inmediata y deberá regirse por las disposiciones de la novación y del pago».

Vamos a examinar el artículo 1.849 del Código Civil. La extinción de la fianza a la que se refiere el precepto no se produce en el momento de la aceptación del acreedor, como a primera vista podría entenderse, sino cuando el deudor cumple el contrato de dación en pago, es decir, cuando se ejecuta el convenio, y por tanto en principio se extingue la obligación. La extinción de la fianza, según establece el precepto, se mantiene aun en el supuesto de que no se produzca la satisfacción del acreedor.

---

(84) BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE: *Trattato teorico pratico di Diritto civile. Delle obbligazione*, vol. II, Milano, 1915, pág. 807. En la misma línea, AUBRY y RAU, en *Cours de Droit civile française*, tomo 4, 1902, pág. 258, nota 1, apoyándose en el texto legal afirmaban que la dación supone que se ha operado entre las partes una novación expresa y tácita, como consecuencia de la cual, la prestación primitiva ha sido reemplazada por otra.

(85) DE BUEN, D.: *Notas al curso elemental de Derecho civil de COLIN y CAPITANT*, tomo IV, Madrid, 1925, pág. 226. En el mismo sentido, CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones de Derecho civil español*, tomo II, Madrid, 1930, pág. 323, sostiene que la dación en pago es considerada más que como forma de pago, como una novación por cambio de objeto.

Si admitiéramos que el fiador se libera en el momento en que el acreedor consiente la sustitución de la antigua prestación por la nueva tendríamos que concluir que es porque se ha producido la extinción de la obligación inicial y se ha creado una nueva. Esta hipótesis creemos que va contra la voluntad de las partes y contra la dicción del artículo 1.849 del Código Civil, que si se refiere al supuesto de pérdida por evicción es porque efectivamente se ha entregado ya la prestación. Además, la dación en pago, como ya expusimos anteriormente, no reúne los requisitos exigidos por la Ley en orden a la existencia de una novación extintiva (artículo 1.204 del Código Civil) porque las partes, cuando deciden dar en pago una prestación distinta de la debida, no pretenden sustituir la obligación anterior por una nueva, sino simplemente satisfacer sus intereses y, en consecuencia, extinguir la relación obligatoria.

Ello sin contar con que, de afirmar que se produce una extinción de la obligación en el momento de perfeccionamiento de la dación en pago, desaparecerían todas las garantías personales o reales en el momento en que se extinguiese la obligación inicial para dar paso a la nueva obligación (86). Creemos que las partes en modo alguno pretenden que se extinga la relación obligatoria y nazca una nueva, sino que una vez realizada la nueva prestación es cuando la relación obligatoria primitiva quedará extinguida. Lo contrario, a nuestro juicio, supondría violentar la voluntad de las partes.

En consecuencia, como afirma GIORGIANNI (87), «no hay ningún momento anterior al cumplimiento en que la obligación precedente sea extinguida: como en el pago, también en la dación en pago la obligación se extingue cuando es cumplida». En el mismo sentido GRASSETTI (88) afirma que en la dación en pago a la extinción de la obligación no sigue la constitución de ninguna otra relación.

Ahora bien, hemos de tener en cuenta que en la dación en pago, entendida en un sentido amplio, puede existir un período de tiempo entre la perfección y la ejecución durante el cual la prestación no se ha llevado a cabo pero sí ha variado el objeto de la relación obligatoria. Pensemos que se puede producir tanto un cambio en el objeto de la obligación (conducta de *dare*, *facere*, *non facere*) como en el contenido de la prestación (cambiar el contenido del *dare* o del *facere*) (89).

En consecuencia, lo que produce es un fenómeno novatorio por cam-

---

(86) Véase artículo 1.207 del Código Civil, y más extensamente la postura de POTHIER, en PLANIOL-RIPERT, *ob. cit.*, pág. 184, nota 2.

(87) GIORGIANNI, M., *ob. cit.*, pág. 151.

(88) GRASSETTI, C.: *Novissimo digesto italiano*, V, Torino, 1960, pág. 175.

(89) En este sentido, Díez PICAZO contempla tanto la novación modificativa como extintiva: *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1984, pág. 317.

bio del objeto referido, bien a la conducta o incluso sólo al contenido de la prestación.

Por último ha habido algunas posiciones doctrinales que consideran la dación en pago como una institución compleja. En este sentido COLIN y CAPITANT (90) afirman que «la dación en pago es un acto complejo que participa de los caracteres del pago (al liberar al deudor) e implica en algunas ocasiones (cuando el acreedor se declara satisfecho con la constitución de una nueva obligación) una novación por cambio de objeto, y es, por otra parte, asimilable, bien a una compraventa, bien a una permuta». La dación en pago, continúan afirmando, aun siendo comparable con el pago o con la compraventa, no deja de presentar caracteres propios basados en su ambigua naturaleza y en suponer una relación jurídica anterior entre las partes. En la doctrina española, en cierta medida, mantiene esta postura CASTÁN (91) cuando afirma que «la solución preferible parece ser considerar la dación en pago como una modalidad o variante del pago (y consiguientemente una causa de extinción de las obligaciones), pero que implica a la vez una transmisión onerosa y ofrece desde este punto de vista analogías con el contrato de compraventa».

Esta posición doctrinal, que considera la dación en pago como una institución compleja, como afirma GIORGI (92), convierte a la *datio in solutum* en un *monstrum iuris* con tres aspectos y tres caras totalmente distintos. Pero aparte de este inconveniente, los mismos autores que tan ardientemente defendieron esta postura reconocieron las objeciones que se pueden hacer de esta tesis. Así son PLANIOL y RIPERT (93) los que después de haber apoyado la tesis de COLIN y CAPITANT vienen a reconocer que «las nociones de venta y novación se excluyen recíprocamente en cuanto que la venta implica una liquidación por compensación subsidiante y el acreedor no puede invocar la compensación a fin de no pagar el precio sino cuando haya quedado como acreedor por la deuda primitiva que subsistirá hasta ese momento». Esto demuestra que no es compatible la consideración de que la dación en pago implique por una parte una novación y por otra una venta de la cosa que se da en pago, puesto que el hablar de venta supone en todo caso la subsistencia del crédito inicial.

Examinadas las principales posiciones doctrinales en torno a la naturaleza jurídica de la dación en pago y sus respectivos inconvenientes,

(90) COLIN y CAPITANT: *Cours Elementaire de Droit civil français*, tomo II, 10.<sup>a</sup> edición a cargo de JULLIOT DE LA MORANDIERE, París, 1953, págs. 647 y 648.

(91) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral*, tomo III, 13.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1983, pág. 397.

(92) GIORGI, J., *ob. cit.*, pág. 346.

(93) PLANIOL-RIPERT, *ob. cit.*, págs. 183-185.

creemos que la vía indicada en este punto es la trayectoria que apunta FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, seguida por Díez PÍCAZO (94), de considerar que la fijación de la naturaleza jurídica de la dación en pago exige contemplar por separado el convenio entre deudor y acreedor y la realización de la prestación distinta de la debida; porque del valor y significado que se otorgue al convenio depende la naturaleza jurídica de esta figura. Siguiendo a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y la línea marcada en algunas sentencias del Tribunal Supremo (95), la dación en pago en nuestro ordenamiento jurídico es un contrato nominado pero atípico, en el sentido de que si bien viene mencionado por la Ley, como afirma JORDANO BAREA (96), «está desprovisto de una normación específica», aunque hay que reconocer que tiene cierta tipicidad social y por tanto la laguna que supone su falta de regulación en el Código Civil puede ser llenada con los usos y costumbres, las decisiones jurisprudenciales y las opiniones de la doctrina científica (97). Además, este contrato no sustituye la obligación por una nueva, sino que en ocasiones supone un cambio del objeto, produciéndose un fenómeno de novación impropia o modificativa. El acuerdo de dar en pago de la obligación una cosa diversa de la debida se orienta hacia la extinción de la relación obligacional, pero no exactamente a una novación extintiva (98), y directamente a la satisfacción del interés del acreedor. Por último queremos destacar que se trata de un negocio de actuación dado que si bien se perfecciona por el consentimiento, hasta que no se realiza la prestación no se producirán los efectos que persigue la figura: la satisfacción del acreedor y consiguiente extinción de la obligación.

En consecuencia, podemos afirmar que no estamos ante una novación extintiva, sino que puede decirse que el convenio de dación en pago no altera la obligación inicial, y la obligación de dar en pago es accesoria de la relación obligatoria a que hace referencia (99). Puede objetarse que el artículo 1.849 del Código Civil constituye un punto de apoyo en la demostración de la tesis de la extinción de la relación obligatoria como

---

(94) Véase FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *ob. cit.*, págs. 784 y sigs. Díez PÍCAZO y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos...*, cit., pág. 664. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *ob. cit.*, págs. 98 y sigs.

(95) En concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1983 habla de contrato atípico.

(96) JORDANO BAREA, J. B.: «Los contratos atípicos», *RGLJ*, 1953, tomo 2, página 68.

(97) JORDANO BAREA, J. B.: *Los contratos...*, cit., pág. 68.

(98) En esta línea, véase LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos...*, cit., pág. 94.

(99) En contra de esta postura, véase BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, R., *ob. cit.*, páginas 111 y sigs. SERRANO ALONSO, E., *ob. cit.*, pág. 428, apoyándose en PUIG BRUTAU, J., *ob. cit.*, págs. 357 y sigs., que realiza una construcción en base a conceptos del Derecho anglosajón.

consecuencia de la dación en pago. Pero esta interpretación es salvada muy acertadamente por MERINO (100), quien en la línea de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ afirma que «lo que parece que el Código ha querido decir en el citado precepto es que al igual que la fianza se extingue por el normal cumplimiento de la obligación, del mismo modo también debe extinguirse cuando la obligación se cumple a través de la dación en pago en su fase de cumplimiento o ejecutiva». En definitiva, el precepto debe interpretarse en el sentido de que el fiador se libera, no en el momento de celebrar dicho contrato, sino cuando el acreedor reciba efectivamente un inmueble o cualesquiera efectos en pago de la deuda. Podemos concluir afirmando que la dación en pago constituye un «contrato» celebrado entre acreedor y deudor, dirigido a sustituir la prestación debida por la convenida, sin que ello suponga la extinción de la obligación pero sí un fenómeno novatorio por modificación del objeto de la relación obligatoria.

## 2. Posiciones jurisprudenciales

El Tribunal Supremo, en cuanto a la cuestión de la naturaleza jurídica de la dación en pago, mayoritariamente, parece haberse adherido a la postura de su consideración como una compraventa, aunque con distintas matizaciones. Así en unas se habla de «una verdadera venta»; en otras se asimila al contrato de compraventa, y en alguna otra se habla de que produce los mismos efectos que la compraventa. Esta asimilación parte fundamentalmente de la equiparación que asume nuestra legislación entre dación en pago y compraventa al regular los derechos de adquisición preferente en los artículos 1.521 y 1.636 del Código Civil. La asimilación más tajante se hace en la Sentencia de 10 de agosto de 1918, que en uno de sus considerandos dice: «Desde el punto de vista práctico, las analogías de la adjudicación en pago y de la compraventa son tan evidentes que se ha tratado de definir la primera como especie de venta que realiza el deudor por el precio debido y compensado, y los precedentes del Código justiniano, que aseguraba que aquel contrato, *vicem venditoris obtinet*, han encontrado adecuado desenvolvimiento en los artículos 1.459, 1.521, 1.536 y 1.636 y otros más del Código Civil, que equiparan a la venta y a la dación en pago al menos por lo que se refiere a los preceptos generales y a la capacidad de los otorgantes».

A pesar de que doctrinalmente esta teoría está rechazada, no faltan sentencias recientes (101) en las que, si bien no de una manera tajante,

---

(100) MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *ob. cit.*, pág. 99, sigue la línea marcada por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *ob. cit.*, pág. 795.

(101) Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1982, *R. J. La Ley*, tomo 4, 1982, pág. 180. Ponente, señor DE CASTRO GARCÍA. En su considerando

reconocen cierta asimilación a efectos prácticos con la compraventa. En esta línea son varias las sentencias que se adscriben a la corriente de consideración de la dación en pago como un acto complejo, destacando el carácter atípico de esta figura. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1983 (102), en su considerando número 3, afirma que «ciertamente este Tribunal, ya desde antiguo (Sentencias de 14 de noviembre de 1881, 21 de diciembre de 1905, 11 de mayo de 1912, 22 de octubre de 1914 y 9 de enero de 1915), hasta las más recientes Sentencias de 9 de diciembre de 1943, 7 de enero de 1944 y 13 de marzo de 1953, aunque sin pronunciarse de un modo definitivo y dogmático y ante la necesidad pragmática de determinar ciertos efectos de la dación en pago, no regulada en nuestro Código Civil, ha asimilado dicha *atípica* figura a la del contrato de compraventa, bien que con el matiz de no negar su analogía con otras convenciones, tales como forma de pago o como novación por cambio de objeto, y ello por la exigencia de dar soluciones prácticas antes que fijaciones doctrinales o teóricas, y es esa finalidad, evidentemente, la que persigue también la sentencia que ahora se recurre, y en la que se debe persistir, mas no como asimilación absoluta o integral de la dación en pago al contrato de compraventa, que no soportaría o admitiría todos los supuestos o hipótesis de la *datio in solutum*, sino porque en el caso debatido se dan suficientes y específicos datos o presupuestos de hecho de dicha convención o *contrato atípico*, a los que conviene sin repugnancia jurídica alguna las resoluciones ya previstas para los negocios jurídicos afines en su fase traumática de cumplimiento anormal, entre ellas la responsabilidad por saneamiento en sus límites legales...».

La teoría que asimila la dación en pago a la novación cuenta con poco apoyo en nuestra jurisprudencia, si bien algunas sentencias señalan los aspectos novatorios de la figura objeto de nuestro estudio. Así las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1943 y 11 de marzo de 1969. En la primera, además de recoger la tradicional tesis jurisprudencial de asimilación de la dación en pago al contrato de compraventa (103), señala en uno de sus considerandos los aspectos novatorios

---

número 2 invoca varias sentencias que propugnan la asimilación de la dación en pago a la compraventa. Así, Sentencias de 9 de diciembre de 1943, 7 de enero de 1944, 13 de marzo de 1953 y 14 de octubre de 1960.

(102) Véase en R. J. *La Ley*, tomo 3, 1983, págs. 657 y sigs. Ponente, señor DE LA VEGA BENAYAS.

(103) La Sentencia de 9 de diciembre de 1943 (núm. 82, *Jurisprudencia Civil*), en concreto, afirma que «la dación en pago se configura en nuestra doctrina como un contrato de compraventa en el que el crédito a satisfacer adquiere la condición de precio, según puede inferirse del sentido del artículo 1.521 del Código Civil y de las declaraciones de la Sentencia de 9 de enero de 1915».

de la dación en pago: «En la adjudicación o dación en pago... la propiedad de los bienes entregados se transmite al adjudicatario, y como consecuencia de la novación objetiva de la obligación originaria se extingue ésta y quedan íntegramente satisfechos el acreedor o acreedores...». Pero no podemos desconocer la corriente jurisprudencial en torno a la modificación de la relación obligatoria por cambio de objeto apoyándose en el artículo 1.203 del Código Civil, en la que se nos pone de relieve que, como señala DÍEZ PICAZO (104), cualquier cambio en la relación obligatoria no supone necesariamente que se extinga la relación jurídica anterior y se cree otra en su lugar. Es la autonomía de la voluntad la que decidirá de forma expresa, o bien se producirá como resultante de la total incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación.

## VI. ESTRUCTURA

### 1. *Sujetos: capacidad*

En materia de capacidad, como pone de relieve GIORGI (105), muchos autores tienden a confundir la capacidad que se requiere en el pago con la indispensable para la validez de la dación en pago. Es de advertir que los sujetos de la prestación son los mismos que intervinieron en la creación de la relación jurídica obligatoria; es decir, que aunque se cambia el contenido de la prestación no se produce extinción en la relación jurídica obligatoria. Este cambio del contenido de la prestación se producirá cuando el acreedor acepte como satisfacción de su crédito la prestación diversa, ya que sin el acuerdo no se puede variar el contenido exacto de la prestación ni producirse, en consecuencia, la extinción de la deuda. Por tanto debe existir el consentimiento de ambas partes, acreedor y deudor (106), ya que por un lado, como establece el artículo 1.166 del Código Civil, el deudor no puede obligar al acreedor a recibir una prestación distinta de la debida, y por otra parte el acreedor tampoco podrá pretender del deudor que lleve a cabo una prestación diferente de la debida.

¿Qué capacidad se requiere para dar vida a la dación en pago? Como afirma SERRANO ALONSO (107), «la capacidad necesaria para realizar la

(104) DÍEZ PICAZO, L.: *Sistema...*, cit., págs. 316 y sigs.

(105) GIORGI, J., *ob. cit.*, pág. 343.

(106) Así lo ha venido proclamando nuestra jurisprudencia. Véase Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1912, 16 de diciembre de 1947 y 1 de diciembre de 1948.

(107) SERRANO ALONSO, E., *ob. cit.*, pág. 430.

declaración de voluntad que da vida a la dación en pago viene dada por el carácter de la prestación asumida por el deudor. Por tanto, si la prestación asumida por el deudor, en vez de la pactada inicialmente, consiste en dar o entregar una cosa al acreedor, el deudor necesitará la capacidad para enajenarla, pues en tal supuesto la dación supone una transmisión onerosa (108) de dicha cosa y la libre disposición de la misma, y en el acreedor deberán concurrir las condiciones de capacidad necesarias para recibir tal cosa, conforme a las reglas del artículo 1.162 del Código Civil».

Por último, si la nueva prestación asumida consiste en un hacer o en una omisión no se exigirá ningún requisito especial, salvo la *capacidad general para llevar a cabo el contrato*. Se exige, en definitiva, la capacidad necesaria para transmitir y recibir.

## 2. Objeto

Tradicionalmente la *datio in solutum*, de acuerdo con el significado técnico del término *dare*, ha venido referida a la prestación de una cosa material, excluyendo por tanto el *facere* u otro tipo de prestaciones. Pero hemos de pensar que en cuanto al objeto, lo que se exige es que se trate de una prestación distinta de la debida. Ello significa que independientemente de la concepción que aceptemos de la dación en pago, ya sea en un sentido amplio o estricto, la interpretación del término *dare* puede ser amplia, de tal forma que comprenda todo género de prestaciones. Por eso el Código Civil italiano, con buena lógica, al tratar en su artículo 1.197 esta materia, habla de *prestazione in luogo dell'adempimento*.

De ahí que en un sentido amplio, y considerando que en cuanto al objeto el elemento fundamental es que la prestación que se ejecuta constituye un *aliud* respecto de la prestación prefigurada (109), viene a afirmar GIORGI (110) que dicho objeto nos presentará unas veces una cosa mueble o inmueble en lugar de otra o en lugar de dinero o en lugar de

---

(108) Aunque no estamos de acuerdo en que suponga en todo caso una transmisión onerosa, puesto que, como ya expusimos, es necesario remontarse a la causa del negocio que dio nacimiento a la obligación o fuente de la misma, sí que admitimos que el deudor necesite capacidad para transmitir y libre disposición de la cosa.

(109) En este sentido, véase DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1983, pág. 254, citando el siguiente supuesto: Si Antonio tiene derecho a que Juan le entregue la finca X porque se la ha comprado, lo mismo será una dación en pago el que Juan le dé la finca H como que le pinte un mural en el portal de su casa. También contempla el supuesto de que se le preste un número de días de trabajo para satisfacer una deuda de dinero.

(110) GIORGI, J., *ob. cit.*, pág. 345.

un hecho (*rem pro re, pro pecunia, pro facto*), otras un hecho positivo o negativo del deudor en lugar de otro hecho o de una cosa o del dinero (*facto pro facto, pro re, pro pecunia*). Finalmente también puede consistir en un crédito para con el acreedor o con respecto a otra persona en lugar de la cosa o del dinero o del hecho debido (*nomen iuris pro re, pro pecunia, pro facto*). En consecuencia, estimamos que el objeto de la dación puede referirse tanto a un cambio o en el objeto de la obligación (prestación como conducta) como sólo en el contenido de la prestación, que será aceptado por ambas partes. Ello se traduce en la admisión de una dación en pago tanto de la cosa como de un derecho (111), incluso un *facere*...

Los MAZEAUD (112), con respecto a la admisión de un derecho de crédito como objeto de la dación en pago, se muestran contrarios, argumentando que como la dación en pago supone una transmisión de la propiedad o de un derecho real, el abandono de un crédito en pago de una deuda, aun siendo válido, no constituye una dación en pago. Este argumento no nos parece válido por cuanto si la nueva prestación asumida consiste en un hacer o en una omisión, no hay transmisión de propiedad y, sin embargo, sí hay dación. Sin embargo, sí admiten que los «títulos al portador» pueden ser objeto de una dación en pago, lo cual supone que cuando el derecho de crédito está incorporado a títulos al portador sí es admisible, y cuando no se halla incorporado excluyen la dación del derecho de crédito.

Por su parte SERRANO ALONSO (113) admite como objeto de la dación en pago incluso cosas futuras o conductas sometidas a condición o término. Lo que ocurrirá en dichos casos es que no se producirá, según pone de relieve el citado autor, el efecto extintivo de la dación hasta que la cosa deje de ser futura o la condición o el término se cumplan.

Finalmente es de destacar que la Compilación aragonesa, en su Ley 495-I, sólo contempla la dación en pago de «cosa», restringiendo por tanto el objeto. Así establece: «Cuando el acreedor acepte la dación en pago de un objeto distinto del debido la obligación se considerará extin-

---

(111) En este sentido, ENNECERUS, L.: *Derecho de obligaciones*, cit., pág. 316, afirma que es evidente que puede darse en pago no sólo una cosa, sino un derecho, por ejemplo, un usufructo, y que igualmente puede cederse en pago un crédito contra un tercero. En contra, CARBONNIER, J., *ob. cit.*, pág. 741, afirma que la «dation en paiement est la combinaison par laquelle une chose différente de celle qui faisait l'objet de l'obligation, est employée à satisfaire le créancier: spécialement la combinaison par laquelle il sera payé en nature alors qu'il lui était dû en l'argent».

(112) MAZEAUD, H. L., y MAZEAUD, J.: *Leçons de Droit civil*, tomo II, vol. 1, 4.ª edición, París, 1969, págs. 833 y 834.

(113) SERRANO ALONSO, E., *ob. cit.*, pág. 431.

guida tan sólo desde el momento en que el acreedor adquiriera la propiedad de la cosa subrogada...».

### 3. Presupuestos y requisitos

Para que podamos hablar de dación en pago son necesarios unos presupuestos, es decir, determinadas condiciones para que pueda operar esta figura. En primer lugar se precisa la existencia de una relación obligatoria, que puede ser de muy diversa índole, pudiendo derivar, como pone de relieve MERINO (114), de «todo hecho o circunstancia del que se derive más o menos directa la obligación de una persona (deudor) al cumplimiento de una determinada prestación a favor de otra (acreedor)». La obligación originaria, que se cumple por la dación en pago, dice LATOUR (115), ha de extinguirse totalmente, sin dar lugar al nacimiento de una obligación nueva.

Sin la concurrencia de este requisito, la dación en pago sería un pago indebido (116), porque la *solutio*, como acto desprovisto de causa, daría lugar a la repetición (117).

Un segundo presupuesto es la imposibilidad por parte del deudor de realizar la prestación. En definitiva, significa que el deudor no puede realizar la prestación en que la obligación consistía. La expresión imposibilidad, según expone acertadamente SERRANO ALONSO (118), es utilizada aquí, en un sentido amplio, como equivalente de todo aquel supuesto en que el deudor manifiesta a su acreedor no poder realizar la prestación asumida, con independencia de las razones o causas a que obedece esa no realización, ya que la dación en pago no requiere que se acredite la imposibilidad objetiva de realización de la prestación originaria.

Pasando a examinar los requisitos, es decir, aquellas condiciones de validez y eficacia de la dación en pago, la doctrina (119) señala:

a) En primer lugar se requiere una prestación *animo solvendi*, es decir, con ánimo de satisfacer total y definitivamente un crédito. La consecuencia de que se produzca la extinción de la obligación con la dación

(114) MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *ob. cit.*, pág. 83.

(115) LATOUR BROTONS, J., *ob. cit.*, pág. 633.

(116) En este sentido, PUIG BRUTAU, J., *ob. cit.*, pág. 355.

(117) Véase RUGGIERO, R.: *Instituciones de Derecho civil*, tomo 2, Madrid, 1931, pág. 102: Es requisito esencial del cumplimiento, la existencia de una de ellas, sin la cual la *solutio* como acto desprovisto de causa daría lugar a la repetición.

(118) SERRANO ALONSO, E., *ob. cit.*, pág. 430.

(119) Véase LATOUR BROTONS, J., *ob. cit.*, pág. 633. TORRALBA SORIANO, V.: *Lecciones de Derecho civil*, vol. 1, Barcelona, 1984, pág. 493. GIORGI, J., *ob. cit.*, página 340. PUIG PEÑA, F., *ob. cit.*, pág. 208. CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, pág. 398.

creemos que es necesaria, ya que sin ella, como afirma RUGGIERO (120), habría una donación si la prestación se hiciera *animus donandi* o un acto sin causa si no fuera posible sustituir por otra la causa *solvendi*. Ahora bien, como posteriormente veremos, el que la prestación efectivamente se realice es distinto de que los intereses de las partes queden satisfechos.

b) Acuerdo entre acreedor y deudor en el sentido de sustituir el contenido de la prestación y posterior ejecución del mismo. La exigencia de consentimiento en ambas partes, al decir de POLACCO (121), se desenvuelve en dos posiciones correlativas: el deudor por sí no puede obligar al acreedor a recibir *aliud pro alio*, y del mismo modo el acreedor no puede pretender por sí del deudor *aliud pro alio*. El Código Civil, si bien no de una manera explícita, parece recoger estas dos proposiciones en los artículos 1.166 y 1.167. Por último, el consentimiento será eficaz si se manifiesta, como afirma LATOUR (122), de modo expreso, tanto si es verbal como escrito, dado el principio espiritualista que informa nuestra legislación a partir del Ordenamiento de Alcalá.

c) Diversidad entre lo debido y la prestación realizada: Este requisito es esencial en la dación en pago, proporcionando el elemento diferenciador con otras instituciones (123).

## VII. EFECTOS DE LA DACION EN PAGO

### 1. Extinción de la relación obligatoria

Como establece con buen criterio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (124) una vez que la obligación es exigible, acreedor y deudor pueden proceder sin más a extinguirla, exigiendo y realizando la prestación debida. Esto significa que el deudor no puede constreñir a su acreedor a recibir una prestación distinta de la debida y el acreedor no puede a su vez obligar al deudor a tal realización. Para que se produzca el cambio es necesario el consentimiento de ambos. Pero este consentimiento no basta para afirmar que la relación obligatoria se extingue (125), sino que, como pone de re-

(120) RUGGIERO, R., *ob. cit.*, pág. 102. En el mismo sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1943, 16 de diciembre de 1947 y 1 de diciembre de 1948.

(121) POLACCO, V., *ob. cit.*, págs. 12 y sigs., I, 16 bis.

(122) LATOUR BROTONS, J., *ob. cit.*, pág. 635.

(123) LATOUR BROTONS, J., *ob. cit.*, pág. 634.

(124) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *ob. cit.*, pág. 784.

(125) En esta línea, la Ley 495 de la Compilación de Navarra establece en materia de dación en pago que «la obligación se considerará extinguida tan sólo desde el momento en que el acreedor adquiere la propiedad de la cosa subrogada...».

lieve JORDANO BAREA (126), es la ejecución de la *datio in solutum* la que produce la extinción de la deuda inicial, porque el momento extintivo se corresponde, no con la perfección del convenio de dación en pago, sino con la ejecución del mismo (la prestación se realiza *solvendi causa*). Normalmente la dación en pago se constituye y es ejecutada a la vez, de tal forma que temporalmente se confunden los dos momentos de la formación y de la ejecución. Al proceder al pago el deudor realizará una prestación distinta de la debida, que será aceptada por el acreedor o viceversa; el acreedor solicitará del deudor una prestación diferente de la debida y éste la ejecutará inmediatamente.

En estos supuestos el contrato de dación en pago no altera la estructura de la relación obligatoria inicial. Tan sólo otorga carácter extintivo a una prestación distinta de la debida.

El problema surge cuando la constitución se presenta aislada de la consumación, es decir, se produce una separación temporal de momentos. Lo primero que habrá que saber es si las partes han pactado la forma en que se va a producir el *aliud pro alio*. Generalmente las partes establecen cuándo se entiende extinguida la relación obligatoria. Pero ¿y si las partes no han pactado nada?, se puede dar la eventualidad de que la prestación del *aliud* venga efectuada en un tiempo distinto a aquel en el que acreedor y deudor prestan su consentimiento. Si las partes no han establecido nada nos encontramos con un primer problema: averiguar si durante ese período de tiempo el deudor lo es de una o de dos prestaciones. Caben por tanto dos soluciones. Si consideramos que hasta que el deudor no lleve a cabo la prestación nuevamente convenida la primitiva sigue debiéndola, nos encontramos ante una obligación alternativa en la que:

a) Si el que elige es el deudor, y será el supuesto más frecuente por disposición del artículo 1.132 del Código Civil, entendemos que no puede elegir sin cumplir porque el régimen de las obligaciones alternativas se lo impide. En efecto, el artículo 1.132, apartado 2, del Código Civil establece que «el deudor no tendrá derecho a elegir las prestaciones imposibles, ilícitas o que no hubieran podido ser objeto de la obligación». Esto nos lleva a afirmar que si el deudor elige algo que resulta imposible no cumple, y entonces se le podrá exigir la otra prestación.

Ello supone que las partes, al prestar su consentimiento en el contrato de dación, incorporan al objeto de la relación obligatoria un contenido disyuntivo que sólo desaparecerá cuando el deudor cumpla. Esto explica

---

(126) JORDANO BAREA, J. B.: *La categoría...*, cit., pág. 86.

el derecho del acreedor para exigir la primera prestación en el caso de no cumplimiento de la segunda.

b) El artículo 1.132 del Código Civil posibilita que la elección la lleve a cabo el acreedor. Si el acreedor elige la prestación pactada en el contrato de dación en pago hay que pensar que en ese momento de concentración se ha extinguido la relación obligatoria anterior por nacimiento de una nueva y ya no podrá exigir la anterior, produciéndose un fenómeno de novación extintiva.

Si llegado el momento el deudor no satisface el interés del acreedor o no cumple podrá estar protegido, como después veremos, por el artículo 1.124 del Código Civil o por las normas del saneamiento por evicción o por vicios ocultos, según los casos.

c) Finalmente, si la elección la llevan a cabo acreedor y deudor sucederá lo mismo que en la situación anterior: la concentración simplifica la obligación, produciéndose igualmente una novación extintiva.

La segunda posibilidad es considerar que cuando las partes prestan su consentimiento en el contrato de dación y la satisfacción del acreedor con una prestación distinta de la debida se produce en un momento posterior, en ese instante en que el deudor queda obligado al cumplimiento desaparece la posibilidad por parte del acreedor de reclamar durante ese período el primitivo objeto de la relación obligatoria. En definitiva, desde ese momento tan sólo deberá entregar la prestación nuevamente convenida. En este caso no estamos ante una obligación alternativa, sino que se produce un fenómeno novatorio por cambio del objeto de la relación obligatoria.

Las hipótesis examinadas suponen que la dación en pago tiene un efecto meramente obligatorio, quedando claro, como pone de relieve RODRÁ (127), que es distinta del hecho de que surjan a cargo del transmitente obligaciones determinadas (por ejemplo, obligación de consignar la cosa), ya que éstas tan sólo tienen una eficacia instrumental respecto al carácter definitivo de la dación en pago.

De las dos hipótesis creemos que la que más se ajusta a la voluntad de las partes y ofrece una solución más en consonancia con lo expuesto es la segunda. La primera en ocasiones supone la extinción de la relación obligatoria y la creación de otra nueva. Además, como señala ESTEVILL (128), para la nueva prestación que se realiza en otro momento rige también el principio que preserva su identidad, de manera que sólo

---

(127) RODRÁ, S., *ob. cit.*, págs. 738 y 739.

(128) ESTEVILL, L. P.: «La dación en pago», *RCDI*, julio-agosto 1986, página 1124.

el cumplimiento del *aliud* estipulado en el convenio novatorio significa la efectiva realización de la *datio* comprometida.

En estos supuestos, hasta que no se realice efectivamente la atribución patrimonial no podemos considerar extinguida la relación obligatoria inicial.

## 2. Incumplimiento del «*aliud*» en que la prestación consiste

En líneas generales hemos examinado cómo la extinción de la relación obligatoria se produce en el momento en que se ejecuta el convenio de dación en pago. Pero puede suceder que llegado el momento de ejecución se produzca el incumplimiento, bien porque el deudor no lleve a cabo la nueva prestación, bien porque el acreedor se niegue a la extinción de la relación obligacional mediante la realización del *aliud*. ¿Qué solución tiene el perjudicado? Pensamos que ante el incumplimiento el perjudicado puede acudir a la vía del artículo 1.124 del Código Civil y, en consecuencia, hacer uso de esta facultad. En efecto, el artículo 1.124 del Código Civil dispone: «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame al no haber causas justificadas que autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria».

De acuerdo con este artículo, el acreedor podrá exigir el retorno a la realización de la prestación inicialmente convenida como medio de extinción de la obligación. Esto significa que si el deudor no cumple se puede ir a la obligación principal exigiendo el cumplimiento. Ello supondrá la posibilidad de reclamar la prestación inicialmente convenida, ya que no se ha logrado el efecto querido por las partes: la satisfacción del acreedor por la *datio*. Pero si además procede de una relación sinalagmática podrá acudir alternativamente a la resolución de la obligación.

## 3. Realización del «*aliud*» y posterior insatisfacción del acreedor

Anteriormente hemos puesto de relieve cómo hasta que no se produce la atribución patrimonial no queda extinguida la relación obligatoria. Pero hay que contar también con que la dación en pago es un medio de

satisfacer los intereses de las partes. Desde este punto de vista puede suceder que la atribución patrimonial se realice y el acreedor no quede satisfecho. Como es lógico que existan medios para que se cumpla la finalidad de la dación en pago, es decir, para que el acreedor quede satisfecho, vamos a ocuparnos ahora de ello. Estos problemas aparecen fundamentalmente en los supuestos en que el objeto de la dación en pago es la entrega de una cosa, porque es en estos casos donde se plantea la pérdida por evicción de la cosa dada en pago o de vicios ocultos en la misma.

En primer lugar DÍEZ PICAZO (129) pone de relieve que «la evicción debe quedar excluida cuando la prestación a la que se obligó era a título gratuito, pues la convenida en su lugar también lo será. Así, por ejemplo, si A le dice a B que le dona X pesetas, aceptando B. Si en lugar de X pesetas conviene que A entregará un encendedor de oro, su entrega sigue siendo a título de donación y en ella no hay evicción contra el donante» (artículo 638 del CC). Sin embargo, dice LACRUZ (130), sí que se produce obligación de saneamiento «cuando el contrato cuya prestación se sustituye mediante la dación en pago sea gratuito, salvo que la evicción hubiera alcanzado igualmente al objeto inicial o se demuestre la intención de novar de las partes al sustituirlo por otro».

La doctrina se plantea fundamentalmente la cuestión de si como consecuencia de la evicción se acude a la prestación inicialmente convenida o, por el contrario, se aplican las normas relativas a la materia de evicción (arts. 1.474 y sigs. del CC).

Antes de aportar soluciones conviene dejar claro que:

a) El acreedor consiente en liberar al deudor siempre que se satisfaga su interés mediante la *datio*.

b) Los problemas de evicción se presentan desde el momento en que efectivamente se haya entregado la cosa (ya sea inmuebles o efectos), ya que en virtud del artículo 1.849 del Código Civil son éstos los supuestos que parece contemplar la norma. En definitiva, no puede pensarse en una pérdida por evicción sino desde el instante en que el acreedor ha recibido en su patrimonio el *aliud*.

c) La aceptación de la aplicación de las normas de evicción no supone la identificación con la compraventa, puesto que las reglas de la evicción se aplicarían, no por su identificación con la compraventa, sino porque se produce una transmisión a título oneroso (131).

---

(129) DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema...* cit., pág. 256.

(130) LACRUZ BERDEJO, J. L., *ob. cit.*, pág. 95.

(131) En este sentido, véase BARASSI, *ob. cit.*, págs. 914 y 915.

Este tema ha planteado una polémica, iniciada ya en el Derecho romano y que ha continuado hasta nuestros días, sin poder llegar a una solución unánime. Desde la discusión ya examinada entre sabinianos y proculeyanos (resuelta por Justiniano a favor de los primeros, es decir, en favor de la consideración de que la *datio in solutum*, al igual que el pago produce efectos *ipso iure*) hasta nuestros días, la doctrina ha planteado diversas soluciones. Estas dependen de la naturaleza jurídica que considera que tiene la figura objeto de nuestro estudio.

Por otra parte existen Ordenamientos, como el Código Civil italiano, que incorporan ya en sus normas soluciones a este tema tan conflictivo. Así el artículo 1.197, páginas 2 y 3, del Código Civil italiano establece: «Si la prestación consiste en la transferencia de la propiedad o de otro derecho el deudor está obligado a la garantía por la evicción de la cosa o por los vicios de la misma según las normas de la venta, salvo que el acreedor prefiera exigir la prestación originaria y el resarcimiento de daños. En todo caso reviven las garantías prestadas por los terceros». Como vemos, el Derecho italiano, ha resuelto este problema definitivamente, haciendo responsable al deudor por la evicción y por los vicios de la cosa o la obtención de la prestación primitiva más el resarcimiento de los daños. Pero esta solución, que en principio parece equitativa, plantea inconvenientes, ya que el deudor, sobre todo si es de buena fe, queda a merced de ese derecho de elección que tiene el acreedor.

De ahí que de acuerdo con las afirmaciones establecidas anteriormente, la solución podría estar en determinar si realmente ha habido o no transmisión para ver si se exige o no la prestación primitiva. Creemos que en estos supuestos, puesto que se presupone que la cosa se ha entregado, se debe dejar subsistente la extinción de la obligación primitiva y, en consecuencia, conceder sólo al acreedor las acciones derivadas de la aplicación de las reglas del saneamiento (132). En este sentido Díez PICAZO (133) puntualiza que si el acreedor recibe la propiedad de una cosa y la pierde porque con anterioridad un tercero tenía derecho a ella..., el acreedor estará protegido por las normas de la evicción dado que las normas sobre evicción se aplican a toda transmisión onerosa y no revivirá su derecho de exigir la prestación primitivamente pactada». Esta es la solución más acertada a nuestro juicio, puesto que es en el momento de la consumación del convenio cuando se entiende que ha entregado la cosa.

---

(132) Así, CASTÁN TOBEÑAS, J., *ob. cit.*, pág. 399. LATOUR BROTONS, J., *ob. cit.*, página 637. RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, L., *ob. cit.*, pág. 489. ALBALADEJO GARCÍA, M., *ob. cit.*, págs. 145-146.

(133) Díez PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema...*, cit., pág. 256.

#### 4. *Derechos accesorios y garantías*

A lo largo de este estudio hemos ido apuntando ya algunas ideas en torno a la subsistencia o no de los derechos accesorios y garantías. Con respecto a este tema vamos a examinar, en primer lugar, la suerte que corren los fiadores ante una dación en pago. El artículo 1.849 del Código Civil establece: «Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador». Este artículo carece de precedentes tanto en nuestro Derecho histórico como en el Derecho romano. Parece que nuestro legislador tomó esta norma, como ya expusimos anteriormente, del artículo 2.038 del Código Civil francés, norma que ya había reproducido el artículo 1.829 del Código Civil italiano de 1865. Sin embargo, el Código Civil italiano de 1942 ha generalizado en el artículo 1.197, 3, su aplicación al establecer: «En cualquier caso no reviven las garantías prestadas por terceros».

¿Cuál es el fundamento de esta norma? GARCÍA GOYENA, al comentar el artículo 1.763 del Proyecto de 1851 (134), antecedente del actual artículo 1.849 de nuestro Código Civil, afirma que «extinguida la obligación primitiva por la aceptación del acreedor, se extingue también la fianza como accesoria; si el acreedor tiene después una acción resultante de la evicción que sufre, esta acción es enteramente diversa de la primera y no la que el fiador había garantizado».

Aunque no estemos de acuerdo en el momento de la extinción de la «obligación primitiva», lo que sí es cierto es que el artículo 1.849 del Código Civil responde a la idea de que el fiador queda libre porque en principio la obligación se ha dado por extinguida y a pesar de la evicción no renace. Y es que como estima GUILARTE (135), el precepto tiene carácter excepcional y responde, según afirma BERCOVITZ (136), a la especial consideración que en dicha circunstancia merece el fiador, ya que a pesar de que reconocemos, con SCAEVOLA (137), «que el precepto parece ir en contra de los buenos principios jurídicos, pues es indudable que al anularse el contrato o acto de la dación en pago, anulación o ineficacia impuesta por la realidad de las cosas, debido a haber entregado

(134) GARCÍA GOYENA, F., *ob. cit.*, tomo III, pág. 166.

(135) GUILARTE ZAPATERO, V.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXIII, Jaén, 1979, pág. 303. En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L., *ob. cit.*, págs. 94-95.

(136) BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, R., *ob. cit.*, pág. 114.

(137) MUCIUS SCAEVOLA, Q.: *Código Civil*, tomo XXVIII, Madrid, 1953, página 679. Con distinto fundamento, pero en parecido sentido, véase MANRESA y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil español*, tomo XII, Madrid, 1973, página 472.

en pago el deudor una cosa ajena, parece que por adhesión debería revivir también la fianza. Pero también hay que reconocer que si el acreedor da por pagada y extinguida la deuda principal, es de *equidad* que la extinción sea de consecuencias irrevocables en favor del fiador, quien al tratar de imponérsele la revivencia podría objetar, con razón, que allá el acreedor hubiese estudiado mejor las cosas, bienes o efectos que estimó buenos para el pago, sin colocar nuevamente y por sorpresa al fiador en una situación que lógicamente dio por extinguida».

En última instancia, como afirma GUILARTE (138), la razón del precepto estriba en impedir que el fiador quede *durante un plazo inconcreto* en garantía de una obligación que, extinguida definitivamente o no para el deudor principal, llega a tal incierta situación por un hecho debido a la voluntad del acreedor. Situación que no consiente el ejercicio de los medios preventivos que la Ley otorga al fiador y que además entraña el riesgo de no poder ejecutar eficazmente sus acciones de regreso en su caso.

Por tanto, analizado el fundamento de la norma, podemos afirmar que siempre que la cosa, cualquiera que sea su naturaleza, sea aceptada voluntariamente por el acreedor en pago de la obligación fiada se extingue la obligación de garantía. Pero lo que no está claro es el momento en que debe entenderse que queda libre el fiador. El artículo 1.849 del Código Civil habla del momento en que el acreedor «acepta», y a ese momento atiende también GARCÍA GOYENA. Incluso la Compilación navarra, en su Ley 495, afirma que «las garantías de la obligación, salvo que sean expresamente mantenidas, quedarán extinguidas desde el momento de la aceptación». En principio se puede pensar que de acuerdo con el momento del perfeccionamiento de la dación, es decir, cuando acreedor y deudor consiente, la fianza se extingue por la aceptación. Pero hay que pensar que, por una parte, para que se hable de extinción de la obligación se tiene que ejecutar el convenio y, por otra parte, hemos visto que la finalidad del precepto estriba en impedir que el fiador garantice una obligación durante un plazo incierto. Por tanto creemos que la fianza se extingue cuando se realiza la prestación convenida. En consecuencia, como pone de relieve FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (139), el fiador se verá libre de la fianza en el instante en que el acreedor reciba efectivamente un inmueble u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, y ello por dos razones:

a) El artículo 1.849 del Código Civil dice que el fiador queda libre cuando el acreedor acepta en pago un inmueble u otros cualesquiera

---

(138) GUILARTE ZAPATERO, V., *ob. cit.*, pág. 305.

(139) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *ob. cit.*, pág. 775.

efectos, o sea, cuando recibe el inmueble o los efectos, no cuando acepta simplemente que le sea entregado un inmueble u otros cualesquiera efectos en pago de la obligación.

b) El artículo se refiere a la pérdida por evicción, la cual sólo podrá producirse en el supuesto de que efectivamente se haya entregado la cosa.

En consecuencia, creemos que los fiadores quedan liberados cuando se cumple el convenio de dación en pago, y ello incluso por la propia finalidad del precepto, ya que, como hemos puesto de relieve, es un precepto excepcional y responde a la situación del fiador. En definitiva, el precepto lo que parece que quiere establecer es que en el supuesto de evicción queda libre el fiador garantizado hasta la consumación del convenio siempre y cuando se mueva dentro de unas coordenadas que le permitan calcular el riesgo (140).

Por último, con respecto a los derechos accesorios y demás garantías, en principio habrá que tener en cuenta, evidentemente, la intención de las partes para averiguar si expresamente han determinado el alcance de la actuación sustitutoria frente a terceros. Si no se ha dicho nada creemos que la solución debe estar en que ejecutado el convenio de dación en pago, las garantías deben extinguirse en su totalidad y, en consecuencia, desaparecen con el crédito primitivo. Cualquier otra solución puede ser justa, porque si *prima facie* están exentos de responsabilidad, sería absurdo que tuvieran después que responder caso de aparecer vicios o defectos en la prestación o incluso de perderse la cosa como consecuencia de la evicción. Esta solución se encuentra además en la línea de los ordenamientos que regulan este supuesto. Como afirma Díez Pícazo (141), si el acreedor pierde como consecuencia de una evicción las cosas que le han sido transmitidas se aplicarán las reglas del saneamiento previstas en el artículo 1.475. En consecuencia, las garantías no reviven.

TERESA MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO  
Profesor Titular de Derecho Civil

---

(140) Hay que tener en cuenta que, como señala LAURENT, si bien la Ley mantiene la extinción de la fianza en favor del fiador, tampoco hay que olvidar que el acreedor ha consentido confiando en esta garantía. Véase LAURENT, F.: *Principes de Droit civil français*, tomo 28, París, 1878, pág. 283. A continuación añade: «L'orateur du Tribunal dit que la caution n'a garanti que la première obligation. Sans doute; mais cette première obligation est censée n'avoir pas été éteinte lorsque le créancier est évincé». En definitiva, siempre que se mueva dentro de las coordenadas de tiempo, lugar, onerosidad, etc., previstas no hay problema.

(141) Díez Pícazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos...*, cit., pág. 654.

# La protección de los programas de ordenador en el proyecto de Ley\* de Propiedad Intelectual<sup>(1)</sup>

## 1. LAS INSUFICIENCIAS DEL ORDENAMIENTO VIGENTE

1.1. Dentro de la legalidad actual, constituida por la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879 y su Reglamento, aprobado por Real Decreto de 3 de septiembre de 1880, y todo un conjunto de disposiciones complementarias, convenios internacionales, resoluciones, etcétera, sería plenamente defendible extender a los programas de ordenador el régimen de la propiedad intelectual. Sin embargo, ello requeriría algún pronunciamiento específico, bien por vía normativa, bien por vía judicial. El artículo 1.º de la Ley incluye en la propiedad intelectual «las obras científicas, literarias o artísticas que pueden darse a la luz por

---

(1) El presente trabajo recoge el texto de la conferencia pronunciada por el autor el 24 de octubre de 1986 en el Instituto de Derecho Informático de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Basada dicha conferencia en el texto del proyecto remitido al Congreso de los Diputados por el Gobierno al comienzo de 1986 (*B. O. de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, serie A, 1 de febrero de 1986), el primitivo texto del proyecto fue objeto de modificaciones dentro del primer trámite parlamentario iniciado aun antes de la disolución de las Cortes Generales como consecuencia de la convocatoria de elecciones generales de junio de 1986, siendo aceptadas enmiendas diversas propuestas por los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista y Minoría Catalana del Congreso. El texto del proyecto remitido nuevamente al Parlamento por el Gobierno salido de las elecciones de junio (*B. O. de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, serie A, 24 de noviembre de 1986), contiene modificaciones importantes del texto de los artículos 94 y siguientes, relativos a los programas de ordenador. Por ello, el texto de la conferencia susodicha hubo de ser adaptado a las modificaciones recogidas en el proyecto de noviembre de 1986.

cualquier medio», definición que luego recogería el artículo 428 del Código Civil. Esto exige la previa calificación de un programa como obra científica, literaria o artística, para lo cual sería precisa una disposición interpretativa o una doctrina jurisprudencial clara y continuada. Incluso en legislaciones más flexibles, como la francesa o la alemana federal, cuya amplitud permitía encuadrar los programas en el marco de la propiedad intelectual, ha sido preciso un pronunciamiento específico, por vía jurisprudencial primero y por medio de reformas de la legislación. En Francia iba siendo ya abundante la jurisprudencia de los Tribunales de apelación, en la que se venía calificando a los programas de obras literarias. En Alemania, no sin vacilaciones, la jurisprudencia había acabado por reconocer la protegibilidad de los programas por el régimen de la propiedad intelectual, en especial desde la importante Sentencia dictada el 9 de febrero de 1983 por el Tribunal Territorial Superior de Karlsruhe, a cuya motivación se adherirían después el Tribunal de igual rango de Francfort y el Tribunal Federal de Trabajo (2). En todo caso, tanto Francia como Alemania Federal, y asimismo el Reino Unido, han considerado necesario hacer extensiva de manera expresa la legislación de propiedad intelectual a los programas (3).

Previamente a estas Leyes, las que ejecutaron en los mismos ordenamientos nacionales el Convenio de Munich de 5 de octubre de 1973 sobre la concesión de patentes europeas excluyeron de la protección de la patente los programas de ordenador. Con ello se resolvía en el plano positivo una controversia doctrinal y jurisprudencial de varios lustros acerca de la procedencia de la patente o el derecho de autor como solución

---

(2) Véase un comentario a las sentencias más representativas (la del Oberlandesgericht de Karlsruhe de 9 de febrero de 1983, GU 150/81; la de Bundesarbeitsgericht de 13 de septiembre de 1983, 3 AZR 371/81, y la del Oberlandesgericht de Nuremberg de 8 de mayo de 1984, 3 U 652/83) en Ulrich SIEBER: «Copyright Protection of Computer Programs in Germany - Part II», *European Intellectual Property Review*, 1984 (9), págs. 253-260.

(3) Ley de 24 de junio de 1985 (BGBI, I, S. 1137), por la que se modificó el artículo 2, primer párrafo, apartado 1, de la Ley de Derecho de Autor de 9 de septiembre de 1965, incluyendo los programas (*Programme für Datenverarbeitung*) en el mismo grupo que las obras literarias, tales como los escritos y, los discursos; *Copyright (Computer Software) Amendment Act 1985* (1985, capítulo 41); Ley número 85-660, de 3 de julio de 1985, relativa a los derechos de autor y a los derechos de los artistas-intérpretes, de los productores de fonogramas y de videogramas y de las empresas de comunicación audiovisual (*Journal Officiel de la République Française*, 4 de julio de 1985, págs. 7495 a 7501. Sobre la Ley francesa de 1985, véase *La protection des logiciels sous la Loi du 3 Juillet 1985*, Deuxième Forum Protection des Logiciels, organise par l'Agence pour la Protection des Programmes sous le patronage du Ministère de la Culture, Paris, Editions des Parques, 1986 (con trabajos de A. BENSOUSSAN, A. BERTRAND, Y. BISMUTH, H. CROZE, X. DESJEUX e Y. LENOIR); COLOMBET, Claude: *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Paris, Précis Dalloz, 3.ª ed., 1986 (en especial, págs. 110-118).

más adecuada para la protección jurídica de los programas. Esta controversia muestra una clara evolución, en la cual cabría distinguir, *grosso modo*, tres hitos: la patente, el sistema *sui generis* y el derecho de autor, habiéndose impuesto plenamente esta última aun a costa de admitir algunas peculiaridades dentro del sistema general del derecho de autor (4).

1.2. En nuestro país el problema estriba no sólo en la dicción del artículo 1.º de la Ley de 1879, sino además en la inviabilidad que de hecho ofrece la vía jurisprudencial para el desarrollo de dicha Ley. Sorprende la casi total ausencia de sentencias sobre propiedad intelectual en los repertorios de jurisprudencia. Ni aun en la jurisprudencia de Tribunales inferiores al Tribunal Supremo se encuentran sentencias sobre la materia. Esperar a contar con una jurisprudencia del Tribunal Supremo clara y continuada no resolvería una cuestión que requiere una solución inmediata. La práctica, por otra parte, muestra que el régimen basado en el artículo 1.º de la Ley de 1879 no es viable. De hecho se han venido inscribiendo en el Registro de la Propiedad Intelectual como obras científicas, programas de ordenador. Pero en realidad no se trata de tales programas, sino de obras que exponen, comentan y explican el uso de programas que, en general, son ya conocidos de todos los profesionales. Son obras «sobre» programas, no programas. Esto ha dado lugar a la aparición de registros privados paralelos, en los que con una finalidad distinta, o sea, de defensa contra la piratería, se vienen depositando programas de ordenador. No se conocen, al menos no son frecuentes (a diferen-

---

(4) Pueden ya considerarse superadas las posturas contrarias e incluso reticentes.—el propio M. FICOR, que todavía en 1983 comparaba la recepción de los programas en el derecho de autor con la irrupción de un elefante en una tienda de porcelanas, acababa admitiendo que los estragos causados por el elefante no eran tan graves como se pudiera haber pensado; cfr. «Lettre de Hongrie», en *Le Droit d'Auteur*, año 96, núm. 11, noviembre 1983, págs. 333-335—. Aun cuando la bibliografía empieza a ser abundante, en general está constituida por estudios relativos a la situación existente en los distintos países. Cabría mencionar, como hitos representativos de esa evolución doctrinal y legislativa, las siguientes obras: GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: «La protección jurídica de los programas de los ordenadores electrónicos», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 113 (julio-septiembre de 1969), páginas 413-436 (panorama de las diversas opciones posibles); ULMER, E.; KOLLE: «Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen», en *GRUR Int.*, 1982, 8/9, páginas 489-521 (el análisis más completo existente); la obra colectiva *The Legal Protection of Computer Software*, editada bajo la dirección de L. PERRY y H. BRETT (Oxford, ESC Publishing Ltd., 1981), con trabajos diversos de G. KOLLE, R. H. STERN, A. WILSON, Ch. Le STANC, B. C. DIETZ y M. KINDERMANN; la de GYERTYANFY, P.: «The Software as a New Subject Matter of Copyright Law?», *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, núm. 113 (julio 1982), págs. 71-133, y las de KEPLINGER, M. S.: «Computer Software - Its Nature and Its Protection», *Emory Law Journal*, vol. 30, núm. 2, Primavera 1981, págs. 483-512, y LUCAS, A.: *La protection des créations intellectuelles abstraites*, Coloquio CEIPPI, Paris, Librairies Techniques, 1975.

cia de otros países), casos de contratos de depósito de programas en entidades bancarias o análogos con finalidades diversas, entre ellas la defensa contra la piratería. Todo esto revela lo inservible del sistema desarrollado al amparo de la Ley de 1879 en este contexto.

1.3. Esta imprecisión del ordenamiento vigente tiene además una consecuencia grave en lo que respecta al trato internacional. El reconocimiento por algunos países de la protección del derecho de autor de los programas, en el Convenio Universal de Derecho de Autor de Ginebra, lleva consigo la protección de dicho derecho en todos los países dignatarios del Convenio, a cuyo efecto basta con la reserva del derecho mediante la indicación del símbolo normalizado previsto en el artículo III, 1, que este precepto equipara al cumplimiento de ciertos trámites o formalidades internos, como depósito, registro, etc. Hasta que no se reconozca el principio de que el derecho de propiedad intelectual sobre los programas nace con el hecho de la creación y se reserva a favor del creador mediante esta sola indicación del símbolo normalizado no habrá una igualdad de trato, sino, por el contrario, una situación de privilegio para los programas de ordenador creados en países signatarios del Convenio Universal. Este hecho es, sin duda, uno de los argumentos más sólidos que pueden aducirse a favor de la inclusión de los programas en el régimen de la propiedad intelectual, ya que tal inclusión lleva consigo la aplicación a los programas de las ventajas de los convenios internacionales, con la consiguiente reciprocidad en cuanto al trato internacional.

1.4. Iniciados ya antes de 1983 los trabajos de redacción del Anteproyecto de reforma de la Ley de 1879, desde los primeros textos de 1983 figuraron ya los programas entre las obras protegidas. Por otra parte, la Ley de Patentes de 1986 excluyó de la patente a los programas, en cuanto que el artículo 4.º, 2, apartado c), no considera invenciones a los programas de ordenadores. Esta Ley fue anterior a la adhesión de España al Convenio de Munich, por lo cual la ejecución del Convenio no ha sido —a diferencia de otros países europeos— un factor determinante de la inclusión de los programas en el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual.

## 2. EL RÉGIMEN DE LOS PROGRAMAS EN EL PROYECTO

2.1. Los preceptos básicos del Proyecto a partir de los cuales puede construirse el régimen jurídico del derecho de autor sobre los programas de ordenador son el artículo 10, 1, i), y el 94. El primero incluye a los

programas entre las obras originales, literarias, artísticas y científicas que relaciona. El párrafo 1 no agota el conjunto de las obras protegibles, ya que expresamente dice qué entre las creaciones objeto de protección «se comprenden» las que figuran en los apartados a) e i), lo cual no excluye cualesquiera otras que sean susceptibles de ser expresadas por un medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido «o que se invente en el futuro». Habría sido deseable una formulación genérica en los términos de la Ley francesa o en los de la Ley norteamericana, que habla de «obras de autoría». Sin embargo, un análisis atento del texto del Proyecto nos lleva a una conclusión parecida. El artículo 12 del Proyecto permite deducir el concepto de «creación intelectual» como noción esencial, ya que hace extensiva la protección de la propiedad intelectual a obras no estrictamente originales, como son las colecciones de obras ajenas y las de otros elementos o datos, siempre que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales. Los artículos 10 y 12 permiten, pues, construir un concepto de creación intelectual, como género, con tres posibles especies: que son las creaciones literarias, las artísticas y las científicas.

2.2. El artículo 10, 1, ha vuelto a recoger la tricotomía de obras «literarias, artísticas y científicas» con que la Ley de 1879 defiende el conjunto de los bienes protegidos. Sin duda el legislador se ha sentido obligado a mantener un paralelismo entre de una parte dicho precepto y de otra el artículo 20, 1, b), de la Constitución, que reconoce el derecho a la producción y creación «literaria, artística, científica y técnica», y el artículo 428 del Código Civil, que reconoce asimismo el derecho de autor de una obra «literaria, científica o artística» a explotarla y a disponer de ella. En rigor, estos preceptos del Código Civil y de la Constitución no tenían por qué ser un obstáculo a una solución distinta, bien en la línea de la Ley francesa (obras del ingenio), bien renunciando a toda catalogación o clasificación, como es la solución de la Ley federal norteamericana de 1976, que se limita a relacionar *ad exemplum* una serie de bienes susceptibles de ser considerados como obras, sin clasificarlos con arreglo a criterio alguno. Más conveniente habría sido quizá utilizar una clasificación basada en las de los Convenios de Berna y de Ginebra, que sí diferencian un régimen específico en función de la misma. Por otra parte, el resto de la Ley no define un régimen jurídico diferenciado del derecho de autor sobre las obras literarias, las artísticas y las científicas, sino que distingue entre derechos de autor propios, de un lado (libro I), y derechos afines al de autor, de otro (libro II), distinguiendo dentro de cada grupo normativo el régimen procedente en función de las peculiaridades de cada obra. Resulta así el cuadro siguiente:

|                                    |   |                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|------------------------------------|---|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Derechos de autor ... ..           | { | Régimen general.<br>Obras audiovisuales.<br>Programas de ordenador.                                                                                                                                                                                                     |
| Derechos afines al de autor ... .. | { | Derechos de artistas, intérpretes o ejecutantes.<br>Derechos de productores de fonogramas.<br>Derechos de productores de obras cinematográficas y audiovisuales.<br>Derecho de las entidades de radiodifusión.<br>Protección de simples fotografías.<br>Otros derechos. |

En ningún caso se diferencia el régimen de las obras en función de su carácter literario, artístico o científico.

2.3. El artículo 94 determina las normas aplicables a los programas de ordenador. El precepto se remite al régimen general de la Ley, sin más salvedad que la de que las disposiciones por las que se rijan serán las que «resulten aplicables» (5). No se excluyen, en principio, disposiciones del libro II, pues cabe la posibilidad de que normas relativas a derechos afines al de autor resulten asimismo aplicables a los programas. Las únicas excepciones al régimen general de la Ley son los preceptos de los artículos 94 a 99. El precepto opta así por una vía intermedia entre la mera inclusión de los programas en la regulación de la propiedad intelectual o derecho de autor (solución norteamericana) y la regulación por Ley especial (solución del Anteproyecto brasileño). El Proyecto español incluye los programas en el régimen del derecho de autor, previendo dentro de dicho régimen algunas peculiaridades derivadas de la especial naturaleza de la obra. Al optar por una especialidad de un régimen jurídico nuevo, regulada dentro del mismo texto legal general, el Proyecto sale al paso de los problemas que habría originado la mera reforma de la Ley actual, como ha sido el caso de Francia.

2.4. Sobre la base de estos dos preceptos puede construirse el régimen de los programas de ordenador previsto en el Proyecto. Pueden añadirse además las normas de los Convenios de Berna y Ginebra para completarlo. Como criterio sistemático puede tomarse el de analizar los distintos elementos de la relación jurídica del derecho de autor sobre el programa:

---

(5) Una enmienda del Grupo Popular, en la que se proponía suprimir la parte del precepto que contiene dicha salvedad («... y en lo que no esté específicamente previsto en el mismo, por las disposiciones de la presente Ley»), no prosperó.

- a) Sujeto.
- b) Objeto; y
- c) Contenido.

Como lo que cualifica la relación jurídica es la especialidad del objeto de la misma, es quizá mejor cambiar el orden y comenzar el análisis de la Ley por el examen del objeto.

## 2.5. *Objeto de la protección.*

2.5.1. Al igual que en el caso de las obras audiovisuales y los fonogramas, el legislador ha considerado necesario definir lo que deba entenderse por programas de ordenador a los efectos legales. La cuestión de lo que deba entenderse por «programa» no es en modo alguno ociosa. Si bien es cierto que cualquier profesional de la informática y, en general, cualquier persona hoy día sabe lo que es un programa, difícilmente se llegaría a una coincidencia a la hora de definirlo. No es solamente que dentro de la noción de programa se incluyan variedades conceptuales: algoritmo, rutina, compilador, programa de servicio de utilidad, etc. Es que además el concepto genérico de programa es susceptible de una extensión diversa. Cualquiera que sea la variedad conceptual concreta, en todo caso un programa es un algoritmo, concepto claramente definido en el *Diccionario de la Real Academia* como «conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema», o el «método y notación en las distintas formas de cálculo». En informática el algoritmo no es la mera concatenación formal de una serie o secuencia de operaciones, sino que además contiene indicaciones relativas a la búsqueda de los datos, precisando si hay que buscarlos en un disco, una cinta, etcétera. Es por ello más parecido a una partitura. El algoritmo se expresa en un esquema gráfico u ordinograma. El algoritmo no es todavía el programa. Es preciso que sea expresado en instrucciones. El programa desarrolla en instrucciones el esquema gráfico del algoritmo. Llegamos así al código-fuente o programa-fuente, que es el programa propiamente tal. Su versión en instrucciones capaces de ser interpretadas por un sistema físico es el código objeto. Uno y otro constituyen formas de expresión distintas del programa. El artículo 95 ha recogido esta distinción en los apartados 1 y 2. El primero define el programa, en cuanto tal, como obra protegible en estos términos: «Toda secuencia de instrucciones o declaraciones destinadas a ser utilizadas directa e indirectamente en un sistema informático para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación». El programa es, pues, una secuencia de instrucciones o declaraciones. Estas pueden ser utilizadas di-

*rectamente* en un sistema informático, con lo cual se incluyen en la noción legal de programa el llamado código objeto, escrito o expresado en lenguaje de máquina, y que puede estar *fijado* en un soporte legible por la máquina, en un micromódulo, o en unas conexiones cableadas. También se incluye en la definición el código fuente cuando se dice que las instrucciones pueden ser utilizadas *indirectamente*. Es el supuesto de los lenguajes de nivel superior, cuyos comandos son convertidos por el sistema de instrucciones legibles directamente por sus elementos. La amplia dicción del artículo 95, 1, *in fine*, permite incluir en el concepto de programa toda secuencia de instrucciones o declaraciones que reúna las anteriores características, cualquiera que sea la forma de expresión y fijación. Con ello se sale al paso de la objeción que pudiera suponer el hecho de que el programa estuviera materializado en un conjunto de conexiones cableadas. De este modo no sería obstáculo reconocer el derecho de autor sobre un programa como el que fue objeto de la patente de invención concedida con el número 525.801 el 4 de abril de 1984 para amparar un sistema electrónico para la codificación cifrada en el tratamiento y transmisión de datos. El sistema comprende dos circuitos gemelos, que expresan y fijan sendos algorimos, uno para codificar las informaciones antes de ponerlas en circulación por una línea de transmisión de datos y otro para descodificar las que llegan antes de pasarlas a un ordenador o a un terminal, lográndose lo que en transmisión de datos se llama «transparencia», es decir, la posibilidad del uso de un terminal sin necesidad de conocer las secuencias de información que se desarrollen en el circuito. Dentro del régimen definido por el Proyecto, este sistema no sería patentable, sino que sería una forma de programa de ordenador y por tanto gozaría de la protección del derecho de autor. El artículo 95 permite considerar programas al llamado código-fuente o programa-fuente y al código o programa-objeto, dejando abierta la cuestión de la diversa naturaleza jurídica que dentro del sistema de la Ley correspondería, en su caso, a uno y otro. La cuestión se ha suscitado en la jurisprudencia norteamericana con soluciones contradictorias. La doctrina, asimismo norteamericana, ha insinuado alguna vez la posibilidad de calificar el código-objeto de obra derivada al amparo del artículo 101 de la Ley de Derecho de Autor (6). En el Proyecto español cabría invocar los artículos 11 y 21, aunque difícilmente correspondería la titularidad del programa-objeto a persona distinta de la del creador del programa-fuente.

2.5.2. La definición contenida en el artículo 95, 1, del Proyecto de

---

(6) Véase NYCUM, S. H.; KENFIELD, D. L.; KEENAN, M. A.: «Debugging software escrow: Will it work when you need it?», *Computer Law Journal*, IV-3, página 446 (nota 7).

febrero consideraba programa toda secuencia de instrucciones susceptible de ser utilizada directa o indirectamente en un sistema informático «para obtener un resultado determinado». Sin duda esta dicción se basaba en una noción de «resultado» como una información producto de una elaboración de otra información dentro del sistema bajo el control del programa, pero quizá resultaba poco precisa. Por ello en el texto del Proyecto de noviembre se completó la dicción, recogiendo una enmienda del Grupo Socialista del Congreso con la incorporación de la frase «para realizar una función o una tarea». La preocupación de los enmendantes se fundaba en que la fórmula primitiva podía interpretarse restrictivamente, dejando fuera del concepto legal programas de control o de servicio que, por el contrario, dada su mayor complejidad, eran acreedores a la misma protección que cualesquiera otros. En iguales términos se pronunciaba asimismo una enmienda de la Minoría Catalana, aunque proponía la supresión de la frase originaria «para obtener un resultado».

2.5.3. Con ocasión de los primeros trabajos realizados en el seno de la OMPI, que se plasman en las disposiciones-tipo de 1976, se suscitó ya la cuestión de si la documentación del programa formaba parte del programa. Así se entendió en un principio, hasta que en 1982 fue incorporada a la Ley norteamericana de Derecho de Autor la definición legal que limitaba el programa a la secuencia de instrucciones. Esta limitación no lleva consigo que los manuales no estén protegidos ni que su protección sea menor. Simplemente se trata de obras de otro carácter. Así lo entendió el Proyecto de febrero, que en su artículo 95, 2, negaba a los manuales de uso la calificación legal de programas, precisando que se trataba de obras científicas sujetas al régimen que la Ley prevé para las mismas. Habida cuenta de que el Proyecto de febrero limitaba el plazo de duración de la protección del programa a veinte años, resultaba que los manuales estaban protegidos durante un plazo mayor. El Proyecto de noviembre recogió enmiendas formuladas por el Grupo Popular y por la Minoría Catalana en el sentido de equiparar los manuales y la documentación aneja a los programas a éstos. Estas enmiendas hay que verlas, por otra parte, en relación con otras, propuestas por los mismos grupos parlamentarios, y aceptadas igualmente, tendentes a elevar el plazo de la protección a cincuenta años para los programas, con lo cual la única diferencia que preveía el Proyecto de febrero desaparecía.

2.5.4. El artículo 56 del Proyecto permite distinguir dos aspectos en el objeto del derecho: el programa como obra, como bien inmateral (*corpus mysticum*) y el soporte al que se haya incorporado la obra (*corpus mechanicum*). El precepto permite que la titularidad de uno y otro corresponda a personas distintas. Existen programas, en especial los crea-

dos para microordenadores, que son susceptibles de contrato de edición, al igual que una obra literaria corriente, aun cuando el soporte no sea una obra impresa en forma de libro, sino una grabación en disco flexible o disquete. La propiedad de un ejemplar de la obra en disco flexible (*corpus mechanicum*) es independiente de la titularidad del derecho de autor (derecho moral y derecho de explotación) sobre la obra objeto del contrato de edición.

2.5.5. El Proyecto de febrero contenía en el apartado 3 del artículo 95 una matización en lo que respecta a los programas que son parte de una patente y figuran en la memoria o descripción de la misma como elementos de la invención, descritos en las pertinentes reivindicaciones. El texto del precepto incluido en el Proyecto en febrero disponía que los programas que fueran elementos de una invención no estaban protegidos por el derecho de autor, pero esto no significa que no estuvieran protegidos. El precepto trataba, sin duda, de salir al paso de los problemas que se han suscitado en la doctrina, motivados por el hecho de que un programa pudiera formar parte de una invención: si en tal caso el programa quedaba protegido mediante patente, los argumentos aducidos por la doctrina y la jurisprudencia en favor del derecho de autor y en contra de la patente resultaban inoperantes. Por ello, con el fin de conciliar los dos criterios, el primitivo Proyecto estimaba que cuando el programa constituyera un *accesorio* de una invención quedaba protegido por la patente, que adquiriría así una especie de *vis attractiva*. La Minoría Catalana propuso que se suprimiera el precepto por estimar que era contradictorio con el principio de la compatibilidad de la propiedad industrial y la intelectual sobre una misma obra, recogido en el artículo 3.º, apartado 2.º, del párrafo único. En iguales términos se pronunció una enmienda del Grupo Popular. No se aceptaron las enmiendas, pero el texto del precepto fue modificado en el Proyecto de noviembre en el sentido de que los programas que formaran parte de una patente o modelo de utilidad gozarían, «con independencia de lo dispuesto en la presente Ley», de la protección que pudiera corresponderles por aplicación del régimen jurídico de la propiedad industrial. Tal como ha quedado, el precepto resulta superfluo, pues no hace otra cosa que repetir el principio del artículo 3.º y en cambio no recoge el problema del programa *accesorio* de la invención. Véase, sin embargo, *infra* 2.5.8.

2.5.6. Dado que el artículo 10 del Proyecto incluye entre los bienes protegibles las creaciones «originales», habrá que entender asimismo, puesto que los artículos 95 y siguientes no contienen declaración alguna en contrario, que los programas de ordenador deberán constituir creaciones originales para poder gozar de la protección del régimen jurídico re-

gulado en el Proyecto. A este respecto habría que hacer algunas matizaciones. Algunos trabajos ponen en duda la posibilidad de que haya programas realmente originales, en el sentido de que todo programa está compuesto de instrucciones, y muchas de éstas tienen sustantividad propia. Por ello, en la práctica la mayoría de los programas, si no todos, no son otra cosa que una combinación de instrucciones ya conocidas. Aun admitiendo la validez de esta afirmación, hay que tener en cuenta que el artículo 12 considera como objeto de la propiedad intelectual las colecciones de «elementos o datos que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales».

2.5.7. De acuerdo con el Proyecto, el régimen de protección de los programas comprende además los siguientes bienes:

- a) Las versiones sucesivas de un programa.
- b) Los programas derivados; y
- c) El título o denominación del programa.

2.5.7.1. Las versiones sucesivas de un programa, conocidas en la jerga informática normalmente como *releases*, constituyen obras derivadas, y como tales son susceptibles de encuadrarse en los supuestos de los artículos 11 y 21, 2, del Proyecto, por cuanto que se trata de revisiones, actualizaciones, adaptaciones o transformaciones de una obra. Lo mismo puede afirmarse de los programas derivados, entendiendo por tales los que son resultado del desarrollo de funciones contenidas en otros. El Proyecto brasileño de 1984 define el programa derivado como el obtenido a partir de otro, mediante la manipulación de la disposición del conjunto de las instrucciones de éste con el fin de introducir modificaciones sustanciales en su funcionamiento.

2.5.7.2. El artículo 10, apartado 2, hace extensivo el derecho de autor al título de la obra. En el caso de los programas, cuando tuvieren un nombre específico que los distinga y sea original, como exige dicho precepto, habrá que entender que también está amparado. Es el caso de sistemas como UNIDAS, STAIRS, MAPPER, PASSAT, etc.

2.5.8. Por último, hay que tener en cuenta que el artículo 3.º reconoce la compatibilidad del derecho de autor con los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra (párrafo único, apartado 2). Es evidente que la propiedad industrial no se agota con la patente, sino que comprende otras formas de protección, entre ellas la marca. Un caso de todos conocido es el lenguaje ADA, desarrollado por la Administración federal norteamericana, y cuya sigla ha sido registrada como **marca**.

## 2.6. *El titular de la propiedad intelectual del programa*

2.6.1. El sujeto de la relación jurídica ofrece varios aspectos. Por una parte, quien debe entenderse por creador del programa. Por otra, el problema de la titularidad del derecho de explotación. Cada uno de estos aspectos comprende, a su vez, un conjunto de cuestiones o problemas, para cuya solución el Proyecto ofrece elementos suficientes dentro de su régimen general, completado con los artículos del título VII del libro I.

2.6.2. El artículo 1.º consagra el principio de que el derecho de autor corresponde al creador por el solo hecho de la creación. Recoge el parecer unánime de la doctrina, según el cual no es preciso un acto estatal de concesión del derecho. La doctrina alemana (7) califica el acto creador de acto real (8), es decir, un acto cuyos efectos jurídicos consisten en una modificación de la realidad. En este caso se trata de una modificación consistente en incorporar al mundo de lo real una nueva cosa, que es la obra. La consecuencia principal es, además de que no es necesario el acto expreso de concesión del derecho, que la creación no requiere tampoco una declaración de voluntad. Esto último implica que la creación de una obra y la consiguiente adquisición del derecho de autor pueda ser atribuida a menores e incluso a incapaces. La posibilidad de que un menor cree un programa de ordenador no debe destacarse, pues empiezan a aparecer niños prodigio en el uso de los ordenadores. Se llegará así a casos análogos al de Mozart, por ejemplo. Asimismo la creación de un programa no tiene que ser necesariamente fruto de una relación laboral o de arrendamiento de obra, pues hoy día, con la proliferación de los microordenadores, es perfectamente posible que un individuo, en su domicilio, en forma autónoma e independiente, conciba un programa perfectamente válido con ayuda de tal instrumento, sin necesidad de un nivel de inversión determinado. El artículo 44 apoya esta conclusión por cuanto que sienta el principio de que los menores de dieciocho años y mayores de dieciocho que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores o con autorización de la persona o institución que los tengan a su cargo, tienen plena capacidad para ceder derechos de explotación.

2.6.3. No obstante la generalidad de la dicción del artículo 5.º, 1, el propio precepto, en su apartado 2, prevé la posibilidad de que sea

---

(7) HUBMANN, H.: *Urheber- und Verlagsrecht*, Munich, C. H. Beck, Juristische Kurzlehrbücher, 4.ª ed., 1978, págs. 110-111.

(8) Sobre el concepto de acto real (*Realakt*), como acto que produce como efecto inmediato solamente un resultado fáctico que puede ser condición de una consecuencia jurídica, cfr. WOLFF, H. J.: *Verwaltungsrecht*, II, 7.ª ed., Munich, C. H. Beck, 1968, pág. 221.

autor una persona jurídica, remitiéndose a tal efecto a lo dispuesto en la propia Ley. Se trata del artículo 8.º, que se refiere a las obras colectivas, y cuyo segundo párrafo dice claramente que la «obra pertenecerá a la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y coordinación se hubiera creado y que la divulgue bajo su nombre». De aquí se deduce que una empresa puede ser titular del derecho de autor, no sólo del de explotación, a todos los efectos (9).

2.6.4. Otra cuestión es la que hace referencia a un programa creado por una persona física dentro del marco de una relación laboral. Esta cuestión ofrece una especial importancia. En rigor, la primera vez que se invocó la protegibilidad de los programas por el derecho de autor fue en litigios de carácter laboral, concretamente en un litigio suscitado ante el Tribunal de Comercio de París, en el cual un asalariado que, fuera de las horas normales de trabajo, había desarrollado unos programas que facilitaban la ejecución de trabajos de contabilidad que le habían sido encomendados y había sido despedido por negarse a ceder los derechos sobre tales programas. El Tribunal dio la razón al asalariado, y en segunda instancia el Tribunal de Apelación de París, 4.ª Cámara, dictó Sentencia de 2 de noviembre de 1982 por la que se confirmaba la sentencia del Tribunal de Comercio, reconociendo el derecho de autor sobre los programas y la ausencia de causa de despido. No es de extrañar el detalle con que la Ley francesa de 1985 ha regulado este problema en sus artículos. Diversas sentencias de Tribunales y Juzgados norteamericanos contemplan, además de cuestiones específicas de derecho de autor, este mismo problema. Es el caso de las sentencias *Apple Computer Inc v. Formula International Inc.* (1983) o *GCA Corporation v. Chance, Foss & Kukas* (1982), ambas del Estado de California.

2.6.5. El problema en el Proyecto estriba en determinar si existe o no incompatibilidad entre los derechos que el Estatuto del Trabajador reconoce en su artículo 21 y los que el Proyecto reconoce asimismo en sus artículos 1.º y 14. No existe precepto alguno que permita llegar a una conclusión análoga a la norma del artículo 45 de la Ley francesa de 1985. Es decir, si un asalariado desarrolla un programa dentro del marco de su relación laboral, aun cuando se trate de un producto que haya refe-

---

(9) Aun en la doctrina alemana, especialmente rigurosa en cuanto a no admitir la titularidad del derecho de autor más que a favor de las personas físicas, se consideró la posibilidad de admitir una titularidad del derecho de autor a favor de personas jurídicas. Las Leyes de 1901 y 1907, relativas a los derechos de autor sobre obras musicales y fotográficas, admitían esta posibilidad, y con respecto a la obra cinematográfica, el proyecto de 1954 propugnó un derecho de autor de la obra cinematográfica en tales términos (*fiktives Urheberrecht*). La Ley de 1965, sin embargo, fue terminante al respecto, admitiendo sólo la titularidad de la persona física.

rencia a la materia propia del trabajo del interesado, el autor del programa será el asalariado, no el empleador. El asalariado, creador del producto, adquiere por el hecho de la creación el derecho moral, irrenunciable e inalienable, que se concreta en las facultades que enumera el artículo 14 del Proyecto. Este derecho se adquiere en todo caso aun cuando se hubiere pactado la no concurrencia con el empleador en los términos previstos en el artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores. Únicamente sería aplicable al caso el supuesto del apartado 4 de este artículo: haber recibido el trabajador una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha un proyecto o realizar un trabajo específico, y que el proyecto o trabajo consista en desarrollar un programa determinado. En tal supuesto, si se hubiere pactado entre el trabajador y el empresario la permanencia en la empresa, y sólo entonces, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios si el trabajador abandona el trabajo antes del tiempo pactado.

2.6.6. La irrenunciabilidad e inalienabilidad del derecho moral de autor impide que sea válido el acuerdo entre el trabajador y el empresario, según el cual aquél cede a éste la titularidad del derecho de autor sobre el programa que creare dentro del marco de la relación laboral. En cambio es plenamente válido pactar la cesión de los derechos de explotación del programa creado en virtud de la relación laboral. Así resulta claramente del artículo 51, 1, del Proyecto. Este precepto deja al mutuo acuerdo entre el empresario y el trabajador los términos concretos de la transmisión de los derechos de explotación. En defecto de pacto expreso, y siempre que se tratare de una relación laboral por tiempo indefinido, se presume que la cesión de los derechos es a título exclusivo y «con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario», a tenor de lo que dispone el apartado 2 de dicho artículo 51. Como momento de la cesión habrá que considerar, según dicho precepto, el momento de la entrega de la obra realizada.

2.6.7. Otra cuestión que comprende la problemática del sujeto de la relación jurídica de derecho de autor sobre los programas consiste en la posibilidad de una titularidad conjunta del derecho por parte de varias personas. Esta cuestión no ofrece peculiaridad alguna con respecto al régimen general contemplado en los artículos 7.º, 8.º y 9.º del Proyecto. Estos preceptos prevén tres supuestos:

- a) Obra en colaboración.
- b) Obra colectiva; y
- c) Obras independientes publicadas unidas.

El primer supuesto da lugar a una comunidad de bienes, el segundo a la titularidad del derecho a favor de la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y coordinación se hubiere creado el programa y que lo divulgare bajo su nombre. El tercer supuesto no influye en la titularidad del derecho de autor sobre cada programa unitario independiente.

2.6.8. No se prevé en el Proyecto la posibilidad de que el Estado sea cesionario de los derechos de explotación de una obra. Así como el Estatuto de la Propiedad Industrial y la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria de 1939 preveían la posibilidad de que el Estado adquiriera patentes —la LODI se refiere en su artículo 16 concretamente a las patentes de invención nacionales o extranjeras—, no se prevé en la Ley de 1879 la adquisición de los derechos de explotación de una obra por el Estado. Debe entenderse, sin embargo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley del Patrimonio del Estado, que el Estado puede adquirir tales derechos, a cuyo efecto es preciso Decreto acordado en Consejo de Ministros, y en caso de que la explotación no esté encomendada a un departamento u organismo en virtud de un Decreto, la explotación corresponde al Ministerio de Hacienda (art. 9.º, 6). Según el artículo 99 de la misma Ley, es posible la explotación por el Estado de un programa que ya haya entrado en el dominio público, sin que ello devengue derecho alguno en su favor.

2.6.9. En alguna ocasión se ha propugnado que los programas creados por funcionarios o personal laboral al servicio del Estado en el ejercicio de sus respectivas funciones debieran pasar directamente al dominio público. Dado el espíritu del Proyecto, expresado en el artículo 14, no es posible con arreglo al Proyecto admitir esta solución; únicamente cabe la cesión del autor o creador a favor del Estado como un cesionario más, siempre que se siga el cauce de los artículos 96 a 99 de la Ley del Patrimonio del Estado.

## 2.7. *Contenido del derecho*

2.7.1. Lo referente al contenido del derecho de autor sobre los programas comprende dos grandes órdenes de cuestiones:

- a) Facultades anejas al derecho de autor, que a su vez comprenden las relativas al derecho moral y al derecho patrimonial del autor; y
- b) Medios coactivos de hacer valer los derechos sobre el programa.

2.7.2. Una primera cuestión hace referencia a la duración del derecho de autor. Así como la propiedad, en el sentido del artículo 348 del Código Civil, propiedad romana, etc., no tiene límite en el tiempo, la

propiedad intelectual se caracteriza porque tiene una duración limitada. La norma general comprende varias facetas. Por una parte la duración del derecho moral del autor, según el mismo, se define en los apartados 3 y 4 del artículo 14, o sea, las facultades consistentes en exigir el reconocimiento de su condición de autor de las obras, y en exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación. Estas facultades se transmiten por herencia y su ejercicio corresponde, *sin límite de tiempo*, a sus herederos, testamentarios o legítimos (art. 15). En cambio la facultad aneja al derecho moral, que consiste en decidir si la obra ha de ser divulgada y en qué forma (ap. 1 del art. 14), se ejerce por un máximo de sesenta años después de la muerte o declaración de fallecimiento del autor.

2.7.3. De otra parte tenemos los derechos de explotación de la obra. Según el artículo 26 del Proyecto, su duración abarca toda la vida del autor más sesenta años después de su fallecimiento.

2.7.4. Los Convenios de Berna y Ginebra matizan la duración de la protección —sin precisar si la protección se contrae a la explotación o comprende asimismo el derecho moral de autor— en función de la clase de obra. El plazo mínimo previsto a tal efecto lo fija el artículo IV del Convenio de Ginebra, en su apartado 3, en diez años desde la fecha de la primera publicación en el caso de las obras de artes aplicadas. El mínimo normal es de veinticinco años.

2.7.5. El artículo 96 del Proyecto contempla la duración del derecho de explotación sobre un programa. Nada dice de la duración del derecho moral, por lo cual hay que entender que es aplicable a los programas lo dispuesto en los artículos 14 y 15. En cambio la duración del derecho de explotación queda limitada a cincuenta años, a contar del 1 de enero del año siguiente al de su publicación o al de su creación si no se hubiera publicado. A este respecto, el legislador tenía ante sí dos grandes opciones: o no decir nada, en cuyo caso se habría aplicado a los programas la norma general del artículo 26, vida del creador más sesenta años, o fijar un plazo específico, como ha hecho. La primera opción podría haber sido válida si se tiene en cuenta que los programas pierden valor de explotación rápidamente, al compás de la evolución tecnológica. Hoy día carece de valor un programa concebido para ordenadores de la segunda o tercera generación. El caso se asemeja al de la música *pop* o *rock*, que pierde vigencia social y artística rápidamente. Pero así como esta música puede renacer en los casos de *revival*, no sucede lo mismo con los programas concebidos para sistemas obsoletos. De ahí que el que se hubiera sometido el programa a la norma general del artículo 26 no

habría tenido un alcance especial en la práctica. El Proyecto de febrero de 1986 limitaba la duración a veinte años, concordando con la Ley francesa y con las disposiciones-tipo de la OMPI. Esta reducción del plazo es conforme con lo dispuesto en el Convenio de Berna, que permite que en el caso de las obras de artes aplicadas la duración mínima sea de veinticinco años (art. 7.º, 3) y el de Ginebra de diez (art. IV, 3). Durante el primer trámite parlamentario correspondiente al Proyecto de febrero formularon enmiendas a este punto el Grupo Popular del Congreso y el de la Minoría Catalana, en el sentido de elevar dicho plazo a cincuenta años, apoyándose al efecto en que de esta forma la Ley quedaría más en consonancia con las normas del Convenio de Berna, cuyo artículo 7.º, 1, establece el principio de que la protección de la obra se extiende a la vida del autor más cincuenta años. La sola invocación del artículo 7.º del Convenio de Berna no ofrece una base demasiado sólida, puesto que el propio precepto matiza la duración en función de la clase de obra, fijando un mínimo de veinticinco años en el caso de las obras de artes aplicadas. La Ley francesa de 1985 ha sido criticada y tachada de anticonstitucional por haber fijado el plazo de veinticinco años a tal efecto, debido a que con ello la Ley, de hecho, encuadra los programas en la clase de obras de artes aplicadas.

2.7.6. En cualquier caso, el texto del artículo 96 no ha quedado del todo preciso. Por una parte fija indistintamente dos momentos para el cómputo del plazo: la creación o la publicación. Por otra queda imprecisa la naturaleza del programa como obra de arte aplicada, ya que —v esto es una característica general del Proyecto— la clasificación de las obras en literarias, artísticas o científicas no tiene un reflejo en el régimen jurídico de las obras. Sin embargo, en principio, no habría dificultad conceptual grave para considerar el programa como obra de arte aplicada, en cuyo caso se encuadraría perfectamente en la norma del artículo IV, 3, del Convenio de Ginebra, que fija la protección en diez años. La extinción del derecho de explotación da lugar al paso del programa al dominio público, como en el caso de cualquier obra, a tenor de lo previsto en el artículo 41 del Proyecto.

2.7.7. El derecho moral de autor, irrenunciable e inalienable, comprende, en el caso de los programas, las facultades que se enumeran en el párrafo único del artículo 14, excepto la que se define en el apartado 7, ya que al parecer está concebida para casos de obras que por su naturaleza constituyen un *opus unicum*, como una escultura, un cuadro, etcétera. Así se infiere del segundo párrafo de dicho apartado, que prohíbe el desplazamiento de la obra, etc.

2.7.8. El derecho de explotación constituye un derecho real (10) que grava el derecho de autor al modo de los derechos limitativos del dominio y restringe las facultades exclusivas del autor y de sus causahabientes. El Proyecto permite distinguir los conceptos de cesión pura y simple y de cesión en exclusiva, como resulta de los artículos 50, 48 y 49, respectivamente. La cesión en exclusiva implica la facultad de prohibir el uso o explotación de la obra. Así se deduce del artículo 48, párrafo primero, proposición primera. Esta doble modalidad es aplicable asimismo a los programas de ordenador. El artículo 97 abunda en la idea del precepto citado al disponer que el autor, salvo pacto en contrario, no podrá oponerse a que el cesionario de los derechos de explotación realice o autorice versiones sucesivas de su programa ni de programas derivados del mismo.

2.7.9. El derecho de explotación del programa comprende, como en el caso de cualquier obra, el derecho exclusivo a explotarla en cualquier forma, y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, a tenor de la fórmula general del artículo 17 del Proyecto. En el caso de los programas, el artículo 98, 1, añade una modalidad especial: el derecho de uso, y sus apartados 2, 3 y 4 matizan lo que debe entenderse por reproducción y transformación del programa.

2.7.10. Hay que entender, por tanto, que, no obstante el rigor de la norma del artículo 14 del Proyecto, el derecho a explotar un programa puede cederse, al igual que el derecho a explotar cualquier otra obra. No hay un precepto en el Proyecto que así lo diga expresamente, pero se infiere claramente de varios preceptos, como el 17, el 23 y otros. El artículo 98, 1, prevé la cesión del uso como una forma especial de cesión de la explotación, la cesión del derecho de uso, que permite utilizar el programa, conservando el cedente la propiedad. Si lo que se cede es sólo el uso, ¿qué facultades conserva el autor? Es evidente que el derecho moral sigue correspondiéndole. Dado que, por otra parte, la *propiedad* de una obra comprende el derecho moral y además el derecho patrimonial o de explotación, puede entenderse que el que cede solamente el derecho de uso se reserva las demás facultades que el artículo 17 enumera. Es decir, el autor conserva, a pesar de haber cedido el derecho de uso, los derechos de reproducción, comunicar públicamente y transformar el programa. Esta modalidad de contratación se explica porque en la práctica habitual los proveedores de programas no venden los programas, salvo en el caso de los creados por microordenadores, en los que, como quedó dicho, cabe un contrato de edición y una venta de ejemplares al amparo de

---

(10) HUBMANN, H., *op. cit.*, págs. 188-189.

la distinción entre obra y soporte físico. La práctica contractual más extendida consiste en dar bajo licencia de uso los programas de acuerdo con unos complejos contratos de adhesión. Este contrato de licencia de uso tiene además difícil acomodo en los tipos ordinarios de contratación, puesto que el Código Civil considera arrendamiento el uso de una cosa, pero por tiempo determinado y siempre que se trate de cosas fungibles. El uso por tiempo ilimitado, a título oneroso, y de cosas no enteramente fungibles —pues aun cuando un programa no sea *opus unicum* no es sustituible normalmente— no se encuadra en ninguno de los tipos usuales. Dado, por otra parte, lo leonino de estos contratos, en general el legislador ha estimado necesario, cuando menos, definir un tipo específico de contrato con el fin de aclarar ideas y limitar posibles abusos.

2.7.11. Los apartados 2 y 3 del artículo 98 contemplan la reproducción como facultad aneja al derecho de explotación. Estos dos preceptos tocan la *vexata quaestio* de lo que deba entenderse por reproducción, sobre todo en relación con la carga del programa en memoria. El problema se ha planteado a todos los niveles en la bibliografía, en la jurisprudencia, en informes oficiales. La cuestión es la siguiente: ¿Debe entenderse por reproducción, en el sentido específico de acto contrario al derecho de autor, la sola introducción de un programa en memoria de ordenador? O usando los términos del artículo 9.º del Convenio de Berna, ¿tiene el autor del programa el derecho exclusivo de autorizar su introducción en memoria, cualquiera que sea el uso a que tal introducción sirviere? La cuestión fue contemplada con todo detenimiento en el Informe Whitford (11), cuyos párrafos 498 y 499 definen lo que debe entenderse por «uso» de un programa. El Informe reconocía que no podía considerarse que el mero hecho de seguir lo previsto en las instrucciones de un programa no es mayor violación del derecho de autor que hacer un viaje siguiendo un itinerario sugerido en una guía, cocinar un plato siguiendo las indicaciones de una receta o jugar un juego de acuerdo con las reglas respectivas. Lo contrario sería admitir que el derecho de autor protege meras ideas y no la forma de expresión de las ideas. También reconocía el Informe que, dado que el uso es algo que se hace en privado, es prácticamente imposible probar una violación del derecho de autor por el uso del programa. Frente a estos argumentos, que aconsejaban excluir el «uso» como acto prohibido, la mayoría del Comité Whitford defendió la postura contraria, sosteniendo que la finalidad que persigue el creador de

---

(11) *Copyright and Designs Laws* (Report of the Committee to consider the law on copyright and designs chaired by the Honourable Mr. Justice Whitford), Cmnd. 6732. Véase también el informe titulado *Reform of the Law relating to copyright, Designs and Performers' Protection*. A consultative Document, Cmnd. 8302 (en especial el capítulo 8).

una obra en esta forma específica del programa es explotarla mediante su uso, y es el uso lo que permite a su creador contar con un provecho o beneficio de su creación. La consecuencia fue recomendar que se incluyera el uso entre los actos prohibidos, siendo recogida la idea en la Ley de Derecho de Autor, cuyo artículo 2.º dice expresamente: «Las referencias contenidas en la Ley de Derecho de Autor de 1956 a la reducción de una obra a forma material o a la reproducción de una obra en forma material se entenderán extensivas al almacenamiento de la obra en un ordenador» (12).

2.7.13. El artículo 18 del Proyecto define la reproducción como « fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella». La carga del programa en memoria no es una condición necesaria para que sea posible la comunicación ni la obtención de copias, pues una y otra cosa pueden lograrse por otros medios. Por otra parte, resulta contradictorio que si para usar un programa es preciso cargarlo en memoria, la sola carga requiera una autorización. Equivaldría a tener que pagar por leer un libro cada vez que se leyera. Por último cabe la carga del programa para el solo uso, sin intención de comunicar el programa.

2.7.14. El artículo 98 ha tratado de armonizar los intereses del creador —en los términos indicados en el antes citado Informe Whitford, es decir, como la obtención de un lucro mediante el uso del programa por terceros y los del usuario—. En rigor, el conflicto no se da sólo entre los intereses del creador y los del usuario. El problema es más profundo. El reconocimiento del derecho a la creación intelectual no debe ser a la vez un obstáculo al libre uso de tales creaciones. De ahí la necesidad de llegar a una composición de los intereses contrapuestos del creador y del usuario. Sin embargo, el precepto se ha vencido del lado del creador. Así el apartado 2 dispone que la reproducción de un programa, «incluso para uso personal», exige la autorización del titular del derecho de explotación. Dado que normalmente el titular será una empresa cesionaria de dicho derecho, el beneficio de la creación intelectual se convierte en un activo de empresa. La única excepción es la copia de seguridad. Con ello este apartado 2 concuerda con la Ley francesa de 1985.

2.7.15. El apartado 3 matiza que la sola carga en memoria interna no constituye reproducción a los efectos previstos en el artículo 18. La carga en memoria externa sí será reproducción a tal efecto, quizá por estimar que la transferencia o «volcado» de un programa en disco, disco flexible o cinta magnética permite presumir que con la misma se pretende crear una copia. La carga en memoria interna debe hacerse sólo para

---

(12) Véase la referencia de la Ley en nota 3.

la utilización del programa por el usuario. Pero en tal supuesto es precisa la comunicación al titular del derecho de explotación. Esta comunicación puede ser un acto *a posteriori*, pues en caso contrario se identificaría con la autorización previa. En el Proyecto de febrero se decía únicamente «a los solos efectos de su utilización por el usuario». Recogiendo enmiendas propuestas por la Minoría Catalana y el Grupo Popular se añadió a esta frase la palabra «autorizado» por estimar que se confería una mayor precisión al texto. El texto del Proyecto de noviembre ha introducido una limitación adicional. Si el Proyecto de febrero sólo exigía comunicar al titular del derecho de explotación la introducción en memoria interna, el texto del Proyecto en noviembre ha añadido la frase «cuando así se hubiere pactado». Habrá que entender que lo pactado será la introducción del programa en memoria a los efectos de su utilización por el usuario. La otra interpretación posible es la que limita la comunicación de tal hecho a los casos en que así se hubiere pactado.

2.7.16. Por lo que se refiere a la noción de transformación, que se define con carácter general en el artículo 21, el apartado 4 del artículo 98 aclara que la adaptación de un programa hecha por el usuario para la utilización exclusiva por éste no constituye transformación. La consecuencia de esta matización consiste en que, en contra de la norma general del artículo 21, 2, los derechos de propiedad intelectual sobre el programa resultante de la adaptación no corresponden al usuario en cuanto autor de la adaptación, como sería el caso si se aplicara dicho precepto, sino que siguen correspondiendo al titular de los derechos de propiedad intelectual. Naturalmente, cuando el artículo 21, 2, habla de «derechos de propiedad intelectual» debe entenderse, en razón de la *sedes materiae*, que se refiere sólo a los derechos de explotación. Aparece por tanto nuevamente en este precepto la distinción entre autor, titular del derecho de explotación y titular del derecho de uso, que va se recoge en el apartado 1 del mismo artículo 98.

2.7.17. Tres medios prevé el Proyecto para hacer valer los derechos de propiedad intelectual en general que son plenamente aplicables a los programas:

- a) El registro.
- b) Las medidas cautelares de protección urgente previstas en los artículos 123 a 128; y
- c) Los delitos contra la propiedad intelectual, que la disposición adicional tercera incorpora al Código Penal.

2.7.17.1. El Proyecto no atribuye al registro de las obras eficacia constitutiva, al contrario de la Ley de 1879. El valor de la inscripción tiene solamente el valor de una presunción *iuris tantum* de que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el artículo respectivo (art. 130, 3). La inscripción constitutiva sería compatible con el Convenio de Ginebra y con el artículo 1.º del Proyecto. La especialidad del programa en cuanto obra requerirá que en el Reglamento que el apartado 5 del artículo 130 prevé se preste la debida atención a las modalidades y procedimiento del depósito y la inscripción, más o menos en términos parecidos a los de la instrucción de la Oficina de la Propiedad Intelectual de los Estados Unidos. La inscripción servirá en todo caso como prueba no sólo de la existencia de los derechos, sino de la anterioridad de un programa con respecto a una posible imitación. Esta cuestión deberá ser regulada asimismo en el Reglamento. El texto del Proyecto de noviembre ha añadido al artículo 99 un segundo párrafo, que deja al desarrollo reglamentario la determinación de los elementos de los programas registrados que serán objeto de consulta pública. Aparece aquí el problema de la extensión que debe darse a la publicidad registral en función de los intereses del creador y del usuario. La memoria de las disposiciones-tipo de la OMPI señalaba que el excesivo secreto de los programas podía ser perjudicial para el creador o proveedor, pues si bien el secreto impide o dificulta la copia no autorizada, también evita que los usuarios sepan que existe el programa (13). El Derecho comparado sólo conoce la solución del Derecho norteamericano que ha regulado esta cuestión mediante la Circular RG1 de la Oficina de la Propiedad Intelectual (*Copyright Registration for Computer Programs*). La Circular requiere el depósito de las partes identificadoras (*identifying portions*) del programa, entendiendo por tales las 25 primeras y últimas páginas o unidades equivalentes del programa, siempre que estuviere reproducido en papel o en microimpreso, unidas a la indicación normalizada. Esta regla, que es la general para el depósito de toda obra impresa, se aplica también a los casos de programas fijados en ejemplares, legibles solamente por máquina. Cabe el depósito en código objeto igualmente, previa garantía escrita del interesado de que el ejemplar en código objeto contiene una obra de autoría. Si se acompañan manuales u otra documentación impresa deben depositarse dos ejemplares completos, unidos a la copia o ejemplar del programa. Conviene tener en cuenta el carác-

---

(13) Ver apartado 10 de la Introducción. El texto de las Disposiciones tipo se recoge en las *Actas y Documentos* de la Conferencia Intergubernamental sobre Estrategias y Políticas en Materia de Informática (Conferencia SPIN, 1978), Madrid, Presidencia del Gobierno, Documentación Informática, serie blanca, 2.1., 1974, páginas 182-194.

ter peculiar y excepcional que el registro ofrece en el Derecho norteamericano de propiedad intelectual (14).

2.7.17.2. A diferencia de la Ley francesa de 1985, no se prevén medidas cautelares específicas para los casos en que el autor sospechare que una persona tiene un programa copiado del creado por él. Según el Proyecto, procede en primer lugar instar el cese de la explotación ilícita de un programa, pudiéndose instar asimismo la destrucción de ejemplares ilícitos y la oportuna indemnización de daños y perjuicios (arts. 123 a 125). También caben las medidas cautelares del artículo 126, consistentes en la intervención judicial de los ingresos obtenidos de la explotación ilícita, la suspensión, asimismo ordenada por la autoridad judicial, de las actividades de reproducción, distribución y comunicación pública, según el caso, así como el secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y del material empleado para la reproducción o comunicación pública. En todo caso, la autoridad judicial sólo ordena estas medidas cautelares a instancia de los titulares de los derechos:

2.7.17.3. El Proyecto prevé la incorporación al Código Penal de un nuevo tipo de delito, que se regularía en un nuevo artículo 534 bis, a), de dicho Código, en el cual se castiga con multa de hasta 600.000 pesetas la realización de actos de explotación (reproducción, distribución o comunicación pública total o parcial) de una obra sin autorización del autor de la obra o de los cesionarios de los derechos de explotación. Habrá que entender que el uso de un programa sin autorización del cesionario del derecho de uso está incluido en la fórmula del precepto propuesto, ya que ni se excluye este supuesto ni el artículo hace distinción alguna al respecto.

MANUEL HEREDERO HIGUERAS  
Doctor en Derecho

---

(14) El Derecho mexicano utiliza un sistema análogo, en virtud de la resolución (Acuerdo 114) del Secretario de Educación Pública, publicada el 8 de octubre de 1984, en la que se daban normas a la Dirección General de Derecho de Autor con relación al registro de los programas. El artículo segundo dispone que para la inscripción de los programas cuyo registro se solicitare, el interesado *podrá* presentar, a su elección, las diez primeras y últimas hojas del programa fuente, del programa objeto o de ambos, acompañando una breve explicación del contenido (art. tercero). Si se presentase el programa escrito en soporte no legible directamente, es decir, distinto de la copia en papel, *debe* acompañar las diez primeras y últimas hojas de una copia en papel, que se devuelven al interesado con las anotaciones correspondientes (art. cuarto).



# Reflexiones sobre la tutela de los obligacionistas en las situaciones de crisis económica de la sociedad emisora

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA TUTELA DE LOS OBLIGACIONISTAS: 1. *Soluciones legales a la organización de los obligacionistas*: 1.1. La «masa» de obligacionistas del Derecho francés. 1.2. La organización de los obligacionistas en el Derecho italiano.—2. *La construcción de los ferrocarriles en España. Un ejemplo de la necesidad de una organización de los obligacionistas ante la crisis económica de la empresa*: 2.1. La Ley de 12 de noviembre de 1869. 2.2. La situación de crisis de las compañías de ferrocarriles en el Código de Comercio de 1885. 2.3. Otros precedentes de la actual tutela colectiva de los obligacionistas: a) La Ley de 19 de septiembre de 1896. b) La Ley de 9 de abril de 1904. c) La Ley de 2 de enero de 1915. d) La Ley de 1 de septiembre de 1939. e) La Ley de 21 de abril de 1949.—3. Estado actual de la tutela de los obligacionistas: 3.1. El problema de la legislación aplicable a las situaciones de crisis de la sociedad emisora. 3.2. La actuación del sindicato en torno a la situación de crisis de la sociedad emisora: a) Motivos que justifican el mantenimiento del sindicato durante el estado de quiebra de la sociedad emisora. b) Ejercicio de la acción colectiva frente a la tutela individual de los derechos. c) Consideración especial del régimen de las obligaciones garantizadas.

## I. PLANTEAMIENTO

El estado actual de la legislación concursal española es cuestión abordada y criticada reiteradamente por nuestra doctrina (1). Sin em-

---

(1) El carácter «fragmentario, asistemático y arcaico» de las normas que configuran el actual Derecho positivo vigente en la materia constituye hoy afirmación común en nuestra doctrina. *Vid.* últ., entre otros, Rojo: «Notas para la reforma de la legislación concursal», *RDM*, núm. 138, 1975, págs. 509 y sigs.; *id.*, «Crisis de la empresa y procedimientos concursales», *AAMN*, XXIV, 1981, págs. 251 y sigs.; *id.*, «Crisis de la empresa y crisis de los procedimientos concursales», *RDCO*,

bargo, no sería acertado afirmar que ese estado crítico se debe exclusivamente a la obsolescencia de los sistemas que tratan de dar una solución a las situaciones de crisis económica del empresario: las críticas parten, por el contrario, de algo más fundamental para poder abordar con éxito el estudio del «modelo» contenido en nuestro ordenamiento jurídico: la *falta de coherencia* entre las normas de Derecho material que configuran el vigente Derecho concursal español, lo que conduce a una *confusión generalizada*, que afecta a los puntos más importantes de este ordenamiento (2). Mas, al aceptar ésta como premisa mayor del problema, conviene no olvidar la existencia de otras premisas —que nos atrevemos a calificar de menores— que también inciden sobremanera en la constante búsqueda de posibles soluciones que pudieran ser válidas actualmente para intentar conciliar los distintos intereses enfrentados cuando se produce la insolvencia del empresario. Sin tratar de establecer nin-

---

1981, págs. 269 y sigs.; OLIVENCIA: «El derecho concursal: modernas orientaciones y perspectivas de la reforma», en *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979, págs. 315 y sigs.; *id.*, «La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio», en *Centenario del Código de Comercio*, I, Madrid, 1986, páginas 341 y sigs.; ILLESCAS ORTIZ: «Apuntes para una reforma del Derecho concursal español», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados*, Sevilla, enero-abril 1977, págs. 6 y sigs.; JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Ante una posible reforma del Derecho concursal español*, discurso de apertura del curso académico 1978-79 en la Universidad de Sevilla, 1978; VICENT CHULIÁ: «En vísperas de la reforma del Derecho concursal español», *RJC*, 1978, págs. 919 y sigs.; *id.*, «El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas de reforma», *RJC*, 1979, páginas 669 y sigs.; DUQUE: «Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma», *ADC*, 1980, págs. 29 y sigs.; POLO, A.: «Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento jurídico mercantil. La unidad del nuevo ordenamiento concursal», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, págs. 547 y sigs.; JIMÉNEZ DE PARGA, R.: «Rasgos esenciales del Anteproyecto de Ley Reguladora del Régimen Concursal», *Actualidad Jurídica*, I, 1981, págs. 15 y sigs.; DE LA OLIVA SANTOS-DE LA CUESTA RUTE: «Algunas orientaciones para la reforma del Derecho concursal», *R. D. Proc.*, 1977, págs. 642 y sigs.; VACAS MEDINA: «La reforma de nuestra legislación concursal», *Poder Judicial*, núm. 5, 1982, págs. 53 y sigs., y núm. 6, 1983, págs. 71 y sigs.; *id.*, «La reforma del Derecho concursal», *RGD*, 1983, págs. 1036 y 1081 y siguientes; *id.*, «Crítica a los procedimientos concursales vigentes», en *Jornadas de Derecho procesal* (Consejo General del Poder Judicial), Madrid, 1984, págs. 145 y sigs.; PRIETO CASTRO: *Procedimientos concursales*, 2.ª ed., Madrid, 1986. Igualmente ilustrativos son los recientes estudios monográficos: *La reforma del Derecho de quiebra* (Jornadas sobre la Reforma del Derecho Concursal Español), Madrid, 1982; *Crisis económica y Derecho concursal*, Madrid, 1984, y «Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal», *Rev. Fac. Dcho. Universidad Complutense*, número 8, Madrid, marzo de 1985, en los que colaboran, entre otros, OLIVENCIA, ROJO, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GIRÓN, GONDRA, VERDERA, GARCÍA VILLAVARDE y VACAS MEDINA.

(2) Cfr. VICENT CHULIÁ: *En vísperas de la reforma*, cit., págs. 935 y sigs. Vid. también, GIRÓN: «Introducción (temario para una encuesta)», en *Estudios sobre el Anteproyecto*, cit., págs. 9 y sigs.; OLIVENCIA: *La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio*, cit., págs. 381 y sigs.

guna prelación, cabe hacer referencia, por un lado, a la revisión constante a que ha sido sometida la sanción de tipo personal que conlleva un sistema de liquidación de los bienes del deudor para satisfacer a sus acreedores (3). Igualmente, la cada vez más fuerte tendencia socializadora del Derecho, en general, obliga a la tutela de intereses que, en el momento en que fueron aprobadas las normas aún vigentes, no merecían apenas atención; tal es el caso, entre otros, de la conservación de los puestos de trabajo (4). Por último, no puede olvidarse la importancia que poseen todos los factores que intervienen en un proceso productivo y que, en definitiva, son los encargados de dibujar el estado económico de un país en un momento dado, por lo que la protección de determinados sectores productivos, dada su incidencia en la economía, también habrá de ser tenida en cuenta para configurar el nuevo sistema. Todo ello, unido a la reducción de los costes económicos que supone la conservación de la empresa frente a su liquidación, y a la falta de operatividad de los procedimientos concursales tradicionales, ha llevado —en definitiva— a la búsqueda de vías alternativas de solución a las crisis, forjándose nuevas tendencias basadas en los elementos anteriormente mencionados, para las que prevalece la idea de la *reorganización y conservación* de la empresa frente a su posible liquidación. Dichos sistemas o vías alternativas de solución a la crisis económica de la empresa gozan hoy de gran actualidad, tanto entre los protagonistas de la actividad empresarial

---

(3) Vid. SANTINI: «Soluciones jurídicas al estado de crisis de la empresa en los sistemas de economía de mercado», en *La reforma*, cit., págs. 33 y sigs.; BISBAL: *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras (una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*, Bolonia, 1986, págs. 29 y 90 y sigs., especialmente págs. 94-96.

(4) Aunque los créditos salariales tienen la condición de singularmente privilegiados y gozan de preferencia sobre cualquier otro crédito a la hora de configurar la prelación de los acreedores de la quiebra (arts. 913, 1.º, y 914, 2.º, del Código de Comercio, y art. 32, núms. 1, 2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores); la conservación de los puestos de trabajo goza en la actualidad de mayor relevancia desde un punto de vista socio-económico. En épocas en las que la confluencia de factores tales como la persistente crisis económica y la profunda transformación llevada a cabo en los sistemas de producción, a consecuencia de la instauración de nuevas tecnologías, produce la progresiva disminución de la demanda de mano de obra no cualificada y de escasa cualificación, la conservación del puesto de trabajo se convierte en una cuestión trascendente para los sectores más deprimidos de una sociedad industrializada. Buena prueba de la consideración que merece este fenómeno lo constituye la Ley de 26 de julio de 1984, sobre reconversión y reindustrialización, en la que las medidas laborales que rodean a un sector o grupo de empresas, cuando se encuentre en «una situación de crisis de especial gravedad y la recuperación del mismo se considere de interés general», constituyen un elemento esencial que condiciona los objetivos marcados por la propia Ley (arts. 16 a 23). Para un estudio detallado del tema, vid. RÍOS SALMERÓN: *Los privilegios del crédito salarial*, Madrid, 1984, especialmente págs. 37 y sigs. y 305 y sigs.

como entre los estudiosos del fenómeno (5), porque parece incuestionable que el cambio producido entre los distintos intereses en juego ha influido de modo definitivo para que la solución tradicional de la quiebra haya quedado relegada a un oscuro segundo plano.

De este modo, descartada la sanción individual y la liquidación del patrimonio del deudor como soluciones óptimas para tratar de conjugar aquellos intereses, se produce —por medio del saneamiento y conservación de la empresas en crisis— una alteración en los objetivos perseguidos por las viejas normas aún vigentes, la mayoría de las cuales tiene su origen en las situaciones planteadas en el siglo XIX, recogidas en el actual Código de Comercio, en el que el destinatario por excelencia de la disciplina concursal no es otro que el comerciante-empresario individual (6).

No cabe duda que las condiciones sociales y económicas de hoy son diametralmente opuestas a las que dieron fundamento al sistema concursal que desemboca en la quiebra del empresario, y, por tanto, igualmente distintos deben ser los procedimientos que canalicen las crisis empresariales. Sin embargo, a pesar de existir un cierto consenso en la falta de operatividad del sistema de quiebra, y, por consiguiente, en la necesidad de hallar nuevas soluciones, en nuestro país éstas todavía no son más que meros apuntes de una realidad que carece del marco normativo general adecuado.

Así pues, dado el cúmulo de circunstancias señaladas, el panorama que se percibe desde las perspectivas de solución de la crisis de la empresa antes apuntadas, puede dar lugar a una fuente casi inagotable de cuestiones a resolver, entre las que va a merecer nuestra atención la referente a la clase especial de acreedores denominados obligacionistas, que tienen su causa en las emisiones de títulos de renta fija realizadas en serie por la sociedad para satisfacer su necesidad de atraer nuevos recursos orientados a la cobertura de sus operaciones.

Es cierto que los obligacionistas son acreedores sociales y, en consecuencia —de igual modo que sucede con el resto de los acreedores—, gozan de la tutela que emana del ordenamiento en general para la satisfacción de sus créditos; no obstante, las especiales características que derivan de una emisión de obligaciones —entre las que merecen destacarse la pluralidad de sujetos que acuden a la llamada de la emisión, así como la prolongada duración en el tiempo por el cual se emiten

---

(5) Vid., entre otros, Rojo: *Crisis de la empresa*, cit., págs. 254 y sigs.; GARCÍA VILLAVERDE: «Instituciones concursales y paraconcursoales: El ámbito de una reforma», en *Estudios sobre el Anteproyecto*, cit., págs. 189 y sigs., especialmente págs. 202 y sigs.

(6) Vid. Rojo, *ob. últ. cit.*, pág. 254.

los títulos— han aconsejado al legislador ofrecerles una singular consideración. De este modo, se establece un régimen especial de protección de los obligacionistas que les desvincula del resto de los acreedores cuando se trata de la defensa de sus legítimos intereses, y que, a la vez, sirve de vehículo a sus relaciones con la sociedad emisora de los títulos.

Llegados a este punto, es necesario fijar nuestra atención en el planteamiento de las posibles vías de solución a los conflictos que pueden surgir entre la sociedad emisora de los títulos y sus obligacionistas cuando aquélla se enfrenta a su propia crisis económica; ha de añadirse que el estudio que se desarrolla a continuación se centra más bien en aquellos aspectos concernientes a la tutela colectiva de los intereses comunes de los obligacionistas frente a su actuación individual y aislada, así como en los problemas que suscita dicha tutela colectiva a la luz de la legislación vigente en materia de insolvencia del empresario.

## II. LA TUTELA DE LOS OBLIGACIONISTAS

Parece que la práctica de emitir obligaciones por las sociedades anónimas se inicia realmente a mediados del siglo XIX (7). A pesar de que algunos autores han querido ver ciertas manifestaciones de la tutela de los intereses de los obligacionistas en el estudio de las compañías coloniales de los siglos XVII y XVIII, lo cierto es que la información histórica disponible hace aventurado suponer que antes del siglo XIX existieran muestras inequívocas de que, al emitirse obligaciones (o títulos similares), se crearan agrupaciones para tutelar colectivamente los intereses comunes de los tenedores de los títulos (8). Es cierto que no faltan antecedentes más remotos que los aficionados a los datos eruditos acostumbran a traer a colación en esta sede; pero el estudio de los orígenes y el desarrollo de la emisión de obligaciones no ofrece por el momento fiabilidad, por

---

(7) Vid. THALLER, E.: *Traité élémentaire de Droit commercial*, 8.ª ed., París, 1930, pág. 468; PIC: *Traité général théorique et pratique de Droit commercial*, III, 2.ª ed., París, 1926, pág. 284; ESCARRA: *Traité théorique et pratique de l'organisation des obligataires (Groupement et représentation)*, París, 1922, págs. 6 y sigs.; HUREAU: *Les pouvoirs des assemblées d'obligataires*, París, 1948, págs. 8 y sigs.

(8) Ciertamente interesante respecto a la cuestión que se suscita resulta la obra de WAHL, A.: *Traité théorique et pratique des titres au porteur*, París, 1891, páginas 157 y sigs., donde el autor señala que la *Compañía holandesa de las Indias Orientales* emitió, ya en el siglo XVII, obligaciones, e igualmente se intentaron elaborar proyectos de emisión en Francia para las *Compañías de Indias*, pero sin que llegaran a prosperar. Sin embargo, dada la naturaleza de las compañías coloniales es difícil aceptar estos antecedentes como primeras manifestaciones de una emisión privada, pues las obligaciones de las citadas Compañías, aun cuando gozaran de dividendo o interés fijo, no pasaban de ser —como refleja el citado autor— *acciones rentistas*.

lo que resulta aconsejable hacer sólo una estimación suficiente de aquellos antecedentes que parecen mejor analizados (9). En este sentido, los empréstitos públicos empleados por los distintos Estados para obtener recursos y atender gastos de la más variada índole pueden considerarse como una manifestación incipiente del fenómeno aludido, que, con el transcurso del tiempo, vino a ser el método utilizado en la actividad privada para hacer frente a la expansión financiera de la sociedad anónima sin necesidad de acudir a la ampliación del propio capital (10).

(9) Sin duda, en este lugar es preciso citar el trabajo de ESCARRA: «Introduction pour une étude de Droit commercial comparé sur l'organisation légale des porteurs d'obligations. Les précédents», editado en *Annales de l'Université de Grenoble*, XXI, Grenoble, 1919, págs. 8 y sigs., donde (siguiendo a P. ROTA: *Storia delle Banche*, Milán, 1874, págs. 125-126) fija la fecha de 1148 como el momento en que en Génova se establece un empréstito para cubrir los gastos de una expedición dirigida contra Almería y Tolosa, y para lo cual los prestamistas constituyeron una sociedad denominada *compera* o *scritta*, con administradores (*consoli*) encargados de la gestión del préstamo. Igualmente interesantes, aunque sin la precisión de los datos aportados por ESCARRA, son las investigaciones de origen histórico de GOLDSCHMIDT, para quien en el año 1100 ya existían las *comperes* en Venecia, aunque no recibieran ese nombre, mientras que en Génova la *maona* aparece hacia 1141, reseñando el ejemplo de la constituida en 1149 para sufragar los gastos de la campaña militar de Tortosa [vid. *Storia universale del Diritto commerciale* (trad. por POUCHAIN y SCIALOJA), Turín, 1913, págs. 229 y sigs. y nota 190].

(10) Hasta la Edad Media la financiación y ejecución de obras importantes se realizó mediante formas sensiblemente distintas a las que se emplean modernamente. De modo general, se puede afirmar que el Estado era el encargado de llevar a cabo tales cometidos y, con el fin de obtener los fondos necesarios para su ejecución, se valió de los privilegios que la situación le otorgaba [vid. GEORGES, J. M.: *La dette publique. Histoire de la rente française*, París, 1884, pág. 14; PIRENNE: *Histoire économique de l'Occident Médiéval*, Bruselas, 1951, págs. 258 y sigs.; BRAUDEL: *El Mediterráneo y el mundo mediterráneo en la época de Felipe II* (trad. por M. Monforte, W. Rocas y V. Simón), II, 2.ª ed. (1.ª reimpr.), Madrid, 1980, págs. 56 y sigs.]. Por otra parte, tanto en la antigüedad como en la Edad Media, la economía era doméstica y fundamentalmente agrícola, la industria revestía la forma de artesanado y el comercio era local, por lo que se requerían pocos capitales y, sobre todo, pocos préstamos de capital [vid. VIVANTE: *Trattato di Diritto commerciale*, I, 3.ª ed., Milán, s/f. (s.e. 1908-1910), págs. 22 y sigs.; SCHMIDT, M. G.: *Historia del comercio mundial* (trad. por Sánchez Sarto), Barcelona, 1927, págs. 81 y sigs.; ROCCO: *Principios de Derecho mercantil* (trad. por J. Garrigues), Madrid, 1931, págs. 5 y sigs.]. En tales condiciones, resulta natural que las obras de consideración fueran realizadas por el Estado, y que fuera éste el primero en recurrir a los empréstitos de aportación pública para proveerse de los recursos necesarios para emprenderlas, si bien la excepción a esta tónica general se encuentra en las aportaciones gratuitas efectuadas para la construcción de las catedrales y la financiación de las cruzadas (vid. MOREAU NERET: *Les valeurs mobilières*, I. París, 1939, pág. 29).

Así pues, nos encontramos con que ya a comienzos del siglo XII existían en el norte de Italia (tanto en Venecia como en Génova) agrupaciones de prestamistas del Estado (*maona*, *compera*), que lógicamente tienen su origen en la previa existencia de un empréstito, y que muy probablemente surgen a consecuencia de la similitud de intereses existentes entre los prestamistas y ante el temor de un incumplimiento de sus compromisos por parte del Estado. Para el reembolso del

Por tanto, parece oportuno fijar la atención en las emisiones privadas de obligaciones que comenzaron a realizarse a mediados del siglo XIX, para atender, esencialmente, a la demanda de capitales que precisaron las grandes obras de ingeniería, como el punto de partida de las primeras manifestaciones de una organización de carácter convencional que agrupaba en su seno a todos los obligacionistas pertenecientes a una misma emisión, con el fin de defender sus intereses ante la sociedad emisora de los títulos cuando ésta hubiera dejado de cumplir alguna de las condiciones pactadas en el contrato de emisión.

# 1. SOLUCIONES LEGALES A LA ORGANIZACIÓN DE LOS OBLIGACIONISTAS

Aunque las primeras agrupaciones u organizaciones nacieron con carácter convencional, las sociedades emisoras y los obligacionistas advirtieron pronto las ventajas que aquéllas reportaban a unos y otros, multiplicándose el número de organizaciones en grado tal que a principios

crédito se establecieron desde un principio diversos sistemas de amortización, y a este fin se afectaba el producto de determinados impuestos, que, a su vez, constituían una garantía. En un principio las agrupaciones no intervenían en la administración de la garantía; sus funciones se concretaban en hacer las anotaciones de las transferencias de los títulos en el registro y en obtener el pago de los intereses para repartirlos entre sus miembros. Es necesario esperar hasta 1325, fecha aceptada generalmente como el comienzo de la actuación de los representantes de los acreedores (*protectores comperarum capituli*) en la administración de la garantía ofrecida por el Estado de Génova a quienes atendieron a sus llamadas a un préstamo colectivo, para encontrar unos antecedentes —si bien remotos y vinculados a una emisión de deuda pública— de una organización de prestadores de recursos financieros. Para un estudio detallado de la organización del préstamo colectivo del Estado de Génova, así como de la posterior renta del Ayuntamiento de París de 1522, vid. ESCARRA: *Introduction pour une étude de Droit commercial comparé sur l'organisation légale des porteurs d'obligations*, cit.

En este mismo contexto es preciso señalar que la mayoría de las compañías privilegiadas españolas anteriores a 1829 poseen una activa política censualista, por medio de la cual tomaban capital a censo para ayudar a obtener un interés a los ahorros de los colectivos más desprotegidos. Sin embargo, pronto se verá que la política censualista viene a completar un capital no suscrito enteramente, para arriesgarse en empresas superiores a sus disponibilidades o para encubrir pérdidas con la esperanza de una pronta recuperación ante la imposibilidad —por falta de crédito— de emitir nuevas acciones.

El censualista acudía a la compañía para colocar su dinero con menos riesgo, pues recibiría un módico interés fijo anual, estimado en un 3 por 100. Podía en teoría recuperar su capital con mayor facilidad que la que proporcionaba a los accionistas el escaso mercado de capitales, en un plazo que —legalmente— oscilaba entre tres y seis meses. A cambio, renunciaba a los altos dividendos de unas asociaciones que se prometían prósperas.

Ninguna de las compañías estudiadas respondió al pago de sus colectivos de censualistas más allá de su primer trienio de vida, y éstos se vieron envueltos en la decadencia general de los cuerpos privilegiados [cfr. MATILLA QUIZÁ: *El sistema capitalista español en la época liberal* (tesis), Madrid, 1986, págs. 240 y sigs.].

del siglo actual eran raras las emisiones realizadas en cuyas cláusulas no se estableciera, como una condición de la operación, la constitución de una sociedad civil o una asociación sindical de obligacionistas (11). En algunos países se habían dictado ya, en ese momento, disposiciones que imponían la agrupación *forzosa y permanente* de los obligacionistas (12). Ésas distintas soluciones ensayadas por otros ordenamientos poseen un estimable interés en orden a valorar la necesidad de una organización colectiva de los obligacionistas; sin embargo, parece oportuno detenernos —siquiera brevemente— en las adoptadas por el Derecho francés e italiano, en la medida que ambas suponen un importante punto de referencia para el tratamiento del tema en nuestro propio país.

### 1.1. La «masa» de obligaciones del Derecho francés

El Decreto-ley de 30 de octubre de 1935, sobre protección de los obligacionistas, introdujo la agrupación como un medio legal de «defensa de sus intereses comunes» (art. 10), frente a la práctica anterior en la que —como se ha adelantado— eran las propias sociedades emisoras quienes tomaban con frecuencia la iniciativa de la agrupación (13), esti-

(11) En este sentido, *vid.* THALLER: «Construction du Droit des obligataires sur la notion d'une société qu'existerait entre eux», *Ann. Dr. Comm.*, VIII, 1894, página 66; HUREAU: *Les pouvoirs des assemblées d'obligataires*, cit., pág. 11.

(12) Un primer antecedente de esta naturaleza se encuentra en Suiza, cuya Ley especial de 24 de junio de 1874, sobre la hipoteca de ferrocarriles, exigía, en el segundo párrafo del artículo 15, la constitución de una agrupación de obligacionistas. A Suiza siguen, ya con normas de aplicación general, entre otros, Austria, mediante reforma introducida el 5 de diciembre de 1877 a la Ley de 24 de abril de 1874; Brasil, por Decreto número 2519, de 22 de mayo de 1897; Alemania, según la Ley de 4 de diciembre de 1899; Argentina, mediante la Ley número 8875, de 23 de febrero de 1912; Bélgica, por reformas introducidas a la Ley de 18 de mayo de 1873, el 25 de mayo de 1913 y el 28 de octubre de 1919. *Vid.* VIVANTÉ: *Trattato*, II, cit., págs. 417-418, nota 279; ESCARRA: *Traité théorique et pratique de l'organisation des obligataires*, cit., pág. 15; KREHER, *La défense des obligataires*, París, 1938, págs. 27 y sigs.; GARRIGUES: *Tratado de Derecho mercantil*, I-2, Madrid, 1947, págs. 809 y sigs.; URÍA-MENÉNDEZ, en GARRIGUES-URÍA: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, II, 3.ª ed., Madrid, 1976, pág. 528; ARRILLAGA: *Emisión de obligaciones y protección de los obligacionistas*, Madrid, 1952, pág. 168, lugar en el cual el autor cita la Ley belga de 18 de mayo de 1873, como una de las primeras regulaciones en la materia; PETTITI: *I titoli obbligazionari delle società per azioni*, Milán, 1964, pág. 202.

(13) La doctrina francesa de principios del siglo xx señala unánimemente la gravedad de la laguna que presentaba su ordenamiento respecto al estatuto jurídico de los obligacionistas, que fueron considerados como acreedores de Derecho común, y tratados como tales, hasta 1935 (*vid.*, por todos, WAHL: «Etude sur les titres hypothécaires négociables», *Jour. Soc.*, 1898, págs. 295 y sigs.; ESCARRA, *ob. ult. cit.*, páginas 30 y sigs.; ROUSSEAU, R.: *Traité théorique et pratique des sociétés commerciales françaises et étrangères*, I, París, 1921, págs. 459 y sigs.; HOUPIN-BOSVIEUX: *Traité général des sociétés civiles et commerciales*, I, 6.ª ed., París, 1927, páginas 609 y sigs.). Sin embargo, es preciso considerar que la Ley de 2 de julio

pulando que la suscripción de los títulos comportaba la adhesión de pleno derecho a una sociedad civil o a una asociación. Este mecanismo se utilizaba, en definitiva, para favorecer los intereses de la propia sociedad más que de los suscriptores de los títulos, pues, de este modo, se evitaban ciertamente los problemas que en el futuro pudieran surgir para modificar, por ejemplo, las condiciones de la emisión, algo que, en otro caso, requería el consentimiento individual de todos los titulares de las obligaciones (14). El legislador de 1935 no recurrió a ninguna de las fórmulas conocidas anteriormente para organizar la defensa de los obligacionistas —asociación o sociedad civil—, sino que se sirvió de la noción de *masa*, como una entidad *sui generis*, del mismo modo que se había hecho para la agrupación de portadores de *partes de fundador* en la Ley de 23 de enero de 1919. El Decreto establecía, además, tanto las normas de constitución como las de organización y de funcionamiento, con lo que se trataban de evitar las dificultades que la creación de esta institución pudieran suscitar desde un punto de vista doctrinal.

Con la entrada en vigor de la Ley de 24 de julio de 1966, sobre sociedades mercantiles, todas las obligaciones, sometidas o no al Decreto-ley de 1935, y los titulares de obligaciones emitidas antes del citado Decreto-ley, han quedado bajo su ámbito de aplicación, por lo que se exigió a todos los obligacionistas, formaran o no parte de una sociedad civil, reagruparse en una «masa», sometida a las disposiciones de la mencionada Ley (art. 293, 1.º) (15). En el momento actual, por tanto,

---

de 1919, vigente hasta el 10 de enero de 1923 y relativa al «convenio transaccional entre los comerciantes y sus acreedores por causa general de guerra», creó un régimen temporal que atenuaba los efectos de la quiebra o liquidación judicial de aquellos comerciantes cuyas dificultades tuvieran su consecuencia fundamental en el conflicto bélico o sus efectos. Dicho régimen preveía —como había ocurrido anteriormente en nuestro país con las compañías de ferrocarriles— que, en caso de quiebra o liquidación, los obligacionistas entrarían a formar parte de una *masa independiente* de los demás acreedores, para deliberar y resolver acerca del establecimiento de un convenio (*vid.* ESCARRA, *ob. ult. cit.*, págs. 157 y sigs.; BUISSON: *Les groupements d'obligataires*, París, 1950, pág. 56; KREHER: *La défense des obligataires*, cit., págs. 27 y sigs.; SOLUS: *La réforme du Droit des sociétés par les Décrets-lois de 1935 et 1937*, París, 1938, pág. 398; HUREAU: *Les pouvoirs des assemblées d'obligataires*, cit., págs. 88 y sigs.).

(14) El Decreto-ley de 1935, si bien resultó inspirado en acertados trabajos legislativos anteriores, también fue objeto de crítica en cuanto en él no quedó reflejado todo el beneficio que precisamente en esos trabajos previos hubiera podido obtener; en este sentido, *vid.* CORDONNIER: «Le nouveau régime des obligataires», *Jour. Soc.*, 1936, págs. 209 y sigs.; *id.*, «La protection des obligataires en Droit français», en *Travaux de la Semaine Internationale de Droit*, París, 1937, páginas 67 y sigs.; HAMEL, J.: «Le nouveau régime des obligataires», *Rev. Pol. Parl.*, 1936, págs. 265 y sigs., especialmente pág. 280.

(15) *Vid.* RIPERT-ROBLLOT: *Traité élémentaire de Droit commercial*, I, 11.ª ed., por ROBLLOT, París, 1984, pág. 935; TAITHE-SICHEL: *Obligations ordinaires, obligations convertibles ou échangeables*, París, 1975, págs. 125 y sigs.; LAGARDE, en

todos los obligacionistas de una misma emisión forman parte, de pleno derecho, de una *masa* que posee personalidad jurídica propia, para la defensa de sus intereses comunes (16), con la excepción prevista en el artículo 339 de la propia Ley para las sociedades cuyas emisiones se encuentren sometidas a un régimen legal especial; para las emisiones garantizadas por el Estado, los departamentos, los municipios o las entidades públicas, así como para las emisiones realizadas en el extranjero por sociedades francesas.

Así pues, se opta por el mantenimiento de la masa de obligaciones aún en el caso de *redressement* judicial de la sociedad. Esta solución

---

HAMEL-LAGARDE-JAUFFRET: *Droit commercial*, I-2, 2.ª ed., París, 1980, págs. 486 y sigs.; JUGLART-IPPOLITO: *Cours de Droit commercial*, II, 7.ª ed., París, 1983, páginas 510 y sigs.

(16) En este sentido, la personificación de la masa de obligacionistas aparece como una muestra más de la conocida tendencia del Derecho francés a personificar cualquier agrupación de sujetos. Otros testimonios de esa tendencia ya habían sido proclamados anteriormente con ocasión de la agrupación de portadores de partes de fundador y con la masa de acreedores de la quiebra, alcanzando su plenitud en la Ley de Sociedades de 1966. Todo ello consecuencia, a su vez, de dos comentadas sentencias de la Corte de Casación. La primera de ellas, de 28 de enero de 1954 (Cass. 28-I-54, en *Dalloz*, 1954, págs. 217 y sigs., con «Observations» de LEVASSEUR), sienta el principio de que «la personalidad jurídica no es una creación de la Ley, sino que corresponde a cualquier agrupación provista de una posibilidad de expresión colectiva para la defensa de intereses lícitos, dignos, en consecuencia, de ser jurídicamente reconocidos y protegidos». La segunda, de 17 de enero de 1956 (Cass. 17-I-56, en *JCP*, 1956, II, 9601, con «Observations» de GRANGER, y en *Dalloz-Sirey*, 1956, págs. 265 y sigs., con «Note» de HOUIN), aplicando ese principio general, señala que la masa de acreedores de la quiebra goza de personalidad jurídica distinta de la persona de los acreedores que la componen.

Sin embargo, dicha corriente de pensamiento se ha mostrado, entre los autores más recientes, en clara recesión (*vid.*, sobre ello, HONORAT, A.: «La masse des créanciers dans la liquidation des biens ou le règlement judiciaire du débiteur», en *Studes offertes à A. Audinet*, París, 1968, págs. 227 y sigs., especialmente página 284; LUCAS: «Le patrimoine de la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens», *Rev. Trimm. Dr. Comm.*, 1969, págs. 891 y sigs.; BRUNET: *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, tesis, Nancy, 1973, especialmente págs. 12 y sigs.; POTIRON: *Les actions de masse dans les procédures d'exécution collective*, tesis, Nantes, 1983, págs. 345 y sigs.; *id.*, «Les réformes en cours: observations sur les dispositions concernant la masse et le dessaisissement dans le projet de Loi n.º 1578 relatif au règlement judiciaire des entreprises en difficulté», *Rev. Soc.*, 1984, págs. 25 y sigs.), hasta llegar a un momento en el que la noción de *masa* desaparece de la normativa concursal, producto, a su vez, de una profunda reforma legislativa, y de la que merece destacarse la Ley de 25 de enero de 1985, relativa al *redressement* y la liquidación judicial de la empresa (arts. 10 y sigs.), que ha modificado sustancialmente el sistema de adopción de acuerdos en el seno de los procedimientos concursales, pues las tradicionales juntas de acreedores han dado paso a sistemas de adhesiones a las propuestas elaboradas para el sancamiento o la liquidación de la empresa [*vid.* BISBAL: «El nuevo Derecho concursal francés», *RDBB*, núm. 19, 1985, páginas 656 y sigs.; BELTRÁN, E.: «El nuevo Derecho concursal francés (la Ley de 25 de enero de 1985, relativa al *redressement* y la liquidación judicial de la empresa)», *La Ley*, núm. 1.204, 1985, pág. 2 y nota 15].

implica que ningún obligacionista pueda individualmente solicitar la liquidación de los bienes de la sociedad, pues concierne al representante de la masa centralizar el ejercicio de los derechos comunes de los obligacionistas, cuyo papel queda reducido al acto material del depósito de sus títulos y a percibir lo que le corresponda en el reparto cuando se llegue a la liquidación de los bienes de la sociedad emisora (art. 331 de la Ley de Sociedades de 1966). Por tanto, el representante de la masa es el encargado de manifestar la voluntad colectiva de los obligacionistas en la dirección que se haya definido en el Asamblea general ordinaria, convocada al efecto (art. 335) (17).

## 1.2. *La organización de los obligacionistas en el Derecho italiano*

A pesar de la existencia de una clara conciencia entre los autores de comienzos del siglo xx. que se referían al interés de una disciplina legal que viniera a cubrir la laguna del ordenamiento en esta materia (18),

(17) El artículo 334, segundo párrafo, de la Ley de Sociedades (que ha sido derogado por el art. 230-X de la Ley de 25 de enero de 1985), establecía que el cálculo de la mayoría en la junta de acreedores se determinaría en función del número de los obligacionistas conocidos y del montante de las obligaciones que aún se encontraran en circulación, mientras que, por su parte, el Decreto-ley de 30 de octubre de 1935 consideraba a la *masa* de obligacionistas como un *único acreedor* a los efectos de su intervención en dicha junta (art. 31, tercer párrafo). *Vid.* HUREAU: *Les pouvoirs des assemblées d'obligataires*, cit., págs. 317 y sigs.; AMIAUD: «Des droits des obligataires au cas de faillite ou de liquidation judiciaire de leur société», *R. G. Faill.*, marzo-abril 1936, págs. 305 y sigs.; SOLUS: *La réforme du Droit des sociétés*, cit., págs. 398 y sigs.; ESCARRA: *Traité de l'organisation des obligataires*, cit., págs. 291 y sigs.; KREHER: *La défense des obligataires*, cit., págs. 222 y sigs.; BUISSON: *Les groupements d'obligataires*, cit., págs. 95 y sigs.; DEMOGUE: *La protection des obligataires*, París, 1937, págs. 80 y sigs.; ANDRIEUX: *L'évolution du statut des obligataires*, París, 1960, págs. 196 y sigs. En relación con la Ley de Sociedades de 1966, *vid.* TAITHE-SICHEL: *Obligations ordinaires*, cit., págs. 188 y sigs.; ROBLLOT, en RIPERT-ROBLLOT: *Traité*, I, cit., página 953; LAGARDE, en HAMÉL-LAGARDE-JAUFFRET: *Droit commercial*, I-2, cit., página 494; JUGLART-IPPOLITO: *Cours*, II, cit., págs. 514 y sigs.

Actualmente, el artículo 331 de la Ley (cuyo texto ha sido modificado por la de 25 de enero de 1985) establece que en caso de *redressement* judicial de la sociedad, los representantes de la *masa* de obligacionistas son los facultados para tratar en nombre de aquéllos. Asimismo, el artículo 332 estipula que dichos representantes actuarán por todos los obligacionistas de la *masa* cuyos títulos se encuentren en circulación, así como por los tenedores de cupones de intereses vencidos y no pagados.

(18) *Vid.* VIVANTE: *Trattato*, II, cit., págs. 541 y sigs.; NAVARRINI: *Delle società e delle associazioni commerciali*, Milán, 1924, págs. 731 y sigs. En época más próxima a nosotros, la doctrina sigue haciendo referencia a lo tardíamente que el legislador italiano tomó el tema en consideración [*vid.* PETTITI: *I titoli obbligazionari*, cit., págs. 202 y sigs.; FRE: «Società per azioni», en *Commentario del Codice Civile*, por SCIALOJA-BRANCA, 4.ª ed., Bolonia-Roma, 1972, págs. 583 y sigs.; CAMPOBASSO: «Le obbligazioni», en *Trattato delle società per azioni*, coordinado

lo cierto es que hasta la promulgación del Código Civil de 1942 no existió una regulación jurídica del colectivo integrado por los obligacionistas, por medio de la cual se creara una organización especial (legal y permanente) para atender a la tutela de sus intereses comunes a través de una Asamblea y un representante común (19). La organización existe y comienza sus actuaciones desde el momento de la suscripción de los títulos por parte de al menos dos obligacionistas, entendiéndose que en ese momento tiene lugar el perfeccionamiento del contrato de emisión (20); y extiende su duración hasta la amortización de la deuda contraída con el obligacionista, lo que significa que no basta con el vencimiento de la misma para entender finalizada la tarea para la que surgió la organización, sino que será necesario que se dé la efectiva extinción de todos los títulos que componían la emisión (21).

En este contexto, el artículo 2.418 del Código Civil, en su segundo párrafo, establece que el representante común posee la representación procesal de los obligacionistas en la administración controlada, el *concordato preventivo*, la quiebra y la liquidación forzosa de la sociedad deudora, a pesar de que la doctrina todavía discute acerca de la delimitación de los poderes de la Asamblea, en qué casos el representante

---

por COLOMBO y PORTALÉ (en prensa), págs. 108 y sigs.]. No obstante, conviene recordar que la Ley de 26 de mayo de 1903, sobre el *concordato preventivo*, dispuso que las sociedades en suspensión de pagos o en quiebra que quisieran someter a los beneficios del *concordato* el crédito de los obligacionistas, deberían convocarlos en forma separada de los demás acreedores —de manera similar a como se había procedido ya con anterioridad en nuestro país respecto a las compañías de ferrocarriles— para que, reunidos en una asamblea mayoritaria, dieran su aprobación al convenio previo (vid. VIVANTE, *ob. ult. cit.*, págs. 435 y sigs. y nota 296; ESCARRA: *Traité de l'organisation des obligataires*, cit., págs. 175 y sigs., así como el texto de los artículos transcritos en las págs. 369 y sigs.).

(19) La doctrina no es unánime a la hora de determinar la imperatividad de la constitución de una organización. Así, PETTITI, *ob. ult. cit.*, págs. 52 y sigs., mantiene que la calificación de *organización legal* viene dada por la contemplación normativa del contrato de emisión, entendido como expresión de una voluntad colectiva, pero que esa misma imperatividad no trasciende posteriormente. Por el contrario, GRAZIANI: *Diritto delle società*, 5.ª ed., Nápoles, 1963, pág. 425; GALGANO: *Recensione*, a PETTITI: «I titoli obbligazionari delle società per azioni», *Riv. Dir. Civ.*, I, 1964, pág. 323; *id.*, «La società per azioni», en *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, VII, Padua, 1984, páginas 359 y sigs.; CAMPOBASSO: *Le obbligazioni*, cit., pág. 111, postulan que se trata de un fenómeno de integración legal *necesaria* del contrato.

(20) En el sentido del texto, vid. PETTITI, *ob. ult. cit.*, págs. 204-205, para quien coincide el momento de la suscripción con el perfeccionamiento del contrato de emisión, tanto si existe, como si no, la entrega material de los títulos. En contra de esta opinión se expresa CAMPOBASSO al señalar que la constitución de la organización debe reconducirse a la suscripción de los títulos y no a su emisión material (vid. *Le obbligazioni*, cit., pág. 115).

(21) Vid. PETTITI: *I titoli obbligazionari*, cit., págs. 204 y sigs.; CAMPOBASSO, *ob. y loc. ult. cit.*

común podrá actuar sin el mandato de aquélla, y la posibilidad de que este último supuesto excluya la acción individual de los obligacionistas (22).

## 2. LA CONSTRUCCIÓN DE LOS FERROCARRILES EN ESPAÑA. UN EJEMPLO DE LA NECESIDAD DE UNA ORGANIZACIÓN DE LOS OBLIGACIONISTAS ANTE LA CRISIS ECONÓMICA DE LA EMPRESA

En España fue en el siglo XIX cuando, al igual que en otros países, se detectó la conveniencia de agrupar a los obligacionistas, si bien en aquellos momentos el interés surgía exclusivamente ante las dificultades manifestadas por la sociedad emisora para dar cumplimiento a lo convenido en el contrato de emisión, con lo que la organización colectiva carecía de atención si no era para tratar de alcanzar una solución pactada entre los distintos agentes que intervenían en la operación.

Así pues, los presupuestos de permanencia y necesidad de la organización han de esperar mucho tiempo para obtener su reconocimiento legal —concretamente hasta la aprobación de la Ley de Sociedades Anónimas—, por lo que para argumentar en favor de la conveniencia de organizar colectivamente a los obligacionistas resulta ciertamente esclarecedora la evolución de la construcción de la red de ferrocarriles en España, pues, aun siendo importante la construcción de carreteras y demás obras públicas en general durante la primera mitad del siglo XIX, el papel fundamental en el desarrollo de las organizaciones colectivas que nos interesan corresponde, a nuestro entender, a las grandes empresas de construcción de líneas ferroviarias. Acometida con gran ilusión la red nacional de ferrocarriles y teniendo como base la Real Orden de

---

(22) Sobre los aspectos históricos que inducen a considerar a la Ley de 24 de mayo de 1903, sobre el *concordato preventivo*, el antecedente inmediato de la actual tutela colectiva de los obligacionistas, *vid.* NAVARRINI: *Trattato di Diritto fallimentare*, II, Bolonia, 1935, págs. 346 y sigs. En relación con la legislación vigente, a favor de admitir la actuación del representante común excluyendo la actuación individual, *vid.*, entre otros, PESCATORE: «Il rappresentante comune degli obbligazionisti», *Riv. Dir. Comm.*, 1968, págs. 107 y sigs.; FERRI: *Manuale di Diritto commerciale*, 5.<sup>a</sup> ed. (reimpr.), Turín, 1985, págs. 435-436; FERRARA: «La posizione degli obbligazionisti nel concordato della società emittente», *Dir. Fall.*, I, 1960, págs. 23 y sigs.; PELLEGRINO: «Sul voto degli obbligazionisti nel concordato della società», *Riv. Soc.*, 1976, págs. 1156 y sigs.; SACCHI: *Gli obbligazionisti nel concordato della società*, Milán, 1981, págs. 73 y sigs.; COSTA: *Il rappresentante comune degli azionisti di risparmio (nell'organizzazione della società per azioni)*, Milán, 1984, págs. 6 y sigs.; CAMPOBASSO: *Le obbligazioni*, cit., págs. 121 y sigs. En contra, FRE: *Società per azioni*, cit., pág. 597; FORMIGGINI: «Diritti individuali degli azionisti privilegiati e degli obbligazionisti», *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1952, páginas 115 y sigs.; PETTITI: *I titoli obbligazionari*, cit., pág. 254.

31 de diciembre de 1844, en la que se establecían las reglas a observar en la tramitación de las solicitudes que tuvieran por objeto conseguir la autorización para ejecutar un ferrocarril, se regula entonces el conjunto de requisitos generales para otorgar la concesión, mediante la aprobación de un pliego de condiciones generales y un modelo de tarifa. El interés de la tarea asumida pronto se vio defraudado ante la imposibilidad del Tesoro Público de hacer frente a los costes financieros de la construcción, lo que condujo a la participación de particulares que aportaron el capital necesario para acometer las obras (23); de este modo, pronto se haría patente la preocupación de que la especulación acompañaría como la sombra al cuerpo todo el desarrollo de la construcción de nuestros incipientes ferrocarriles (24).

En un primer momento, la Ley de 20 de febrero de 1850 estableció una serie de reglas, con carácter de interinidad en tanto se aprobara el proyecto de Ley general de ferrocarriles. Entre dichas reglas se hallaban las de hacer o ratificar por el Gobierno concesiones provisionales para la construcción, así como la de garantizar a las empresas concesionarias un interés mínimo fijado en el 6 por 100, más un 1 por 100 de amortización del capital invertido; sin embargo, el tema financiero resultaba bastante aleatorio (25). A pesar de ello, el cautivador lenguaje con el que se expuso la empresa de la construcción del ferrocarril en nuestro país debió influir para que dicho proyecto fuera aprobado.

---

(23) La Ley General de Ferrocarriles, de 3 de junio de 1855, extendió la construcción, en su gran mayoría, por medio de concesiones a particulares o compañías otorgadas por Ley (arts. 4, 6 y 7 de la misma).

(24) Vid. MATEO DEL PERAL: «Los orígenes de la política ferroviaria en España (1844-1877)», en la obra colectiva *Los ferrocarriles en España (1844-1943)*, tomo I, «El Estado y los ferrocarriles». Madrid, 1978, págs. 42 y sigs.

(25) El proyecto, presentado por el Gobierno a las Cortes, establecía en su preámbulo la necesidad imperiosa de iniciar la construcción del ferrocarril en nuestro país como un medio de salir del atraso en que el mismo se encontraba respecto a los «países más civilizados de Europa y América», y en orden al desarrollo de «cierta clase de vías perfeccionadas de comunicación» (vid. *Diario de las Sesiones de Cortes*, apéndice 1.º al núm. 34, 10 de enero de 1850, págs. 791 y sigs.) En la presentación del Proyecto de Ley realizada por el Ministro de Comercio, Instrucción y Obras Públicas, señor Seijas Lozano, se argumentaba: «(...) en cuanto a los capitales necesarios para llevar a cabo estas obras, no se hace el Gobierno la ilusión de que se han de reunir instantáneamente; pero tiene, sí, la firme creencia de que restablecida y asegurada la paz y tranquilidad pública, consagrados los pueblos al desarrollo de sus intereses materiales, esparcida la confianza dentro y fuera del Reino, no se pasará mucho tiempo sin que el país pueda destinar a las obras públicas sumas más considerables que las que hasta ahora se han consagrado, y sobre todo sin que capitales nacionales y extranjeros, auxiliados por los del Estado, ya por medio de subvenciones en metálico o en obras, o de la garantía de sus intereses más o menos crecidos, se consagren al establecimiento de los caminos de hierro, produciendo con la explotación de esta benéfica industria un cambio completo en nuestra existencia social y material (...)».

Una de las empresas que acuden a la llamada es la denominada «del ferrocarril de Alar a Santander». Se otorgó la concesión ya en 1844 al Marqués de Remisa, quien la dejó caducar por dificultades en su realización. Por Real Decreto de 19 de diciembre de 1851 se confirmó la concesión a la Compañía de Isabel II, constituida por la Diputación provincial, el Ayuntamiento y las Juntas de Comercio y Agricultura de Santander (26). Las muchas y graves dificultades que la construcción del ferrocarril encontró a su paso por la cordillera cantábrica dieron lugar al incumplimiento sistemático no sólo de todos los plazos convenidos de la obra, sino también, y ello quizá fue lo más relevante, de la amortización del capital anticipado y del pago de los intereses vencidos y prometidos. A este respecto, anticipada y previsoramente, los obligacionistas de las primeras emisiones evacuaron consulta ante un grupo de ilustres juristas de la época sobre aspectos que les afectarían en un hipotético supuesto de incumplimiento de lo estipulado, por parte de la sociedad emisora, respecto a las condiciones y plazos de amortización. El primero de esos dictámenes se produjo el 1 de febrero de 1866. El Real Decreto de 6 de mayo de 1868 declaraba caducada la concesión, y disponía la incautación del camino por el Gobierno (27).

La tutela de los intereses de los ahorradores se admitió por medio del Real Decreto de 9 de enero de 1869, por el que se abrió la vía contenciosa a accionistas, obligacionistas y demás acreedores de la Compañía de Isabel II, y se dispuso la constitución de un *Consejo de incautación*, compuesto por nueve personas: un presidente nombrado por el Gobierno y el resto en representación de aquéllos. El 31 de octubre de 1870 se firmó el convenio entre la Compañía y los acreedores a que hacían referencia los artículos 11 y 12 de la Ley de 12 de noviembre de 1869; en ese convenio se disponía que las obligaciones emitidas por las compañías de ferrocarriles habían de regirse por las leyes que se citaban, y se fijaba la tramitación a seguir en los procedimientos eje-

---

(26) Vid. TEDDE DE LORCA: «Las compañías ferroviarias en España (1855-1935)», en *Los ferrocarriles en España*, cit., tomo II. «Los ferrocarriles y la economía», Madrid, 1978, págs. 81 y sigs.

(27) Vid. CONSULTA que sobre su situación legal y derechos hacen varios tenedores de obligaciones hipotecarias del ferrocarril de Alar a Santander a Manuel CORTINA, Cirilo ALVAREZ, Pedro GÓMEZ DE LA SERNA y L. Cristino MARTOS, en *RGLJ*, XXVIII, págs. 241 y sigs.; CONSULTA que sobre derechos de los tenedores de obligaciones hipotecarias del ferrocarril de Isabel II, o sea, de Alar a Santander, y los de unos acreedores por dos contratos reducidos a escritura pública hace el Consejo de Administración de la Sociedad de aquel camino a su Abogado, don Ramón SOLANO ALVEAR, en *RGLJ*, XXIX, 1866, págs. 305 y sigs.; DICTAMEN sobre los derechos y preferencia de las obligaciones hipotecarias de la primera emisión del ferrocarril de Alar del Rey a Santander, emitido por Manuel ALONSO MARTÍNEZ y Valeriano CASANUEVA, en *RGLJ*, XXIII, 1868, págs. 369 y sigs.

cutivos contra dichas compañías y en los casos de suspensión de pagos y quiebra de las mismas. En 1874, la Nueva Compañía del Ferrocarril de Alar a Santander —resultado de la antigua de Alar a Santander— fue absorbida por la Compañía del Norte, para la terminación de la línea de ferrocarril interrumpida a consecuencia de las dificultades más arriba indicadas. En el Consejo de administración de la referida compañía se integraron tres representantes de los obligacionistas (28).

Es este, entendemos, un primer paso hacia la organización colectiva de los intereses de los tenedores de deuda, y es preciso subrayar que el antecedente nos muestra no tanto el nacimiento espontáneo de la agrupación como la intervención de aquéllos en un *órgano de régimen interno* de la sociedad deudora; es decir, la necesidad de tutelar colectivamente los intereses que derivan del título obligación no es idea de los propios obligacionistas, sino que éstos se ven obligados a organizarse *como consecuencia* de un incumplimiento de lo pactado (29). La situación de crisis económica de la empresa es la que favorece el nacimiento de la organización colectiva de los obligacionistas.

El endeudamiento al que se sometieron las compañías de ferrocarriles españolas durante el último tercio del siglo XIX supuso un fenómeno de gran trascendencia económica que llegó a repercutir incluso en el extranjero; el capital-acciones era claramente inferior al que representaban las obligaciones, y ese dato hacía inevitable el enfrentamiento de intereses entre accionistas y obligacionistas (30). Esta situación contribuyó, además, a poner de manifiesto las deficiencias del sistema que no preveía la necesidad de tutelar colectivamente los intereses comunes

(28) Vid. DUQUE: «Obligaciones (de sociedades)» (voz) en la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XVII, Barcelona, 1982, pág. 855; ESCARRA: *Traité théorique et pratique de l'organisation des obligataires*, cit., pág. 7; BENITO, L.: *Manual de Derecho mercantil*, III, Madrid, 1929, págs. 750-751.

(29) Vid. DUQUE: «La modernización del Derecho concursal en el siglo XIX: el significado histórico de la Ley de 12 de noviembre de 1869 sobre la quiebra de las compañías de ferrocarriles», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981, págs. 113 y sigs., especialmente págs. 163 y sigs.; OLIVENCIA: «La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio», en *Centenario del Código*, cit., págs. 355 y sigs.

(30) Las obligaciones emitidas por las compañías de ferrocarriles en España se encontraban en su mayoría en manos de extranjeros y cotizaban en las Bolsas de Londres y París [cfr. NADAL, J.: *El fracaso de la revolución industrial en España (1814-1913)*, Barcelona, 1975 (hay octava reimpresión de 1987), tabla e, en la que se reflejan los recursos efectivos de las compañías ferroviarias (acciones y obligaciones), con distinción de la parte extranjera, a 31 de diciembre de 1869]. Vid. también TORTELLA CASARES: *Los orígenes del capitalismo en España*, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 175 y sigs., especialmente págs. 183 y sigs., y cuadros V-4 y V-10; WAIS: *Historia de los ferrocarriles españoles*, 2.ª ed., Madrid, 1974, páginas 159 y sigs.; GÓMEZ MENDOZA, A.: *Ferrocarriles y cambio económico en España (1855-1913)*, Madrid, 1982, pág. 30; MATILLA QUIZÁ: *El sistema capitalista en España*, cit., págs. 638 y sigs., especialmente págs. 647 y sigs., y cuadro III, 3.

de los obligacionistas de estas compañías, cuando resultara imposible hacer efectivos sus compromisos ante un supuesto de insolvencia de las mismas (31).

Por ello, la promulgación de la Ley de 12 de noviembre de 1869, antes citada, supone un primer e importante paso hacia la posterior configuración de una organización colectiva de los obligacionistas, que iría adquiriendo forma a través de la promulgación posterior de toda una serie de leyes especiales, en las que se regularon las suspensiones de pagos de las compañías de ferrocarriles y demás obras públicas.

### 2.1. *La Ley de 12 de noviembre de 1869*

La Ley facultaba a la compañía de ferrocarriles, cuando su situación económica no permitiera hacer frente a las obligaciones contraídas, para solicitar al Juez competente ser declarada en estado de suspensión de pagos. La declaración de suspensión de pagos llevaba aparejada la paralización de los procedimientos ejecutivos y de apremio que pudieran haberse iniciado, y, entre otras actuaciones, obligaba a la compañía a presentar al Juez, en el plazo máximo de cuatro meses, una proposición de convenio para el pago de los acreedores (art. 11). El convenio tenía carácter obligatorio para todos los interesados en el ferrocarril, una vez que fuera aceptado por una mayoría, cuyo cómputo resultaba de la división del pasivo de la compañía en tres grupos; uno de ellos, era justamente el compuesto por los portadores de obligaciones en representación del capital figurado por los títulos-obligaciones, más los cupones y amortizaciones del principal vencidos y no pagados (32). Presentada por la sociedad la proposición de convenio, y publicada convenientemente, los obligacionistas tenían un plazo de tres meses, desde la publicación, para adherirse a la proposición, excluyéndose la representación de las obligaciones en cartera y las pignoradas. Bastaba el envío por el obligacionista de una carta de adhesión acompañada con un resguardo del depósito de los títulos o cupones, para estimar la aceptación del convenio.

La aprobación del convenio necesitaba la adhesión de las tres quintas partes de cada uno de los tres grupos en que quedaba dividido el pasivo de la compañía, debiendo realizarse en el plazo anteriormente señalado de tres meses. Si en dicho período de tiempo no se llegaba a los mínimos

---

(31) Vid. DUQUE: *La modernización del Derecho concursal en el siglo XIX*, citada, págs. 140 y sigs.

(32) El cómputo de los cupones y amortización del principal, por su valor total, y el de las obligaciones, según el tipo de la Ley de 29 de enero de 1862, es decir, el 6 por 100.

exigibles, era preciso efectuar una segunda publicación de la proposición de convenio, a la que bastaba con la adhesión de dos quintos del total de cada uno de los dos primeros grupos (el primero, compuesto por los créditos de trabajo personal y de los procedentes de expropiaciones, obra y material no satisfechos por la compañía; el segundo, compuesto por los obligacionistas), en un plazo de dos meses a contar desde el momento de la nueva publicación de la proposición de convenio, y que no hubiera oposición que excediese de otros dos quintos de cualquiera de dichos grupos o del total pasivo, para poder ser aprobado. En caso de no cubrirse los requisitos anteriores, la compañía era declarada en quiebra definitiva, supuesto en el que se constituía un *Consejo de incautación* (art. 13), para proceder a su administración y explotación provisionalmente hasta que se produjera la subasta de la misma.

Como se pone de relieve, la línea marcada por la Ley de 1869 puede considerarse como el primer antecedente español que trata a los obligacionistas con independencia del resto de los acreedores; hasta el extremo de poner en sus manos la posibilidad de vetar la aprobación del convenio. Además abre la vía para que sus decisiones puedan ser adoptadas en el seno de un órgano colegiado, pues el hecho de que la aprobación del convenio propuesto por la compañía estuviera a cargo de los dos quintos del total de los obligacionistas no prejuzga nada en contra de la posibilidad de que dicha posición se obtuviera después de haberse contrastado por medio de alguna reunión de los interesados, cuál era la postura más beneficiosa para la defensa de sus intereses comunes. Sin embargo, siendo esta una novedad importante, no lo es menos que la Ley de 1869 separa a las compañías de ferrocarriles del tratamiento dado a la quiebra en el Código de Comercio de 1829, y con ello se prefiere la conservación y saneamiento de la empresa a su liquidación y reparto patrimonial entre los distintos acreedores; eso es, en realidad, lo que persigue la introducción de un procedimiento de suspensión de pagos configurado en beneficio de la compañía deudora como previo a la declaración de la quiebra definitiva (33).

## 2.2. *La situación de crisis de las compañías de ferrocarriles en el Código de Comercio de 1885*

El Código de Comercio dedica la sección octava del título primero del Libro IV (arts. 930 a 941) a la suspensión de pagos y las quiebras

(33) Vid. OLIVENCIA: *La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio*, cit., págs. 355 y sigs.; DUQUE: *La modernización del Derecho concursal en el siglo XIX*, cit., págs. 148 y sigs.; BLANCO CONSTANS: *Estudios elementales de Derecho mercantil*, I, 2.ª ed., Madrid, 1901, págs. 759 y sigs.; BENITO, L.: *Manual de Derecho mercantil*, cit., págs. 749 y sigs.

de las compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras públicas. En su exposición de motivos —asumida del proyecto de Código de Comercio de 18 de marzo de 1882— ya se hace referencia a la novedad que supone la inclusión en él de preceptos que tienen su origen inmediato en la Ley de 1869 al especificar que «dichas reglas son *fiel transunto* de las consignadas en la Ley de 12 de noviembre de 1869», a pesar de que ha sido necesario corregir algunos puntos que, en su momento, se demostraron deficientes (34).

En este orden de cosas cabe señalar que el artículo 932 del Código de Comercio hace referencia exclusivamente a obligaciones hipotecarias, mientras que el artículo 12 de la Ley de 1869 decía «portadores de obligaciones», sin distinguir si éstas eran ordinarias o garantizadas. Igualmente, el citado precepto del Código de Comercio divide el grupo en tantas subsecciones como emisiones de obligaciones hipotecarias hubiere realizado la compañía y se encontraran aún, en el momento de la solicitud del convenio, pendientes de amortización; cuando, por su parte, la Ley de 1869 no establecía ninguna preferencia de las primeras emisiones sobre las posteriores, por lo que los tenedores de obligaciones emitidas en distintas fechas formaban un solo grupo.

Por último, el artículo 935 del Código de Comercio no señala cuál será el procedimiento de aprobación del convenio, limitándose a establecer los cálculos necesarios para dicha aprobación, que no son otros que los del artículo 12 de la Ley de 1869. Sin embargo, en el artículo 936 del Código se habla de «concurencia», «segunda convocatoria», e incluso del «cálculo de los votos», lo cual parece indicativo de la celebración de una junta de acreedores y no de una simple adhesión u oposición manifestadas por escrito, como se estipulaba en la Ley de 1869. Todo ello, además, está en consonancia con la exigencia general de la celebración de una Junta de acreedores, cuando de la quiebra se trate (artículo 899). Pero conviene no olvidar que el artículo 900 del Código exime a los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios de tomar parte en la resolución de la Junta sobre el convenio, algo que es *contradictorio* con el contenido del artículo 932, segundo párrafo, puesto que, mientras en el convenio previo forman un grupo más de los acreedores, que puede llegar, por sí mismo, a decidir sobre la aprobación o inaplicabilidad del convenio propuesto, en el caso de la quiebra, a los citados acreedores (de obligaciones hipotecarias) se les permite abstenerse de tomar parte en la resolución de la Junta sobre el convenio, sin que ello signifique ningún perjuicio para sus

---

(34) Vid. MARTÍ DE EIXALA-DURÁN Y BAS: *Instituciones de Derecho mercantil de España*, 9.ª ed., Barcelona, 1911, págs. 502 y sigs.

derechos, en la medida que la garantía hipotecaria avala la afección de los bienes comprometidos en el cumplimiento de la obligación principal con independencia del estado en que se encuentre el juicio de quiebra.

Una vez declarada la quiebra, y cuando proceda el nombramiento de un Consejo de incautación (art. 939), su composición será también algo distinta a lo que se exigía en la Ley de 1869, pues los tenedores de obligaciones hipotecarias pertenecientes a distintas emisiones tienen, en todas ellas, derecho al nombramiento de un vocal que, dentro del Consejo, colabore en la organización, administración y explotación de la obra pública.

### 2.3. *Otros precedentes de la actual tutela colectiva de los obligacionistas*

a) La *Ley de 19 de septiembre de 1896*, sobre convenio entre las compañías de ferrocarriles y sus acreedores sin llegar al estado de suspensión de pagos, establecía la posibilidad de que dichas compañías sustituyeran por otros los títulos que tuvieran emitidos en aquel momento e, incluso, introducir en sus cuadros de amortización las modificaciones o aplazamientos que consideraran necesarios, siempre que para ello hubieran obtenido el *consentimiento* de los interesados en los mismos títulos, o la adhesión a la propuesta de convenio de los tres quintos de los títulos u obligaciones a los que afectara, tal y como establece el artículo 935 del Código de Comercio.

La novedad más importante de esta Ley consiste en que la propuesta de modificación de las condiciones de las emisiones de títulos que hubiere realizado la compañía, así como la propuesta de convenio, cuando procediera, podían presentarse por aquélla al Juzgado de Primera Instancia *sin necesidad de constituirse* para la ocasión *en estado de suspensión de pagos*. Igualmente, se sustituye el depósito de los títulos al portador o negociables que presentaran su adhesión al proyecto de convenio, por el estampillado de los mismos (art. 3.º, tercer párrafo) (35).

b) Por su parte, la *Ley de 9 de abril de 1904*, sobre convenios, suspensión de pagos y quiebras de las sociedades o empresas concesionarias de obras públicas, ratifica el sistema de estampillado de los títulos para la aprobación del convenio y lo extiende para los supuestos de oposición al mismo (art. 1.º, primer párrafo) (36).

---

(35) Vid. el interesante comentario que hace OLIVENCIA a la nueva dulcificación del Derecho concursal que supuso la aprobación de la Ley analizada en el texto (*La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio*, cit., páginas 374-375).

(36) Vid. OLIVENCIA, *ob. y loc. últ. cit.*

c) La *Ley de 2 de enero de 1915*, sobre suspensión de pagos de compañías de ferrocarriles, significa un cambio importante en la regulación del procedimiento de aprobación del convenio entre la compañía y sus acreedores, y de la posible tramitación posterior de la suspensión de pagos, sometiénolas a un mayor rigor que el que implantaron las leyes especiales anteriores (37).

En primer lugar, incorpora la posibilidad de que los obligacionistas portadores, por lo menos, de la vigésima parte de las obligaciones en circulación, soliciten la declaración de suspensión de pagos de las compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras de servicio público general, provincial o municipal, cuando dichas compañías no hubieren pagado enteramente los cupones de sus obligaciones o el importe de las amortizaciones dentro del año siguiente a sus respectivos vencimientos, y requeridas notarialmente no lo verificaran (art. 3.º). Para comprobar la legitimación de los demandantes, se vuelve a instaurar, con carácter necesario, el depósito de los títulos (en lugar de su estampillado, como ocurría para la aprobación u oposición al convenio), el cual podrá efectuarse en el Juzgado, en el Banco de España o en los corresponsales de éste en el extranjero.

En segundo lugar, y una vez declarada la suspensión de pagos de una compañía concesionaria de obras públicas, la administración provisional se encargará a una *Comisión gestora*, que gozará de las mismas facultades atribuidas por los Estatutos y acuerdos de la empresa o Consejo de administración a sus delegados o gerentes, *excepto* lo relativo al convenio, si se propusiere o se hallare en curso (art. 5.º), pues para este solo efecto continuará funcionando el Consejo de administración de la empresa deudora. Estará compuesta por un presidente, designado por el Gobierno, la Diputación provincial o el Ayuntamiento, según quien hubiere otorgado la concesión; tres miembros del Consejo designados por el propio Consejo de administración de la compañía o, en su defecto, por el Juez, de los cuales dos, por lo menos, deberán ser obligacionistas, teniendo preferencia, en caso de empate, los que hubieren promovido el expediente, y tres representantes de los acreedores de la sociedad deudora (art. 4.º). La Comisión gestora ejercerá sus funciones hasta que el convenio propuesto por la empresa quede aprobado y se empiece a cumplir; igualmente cesará en sus funciones cuando por acuerdo firme sea declarada en quiebra la empresa deudora (art. 6.º).

d) Por su parte, la *Ley de 1 de septiembre de 1939*, sobre inter-

---

(37) Vid. BLANCO CONSTANS: *Estudios elementales de Derecho mercantil*, I, 4.ª ed. (revisada por MUR SANCHO), Madrid, 1936, pág. 762; BENITO, L.: *Manual*, III, cit., págs. 752 y sigs.

vención en las empresas, prevé el nombramiento de un *Consejo de incautación* para que, con independencia de la tramitación judicial de la quiebra o de la suspensión de pagos, dirija las actividades de la empresa durante el tiempo en que se encuentre en litigio su estado jurídico y quede reorganizada para el trabajo (art. 3.º). El Consejo estará formado por un presidente y dos vocales, nombrados libremente por el Gobierno entre personas capacitadas en la materia; un vocal interventor por la Hacienda Pública; un representante por parte de los accionistas de la sociedad, nombrado por el Estado entre los mayores accionistas, y otro por los *obligacionistas* o acreedores, nombrado por éstos o, a falta de acuerdo, por el Gobierno (art. 4.º).

e) Asimismo parece oportuno hacer un breve análisis de la *Ley de 21 de abril de 1949*, sobre compensación de ampliaciones y mejoras; saneamiento financiero; ferrocarriles de explotación deficitaria, y regulación de auxilios económicos anteriores. El capítulo II de la Ley, sobre saneamiento financiero de las compañías concesionarias de ferrocarriles, establece la *sindicación obligatoria* de todos los obligacionistas de las compañías titulares de concesiones temporales de ferrocarriles que no puedan cubrir sus obligaciones y necesiten invertir nuevos capitales para ampliación o mejora de sus establecimientos ferroviarios, o para renovación de ellos cuando, por el atraso de su conservación, equivalga a una reconstrucción total o parcial.

El Sindicato ostenta la representación de todos los obligacionistas y se rige por una *Comisión ejecutiva*, compuesta por un mínimo de cinco o seis miembros, elegidos por la *Junta de obligacionistas*, de entre los mismos que formen parte del grupo mayoritario y minoritario.

Dentro de los ocho días siguientes a la constitución de la Comisión ejecutiva, la compañía hará una proposición de convenio al Sindicato de obligacionistas, por medio de aquella Comisión. Esta Comisión vendrá obligada a publicar la proposición de convenio en el *Boletín Oficial del Estado*, en el de la provincia y en dos periódicos de gran circulación en la localidad donde la compañía esté domiciliada, y deberá convocar la Junta de obligacionistas siempre que lo estime conveniente. En el plazo de un mes, contado desde la entrega de la proposición, el Sindicato podrá hacer contraproposiciones por medio de la Comisión ejecutiva. La compañía mantendrá o modificará su proposición dentro de los quince días siguientes de aquéllas. Transcurrido este término, se estimará definitiva la proposición y comenzará el plazo para adherirse u oponerse a ella.

La proposición de convenio se estimará aceptada si en el término

de un mes se adhieren expresamente a ella tres quintas partes del capital-obligaciones.

Si transcurriese el plazo sin haber alcanzado esta adhesión, se hará, dentro de los quince días siguientes, nueva publicación en la misma forma, y con la misma prevención [la cual consiste en la aprobación por el Gobierno del convenio, bien cuando la Junta de obligacionistas no hubiera podido reunirse válidamente por falta de asistencia bastante o bien cuando la proposición de convenio no hubiere resultado expresamente aceptada por las dos quintas partes del capital-obligaciones, todo ello con fundamento expreso en la necesidad o la conveniencia que para el interés general entrañase el convenio propuesto y en su efectiva inocuidad y aún beneficio posible para el interés de los obligacionistas (artículo 53)], de la proposición de convenio, que se estimará aceptada si en el término de otro mes, a contar desde la nueva publicación, obtiene la adhesión expresa de dos quintas partes del capital-obligaciones y no se oponen, también expresamente, otras dos quintas partes de él.

Aceptada la proposición, el convenio se hará obligatorio para todos los obligacionistas.

Para manifestar la adhesión o la oposición a la proposición de convenio, bastará dirigir a la compañía una carta acompañada de un justificante de tener depositados los títulos. Cuando no se hallen depositados, la adhesión o la oposición deberán constar en acta notarial.

Cuando la Junta de obligacionistas no haya podido reunirse válidamente por falta de asistencia bastante, el Gobierno podrá declarar tácitamente aceptado el convenio y aprobarlo para su ejecución. Una vez ejecutado el convenio, quedarán automáticamente disueltos el Sindicato de obligacionistas y su Comisión ejecutiva.

Nos encontramos, pues, con una norma que se anticipa a la promulgación de la Ley de Sociedades Anónimas, y en este sentido organiza colectivamente a los obligacionistas para la defensa de sus intereses ante la situación de crisis de la sociedad. Pero no podemos olvidar dos datos que, de algún modo, ensombrecen la originalidad del sistema que se implanta a través de la Ley de 1949. Por un lado, la sindicación de los obligacionistas tiene lugar, a los efectos de la Ley, exclusivamente para proceder a la aprobación del convenio previo a la situación concursal de las compañías de ferrocarriles; con ello la organización colectiva tiene un carácter accidental, porque su existencia ni está prevista cautelarmente ni es un requisito de la emisión, sino para que los obligacionistas intervengan activamente en las gestiones que intenten llegar a una solución de los problemas planteados a la sociedad. Por otro lado, es un hecho que el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas, ela-

borado en el seno del Instituto de Estudios Políticos, fue publicado en 1947, por lo que no sería de extrañar que el legislador de 1949 hiciera uso de la organización prevista en el Anteproyecto, con el fin de satisfacer ciertas necesidades urgentes, y pensando que dicho régimen tomaría carta de naturaleza con la aprobación de la Ley de Sociedades Anónimas, como así fue (38). Sin embargo, el paralelismo entre las organizaciones previstas en ambas normas presenta ciertas peculiaridades no sólo en cuanto a denominaciones se refiere (Junta de obligacionistas y Comisión ejecutiva, en la Ley de 1949; Asamblea de obligacionistas y comisario, en la Ley de 1951), sino también respecto a las funciones asignadas a los órganos que componen el Sindicato.

La Ley de 1949 crea una Comisión ejecutiva, en el seno del Sindicato de obligacionistas, cuya competencia no estriba únicamente en la gestión y administración de aquél, sino que llega incluso a tener poder de decisión, por cuanto el artículo 27 señala que la Junta de obligacionistas será convocada, para deliberar acerca de los términos de la propuesta de convenio, *solamente* cuando la Comisión lo estime conveniente. Por su parte, el artículo 122 de la Ley de Sociedades Anónimas no deja lugar a dudas respecto a que el poder de decisión del Sindicato reside en la Asamblea de obligacionistas, mientras que el comisario posee funciones de gestión y representación de aquél, sin que parezca posible que, en principio, el comisario pueda adoptar decisiones por sí mismo sin contar con la decisión adoptada en la Asamblea.

A pesar de la existencia de todos estos antecedentes que, de algún modo, dan participación a los obligacionistas en los órganos competentes cuando se trata de resolver la crisis económica de la sociedad emisora de los títulos, lo cierto es que en ningún momento cabe pensar en una organización colectiva, con carácter estable, que se cree al solo efecto de defender los intereses legítimos de los obligacionistas en todo tiempo y ante cualquier evento que tienda a modificar las condiciones establecidas en el contrato de emisión. Es cierto que parece existir en el legislador el ánimo de defender dichos intereses, pero solamente cuando se ha producido ya materialmente la situación no deseada, o mejor, no prevista, entre aquellas condiciones; es decir, cuando cumplir la obligación de pago de los intereses o la amortización del principal, en los plazos previstos, resulta prácticamente imposible. De ahí que sea preciso esperar hasta la promulgación de la Ley de Sociedades Anónimas para encontrar una auténtica organización colectiva que, por una

---

(38) Es preciso recordar que el artículo 132 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas deja a salvo lo establecido en las leyes que hayan autorizado una emisión o regulen la suspensión de pagos de ciertas empresas, como las de ferrocarriles y demás obras públicas.

parte, facilite las relaciones de la sociedad con sus obligacionistas, y, por otra, al adoptar sus decisiones por el régimen de mayorías, le permita ser el interlocutor válido de todos los tenedores de obligaciones, que correspondan a la misma emisión, en un momento dado y ante quien corresponda, sin necesidad de expresar individualmente las opiniones de todos ellos.

### 3. ESTADO ACTUAL DE LA TUTELA DE LOS OBLIGACIONISTAS

Aunque en nuestro país se adoptó, inicialmente, el sistema de agrupar a los obligacionistas *temporalmente* y ante la presencia de una suspensión de pagos o quiebra de la sociedad emisora, acudiendo a la *sociedad civil* o la *asociación*, como figuras adaptables a las finalidades perseguidas por la colectividad (39), el estado actual de la cuestión, tal como aparece en el capítulo VII de la Ley de Sociedades Anónimas, difiere notablemente. El legislador de 1951 determina la obligatoriedad de la constitución de un órgano de defensa de los obligacionistas y, además, establece el régimen aplicable al mismo; como es sabido, ese órgano de defensa adopta la denominación de Sindicato, y se configura como una «asociación típica especial, organizada legalmente bajo la influencia del modelo de la sociedad anónima» (40). Se trata, pues, de una *asocia-*

---

(39) Vid. ISABAL, M.: «Obligacionista» (voz) en *Enciclopedia Jurídica*, tomo XXIII, pág. 598, donde el autor afirma que «(...) es muy general la queja de lo desatendidos que están por el Código de Comercio los intereses de los obligacionistas, privados de toda intervención en la gestión de la compañía emisora y precisados a ver, sin poder poner remedio, el desacuerdo con que acaso se la lleve». Igualmente, vid. PONSA GIL: *Sociedades civiles, mercantiles, cooperativas y de seguros*. I, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, s/f (s.e. 1923), págs. 297 y sigs., pone de manifiesto la precaria situación de los obligacionistas hipotecarios en cuanto a las posibilidades de información sobre la situación de la sociedad emisora, no sólo en nuestro Derecho, sino en el de la mayoría de los países, y apunta una solución afirmando que «(...) la Ley debería regular la intervención de los obligacionistas por medio de un *inspector síndico* o *mandatario*, o, como suele hacerse en Inglaterra, concediendo voto deliberativo a los obligacionistas en las juntas generales de accionistas, y estableciendo, como en Suiza, la *comunidad* de obligacionistas».

(40) Las tesis mantenidas por GARRIGUES acerca de la analogía entre el sindicato de obligacionistas y la sociedad anónima han influido, sin duda, a la hora de conformar el estado de la opinión doctrinal sobre la materia (*Tratado*, I-2, cit., páginas 810-811). Vid., en el mismo sentido, DUQUE: *Obligaciones*, cit., págs. 857 y sigs. Sin embargo, la doctrina no es pacífica en este punto, ya que son diversas las posturas acerca de la naturaleza jurídica del sindicato de obligacionistas. Así, RUBIO parece ver una *cotitularidad* de derechos de crédito a la que la Ley impone forzosamente un tratamiento uniforme (cfr. *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1974, págs. 440-441); mientras que ARRILAGA, probablemente influido por la doctrina francesa, defiende que, a semejanza de lo que sucede con los acreedores de la quiebra, los obligacionistas constituyen una *masa* con personalidad jurídica (cfr. *Emisión de obligaciones*, cit., págs. 185 y sigs.). Por último, también cabe destacar a quienes propugnan la tesis de la *sociedad civil*

ción (conjunto de personas que se unen para alcanzar un fin común a las mismas), porque se compone de una pluralidad de miembros, es decir, de todos los obligacionistas; existe una *finalidad* para cuya consecución se unen, como es la defensa de los legítimos intereses de la colectividad, y, por último, posee una *organización* que se hace visible a través de un órgano deliberante, la Asamblea, y otro ejecutivo y de representación, el comisario.

A través de la constitución obligatoria de un órgano de defensa, el legislador ha querido, en definitiva, que los obligacionistas se anticipen a organizarse, se agrupen antes de aquel momento en el que, previsiblemente, la sindicación ya sirve de poco; así sucede cuando sobrevienen las crisis económicas o, en última instancia, la quiebra de la sociedad emisora de los títulos (41). El medio más adecuado para conseguir la finalidad perseguida no parece ser otro que el de exigir la cons-

---

[*vid.* VELASCO ALONSO: *La Ley de Sociedades Anónimas*, 5.ª ed. (reimpr.). Madrid, 1984, pág. 563], posiblemente también bajo la influencia de la práctica francesa anterior al Decreto-ley de 1935, que, a su vez, es la solución acogida por el artículo 112 del Proyecto de Código de Comercio español de 1926. Sin embargo, como afirman URÍA-MENÉNDEZ, en GARRIGUES-URÍA: *Comentario*, II, cit., págs. 595 y sigs., y DUQUE, *ob. y loc. últ. cit.*, la trascendencia de la calificación, en los momentos actuales, es secundaria desde el instante en que el propio legislador asume la iniciativa. Es más, en el artículo 113 de la LSA, se emplea el término «asociación» como sinónimo de «agrupación», con lo cual simplemente se apunta «a un tipo de organización plurisubjetiva, cuya especie habría que precisar después». No obstante, parece conveniente recordar que al estado actual se ha llegado tras una viva discusión en torno a la distinción entre asociación y sociedad, y, a su vez, entre sociedades civiles y sociedades mercantiles. Para su estudio, *vid.*, entre otros, GARRIGUES: «Teoría general de las sociedades mercantiles», *RDM*, 1974, páginas 7 y sigs., y 1976, págs. 519 y sigs.; *id.*, *Curso de Derecho mercantil*, I, 7.ª ed., Madrid, 1976, págs. 306 y sigs.; GIRÓN: «Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho comparado», *RDM*, 1946, páginas 345 y sigs., especialmente págs. 401 y sigs.; *id.*, «Sobre los conceptos de sociedades en nuestro Derecho», *RDP*, 1954, págs. 369 y sigs.; *id.*, «Los conceptos y tipos de sociedades en los Códigos Civil y de Comercio y sus relaciones», en *Estudios del Centenario de la Ley del Notariado*, IV, Madrid, 1964, págs. 1 y sigs.; *id.*, *Derecho de sociedades*, I, Madrid, 1976, págs. 25 y sigs., y la abundante bibliografía extranjera contenida en las anotaciones al texto; *id.*, *Apuntes de Derecho mercantil (Sociedades. Parte general)*, Madrid, 1983-84, págs. 5 y sigs.; GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, J. M.: «Los criterios de Derecho español sobre distinción de sociedades mercantiles y sociedades civiles y sus consecuencias prácticas», *RDM*, 1957, págs. 51 y sigs.; CÁMARA ALVAREZ, M.: *Estudios de Derecho mercantil*, I-I, 2.ª ed., Madrid, 1977, págs. 101 y sigs.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: *La atipicidad en Derecho de sociedades*, Zaragoza, 1977, págs. 293 y sigs.; Díez-PICAZO, L.: *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1983, págs. 537 y sigs.; URÍA: *Derecho mercantil*, 13.ª ed. (reimpr.). Madrid, 1986, págs. 117 y sigs.; BROSETA: *Manual de Derecho mercantil*, 6.ª ed., Madrid, 1985, págs. 129 y sigs.; SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones de Derecho mercantil*, 12.ª ed., Madrid, 1986, págs. 149 y sigs.; VICENT CHULIÀ: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I, 2.ª ed., Barcelona, 1986, páginas 185 y sigs.

(41) Cfr. URÍA-MENÉNDEZ, en GARRIGUES-URÍA: *Comentario*, II, cit., pág. 528.

titución de una asociación de defensa como condición necesaria para la licitud de la emisión. Se puede, pues, afirmar que el Sindicato es una *asociación necesaria, sui generis*, en cuyo nacimiento y extinción no juega para nada la voluntad de los obligacionistas, los cuales van integrándose en él conforme adquieren los títulos (42). Como no todos los obligacionistas adquieren los mencionados títulos a la vez, sino sucesivamente, respetándose por lo general el orden de las peticiones de los suscriptores, la Ley recurrió a un sistema que da lugar a que el Sindicato exista desde que dos obligacionistas, al menos, *hayan recibido* los títulos, incluso con carácter provisional, puesto que la constitución no está vinculada a la suscripción que efectúen los obligacionistas, sino a la recepción de los títulos, y va ensanchando paulatinamente su base personal hasta que, entregado el último título de la emisión, se agota el número de los tenedores de obligaciones (43). Mas, para que el Sindicato quede válidamente constituido, es necesario que la escritura de emisión se haya inscrito en el Registro oportuno con anterioridad a que aquél comience sus actuaciones; en otro caso, no existirá tal Sindicato por no haberse cumplido el requisito previsto en el artículo 121 de la Ley (44).

El Sindicato nace, por tanto, como órgano necesario en cada emisión que realice una sociedad anónima (45), y actuará —como se ha indicado

---

(42) El último párrafo del artículo 117 de la LSA dice: «La suscripción de los títulos implica para cada obligacionista la ratificación plena del contrato de emisión y su adhesión plena al sindicato». Se deduce de aquí que la tutela de los intereses colectivos prima en la intención del legislador, ante la defensa individual de los derechos de los obligacionistas, puesto que no cabe pensar en otro acto de voluntad individual que no sea el de la propia adquisición de los títulos, ya que de este acto derivan una ratificación y una adhesión automática de las que no forma parte la autonomía de la voluntad; este motivo conduce de nuevo a mantener que la agrupación de los obligacionistas en un sindicato es una *asociación «sui generis»* a la que no es posible aplicar normas de figuras preexistentes (vid. URÍA-MENÉNDEZ, *ob. cit.*, II, págs. 595 y sigs.; URÍA: *Derecho mercantil*, cit., páginas 418 y sigs.; GIRÓN: *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, página 559; DUQUE: *Obligaciones*, cit., págs. 857 y sigs.; SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones de Derecho mercantil*, cit., pág. 310).

(43) Vid. URÍA-MENÉNDEZ, *ob. cit.*, II, pág. 592; GIRÓN, *ob. y loc. últ. cit.*; RUBIO: *Curso*, cit., pág. 432.

(44) Según GIRÓN, el carácter anfibiológico del último inciso del punto primero del artículo 121 de la LSA queda resuelto mediante el contenido del artículo 125 de la misma (cfr. *Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 559).

(45) La pluralidad de organizaciones es también la solución más generalizada en Derecho comparado; en Suiza, artículo 1.157, segundo párrafo, de la OR (vid. ZIEGLER: «Obligationenrecht», en *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, VII, Berna, 1950, págs. 26 y sigs.); en Italia, así lo entiende un sector de la doctrina (vid. PETTITI: *I titoli obbligazionari*, cit., págs. 209 y sigs.; CAMPORASSO: *Le obbligazioni*, cit., págs. 114 y sigs.), mientras que otro sector se muestra favorable a una única organización articulada en varias asambleas, en la que queden agrupados los obligacionistas pertenecientes a las diversas emisiones que la sociedad haya realizado (vid. FORMIGGINI: «Diritti individuali degli azionisti privilegiati e degli obbligazionisti», *Riv. Trim. Dir. Prov. Civ.*, 1952, pág. 118). Por

más arriba— por medio de dos distintos instrumentos. Uno es el comisario, de carácter estable y habitual, que posee facultades de gestión y representación, así como la de interponer las acciones colectivas que correspondan al Sindicato en defensa de los intereses de los sindicados, además de servir de enlace de las relaciones entre la sociedad emisora y el propio Sindicato. El otro es la Asamblea, órgano permanente en cuanto a su existencia e interminante en cuanto a su actuación, pues su objeto fundamental es deliberar y decidir sobre todas aquellas cuestiones que afecten, por mínima que sea la modificación propuesta, a las condiciones expuestas en el contrato de emisión y ratificadas por los obligacionistas en su adhesión al Sindicato.

### 3.1. *El problema de la legislación aplicable a las situaciones de crisis de la sociedad emisora*

El estudio de la posición jurídica de los obligacionistas en los supuestos de crisis económica judicialmente declarada de la sociedad emisora exige distinguir las situaciones de suspensión de pagos y de quiebra de cualquier sociedad mercantil o de una compañía o empresa de ferrocarriles y demás obras públicas, pues así lo ha querido el legislador ya desde el siglo XIX. Además, la relevancia y protagonismo atribuidos, en aquellos momentos, a los obligacionistas en la legislación especial dedicada a solucionar los problemas planteados por la construcción de las grandes obras de ingeniería no se han visto alterados hasta la fecha.

En la sección octava del título primero del libro IV del Código de Comercio vigente (arts. 930 a 941) se hallan las normas aplicables a las suspensiones de pagos y a las quiebras de las compañías o empresas de ferrocarriles y demás obras públicas; pero el último artículo de la sección anterior, es decir, el 929, remite a aquellos preceptos para la resolución de las proposiciones de convenio que las compañías (46) pu-

---

último, respecto a Francia, la introducción de un segundo párrafo en el artículo 293 de la Ley de Sociedades, por el que se permite reagrupar en una única masa a obligacionistas de distintas emisiones con derechos *idénticos*, abre la posibilidad de que la doctrina señale que, independientemente de cuál fuera la situación concreta que motivara la reforma, dicha norma posee un carácter general y, en consecuencia, podrá acogerse a ella cualquier sociedad (*vid.* ROBLOT: *Traité*, I, cit., página 935; TAITHE-SICHEL: *Obligations ordinaires*, cit., págs. 126 y sigs.).

(46) Puede entenderse que se trata de cualquier Sociedad Anónima en general, pues a pesar de que el artículo 929 del Código de Comercio no especifica a qué sociedades se refiere, sí advierte que la compañía estará representada durante la quiebra según hubieren previsto para este caso los Estatutos, y en su defecto, por el Consejo de Administración, lo cual parece bastante concluyente respecto a cuál fue la intención del legislador en relación con la delimitación del tipo de sociedades a las que se dirige el precepto. Asimismo, en este sentido cabe

dieran presentar a los acreedores, aún estando incursas en quiebra y cualquiera que fuera el estado de la misma. Con ello vemos que aún existiendo una disciplina aplicable a la suspensión de pagos y a la quiebra de las sociedades en general, en materia de convenio es precisamente la legislación especial la que nutre, en nuestro Derecho, ese régimen. Y lo hace desde la perspectiva histórica de la solución concreta dada a las situaciones de insolvencia de las compañías de ferrocarriles, para las que resultaba impensable llegar a la quiebra, porque la instalación del ferrocarril era considerada de interés público y, en consecuencia, prácticamente nada podía detener la carrera emprendida para financiar, primero la construcción y después la explotación, de ese medio de transporte. Como ya hemos visto, la gravedad de la situación a la que se llegó aconsejó dar una amplia y activa participación a los principales acreedores de las compañías, en definitiva, a los obligacionistas, en los convenios que aquélla planteara para intentar resolver el incumplimiento de sus compromisos del modo menos gravoso posible.

La aprobación de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 no modificó la situación, pues se limita a establecer (art. 1.º) su inaplicabilidad a las sociedades comprendidas en el artículo 930 del Código de Comercio, lo cual equivale a una aceptación expresa del complejo régimen que hasta entonces se había desarrollado en torno a las compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras públicas.

Sin embargo, para el resto de las sociedades mercantiles conviene hacer algunas precisiones, ya que, por un lado, el capítulo VII de la Ley de Sociedades Anónimas sólo es aplicable a las emisiones de obligaciones realizadas por sociedades anónimas, dejando en manos del emisor o de un número de obligacionistas la constitución del Sindicato, cuando se trate de la emisión de obligaciones por sociedades que no hayan adoptado la forma de anónimas, asociaciones u otras personas jurídicas (art. 6.º de la Ley de 24 de diciembre de 1964). Por otro lado, la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 no hace la más mínima referencia especial a los obligacionistas; este dato viene a complicar el problema, porque parece, entonces, que no se produjeran más situaciones de crisis que preocuparan que aquellas que se ocasionaran alrededor de las sociedades anónimas que realizasen alguna obra pública gozando de subvención del Estado, o para cuya construcción hubiese precedido concesión legislativa o administrativa.

No nos parece, sin embargo, correcta esta insinuación; lo que sucede más bien es que una vez más se pone de manifiesto la falta de coherencia

---

interpretar la mención expresa del artículo 928 al convenio en la quiebra de *Sociedades Anónimas*.

de las normas concursales, e igualmente, de nuevo, florece la falta de previsión con que se ha tratado la posición jurídica de los obligacionistas en general, que no cuentan más que con el sistema establecido en la Ley de Sociedades Anónimas.

Por último, y separándose aún más de la lógica de la disciplina aplicable, el artículo 132 de la Ley de Sociedades Anónimas declara que las disposiciones del capítulo VII de la misma —entre las que se incluye la existencia de la organización imperativa de los obligacionistas— se entienden sin perjuicio de lo establecido en las leyes que hayan autorizado una emisión o regulen la suspensión de pagos de ciertas empresas, como las de ferrocarriles y demás obras públicas.

Todo ello contribuye a fundamentar las conclusiones a que llegá-bamos más arriba, en el sentido de que la disciplina sobre la tutela de los intereses comunes de los obligacionistas se encuentra, por primera vez, en las Leyes de Suspensión de Pagos de las compañías de ferrocarriles. Mas su estudio estaría incompleto si no se tratara, igualmente, desde la perspectiva de la Ley de Sociedades Anónimas, donde podremos encontrar otros argumentos para justificar la actuación del Sindicato de obligacionistas ante la situación de insolvencia de la sociedad emisora de los títulos.

### 3.2. *La actuación del Sindicato en torno a la situación de crisis de la sociedad emisora*

En el marco general de competencias atribuidas a la Asamblea por el artículo 122 de la Ley de Sociedades Anónimas, cabe destacar la referente al ejercicio de las acciones judiciales correspondientes. El ejercicio de dichas acciones, una vez sometidas a la deliberación y aprobación de la Asamblea (art. 118, primer párrafo, de la Ley) podrá ser realizado por el comisario.

Este es el contexto en el que cabe referirnos a la intervención del órgano colegiado de protección de los obligacionistas, el Sindicato, en los procedimientos de crisis económica de la sociedad emisora de los títulos, en sustitución de la intervención individual y aislada de cada uno de aquéllos. De este modo —como se reconoce en la exposición de motivos de nuestra Ley— se ha intentado paliar «la situación de desamparo en la que se encuentra el obligacionista aislado frente a la sociedad emisora, *sustituyendo* su acción individual y aislada por la acción colectiva dirigida por un organismo designado de diverso modo, cuya misión consiste esencialmente en representar a los obligacionistas ante la sociedad o ante los órganos administrativos o jurisdiccionales». En consonancia con esa declaración, el citado artículo 122 recoge la norma que per-

mite justificar la afirmación de la que partimos: la competencia del Sindicato para instar y actuar durante el procedimiento concursal de la sociedad emisora.

a) *Motivos que justifican el mantenimiento del Sindicato durante el estado de quiebra de la sociedad emisora*

La intervención en la quiebra, a través del órgano colectivo de defensa, sirve para facilitar las relaciones entre la sociedad deudora y sus obligacionistas, e incluso entre estos últimos y los órganos de la quiebra o de la suspensión, y más concretamente con los síndicos e interventores, que, según el artículo 1.101 del Código de Comercio de 1829 (vigente a través del artículo 1.378 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), habrán de intervenir en el examen y reconocimiento de los créditos. Esta tarea presenta grandes dificultades si la relación de acreedores (artículo 1.004 del Código de Comercio de 1829) ha de formalizarse haciendo mención individual de las obligaciones pendientes de amortizar, sobre todo por la complejidad que entraña el seguimiento de los títulos al portador; pero si admitimos la posibilidad de incluir en la relación a las obligaciones por el total de la deuda pendiente de amortización, dado que se trata de un *crédito único* (47), los problemas quedarán disipados (48).

No obstante, cabe señalar nuevamente que el reconocimiento expreso de la legitimación del Sindicato para solicitar e intervenir en la quiebra, en representación de sus miembros, evitaría cualquier duda respecto a la interpretación del concepto de *interés común* y sus límites en relación con los derechos individuales de los obligacionistas.

---

(47) El título-obligación no viene más que a individualizar, a través del documento, una parte de un todo que es el empréstito obligacionista que da lugar a la emisión. *Vid.* VERDERA: «La emisión de títulos en la nueva Ley española de Sociedades Anónimas», *Ann. Dir. Comparato*, XXX, Roma, 1954, pág. 51; PALA MEDIANO: «La agrupación de obligacionistas», *AAMN*, 1950, pág. 230; ARRILAGA: *Emisión de obligaciones*, cit., pág. 15.

(48) En este sentido, creemos que ha de interpretarse igualmente el artículo 11, número 4, del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, en el que se exige que cuando sea el propio deudor quien inste la declaración de su concurso, deberá acompañar al escrito de solicitud «una sucinta relación del total pasivo, con expresión individualizada de las deudas vencidas y de las que venzan dentro de los seis meses siguientes». En contra, *vid.* SAGRERA TIZÓN: «Una grave laguna en el Anteproyecto de Ley Concursal: La imposible inclusión de los acreedores obligacionistas», *RGD*, núms. 481-482, octubre-noviembre 1984, págs. 2399 y sigs., donde el autor reconsidera que los obligacionistas quedan apartados de intervenir en el procedimiento concursal, a tenor del Anteproyecto, por cuanto entiende que el presidente del sindicato de obligacionistas «no se halla facultado para asumir una representación en bloque de tales obligacionistas, que vendrían a constituir una masa anónima de desconocidos, pero existentes y reales acreedores, privilegiados, por más señas (...)».

En definitiva, tanto por las soluciones que aportan ordenamientos próximos al nuestro como por la tendencia generalizada a buscar la tutela de derechos comunes a través de órganos colegiados, entendemos que en la futura reforma de la materia se debería tener en cuenta que la existencia de un Sindicato de obligacionistas es beneficiosa para todos los participantes en la emisión, y que sus competencias deben llegar hasta el mismo límite que impone la defensa de los derechos individuales, sin dejar ningún resquicio a la duda acerca de su legitimación para actuar en nombre colectivo, cuando los intereses en juego sean los de todos los obligacionistas.

b) *Ejercicio de la acción colectiva frente a la tutela individual de los derechos*

Esta afirmación, reiteradamente mantenida a lo largo de este trabajo, es la que puede llegar a cerrar el círculo que comienza con la constitución de un órgano de defensa, pues llegar la competencia del Sindicato para entablar las acciones judiciales correspondientes sería tanto como dejarlo reducido a una colectividad inoperante, capaz de adoptar acuerdos, pero incapaz de ejecutarlos, lo que incurriría en el contrasentido de conceder derechos y negar los medios de hacerlos efectivos (49).

La existencia de un órgano colectivo que actúe en interés del grupo, adoptando sus decisiones por mayoría, puede parecer, a primera vista, una limitación de los derechos individuales de los obligacionistas; es decir, la facultad que posee el Sindicato para ejercer las acciones judiciales que procedan, podría interpretarse como una restricción de los derechos propios de la condición de obligacionista. Pero no es así. Históricamente, la constitución de un órgano de defensa o Sindicato de obligacionistas encuentra una de sus razones de ser precisamente en la desasistencia y poca o nula efectividad que han encontrado los obligacionistas al intentar defender sus derechos individualmente ante la sociedad emisora. Este antecedente conduce justamente al asociacionismo convencional de los obligacionistas, en un intento de mejorar su posición ante los problemas que pudieran plantearse con la sociedad emisora hasta la total y definitiva amortización de la deuda. Con el transcurso del tiempo y vista la utilidad de la organización colectiva tanto para los obligacionistas como para la propia sociedad emisora, la organización adquiere carácter legal (50).

(49) Cfr. URÍA-MENÉNDEZ, en GARRIGUES-URÍA: *Comentario*, II, cit., pág. 610.

(50) Con todo, el obligacionista no queda absolutamente desprotegido del ejercicio individual de sus derechos, pues se le reconoce el ejercicio de acciones judiciales o extrajudiciales cuando no contradigan los acuerdos del Sindicato, den-

Por último, es preciso añadir que en Derecho italiano, inspirador directo de nuestra Ley, se declara explícitamente, a través del artículo 2.418 del Código Civil, que el representante común de los obligacionistas posee la representación procesal de éstos en los casos de administración controlada, convenio preventivo, quiebra y liquidación forzosa de la sociedad deudora (51). Si el legislador español hubiera seguido, en este sentido, la tendencia del Código Civil italiano de 1942, evidentemente habría contribuido a paliar muchos de los problemas que, dada la normativa vigente, pueden hacer vacilar al intérprete respecto a la necesidad de actuar colegiada y no individualmente, ante la situación de insolvencia de la sociedad emisora.

Sin embargo, es preciso señalar una vez más que nada dice la Ley de Sociedades Anónimas en relación a la actuación del órgano colectivo de los obligacionistas cuando la sociedad esté incurso ya en un procedimiento de insolvencia; es decir, cuando la sociedad emisora de los títulos o bien cualquiera de sus acreedores se hayan anticipado a los propios obligacionistas, solicitando la apertura del procedimiento concursal. Pero, si de lo que trata es de dirimir la legitimación del Sindicato de obligacionistas para actuar en nombre y defensa de los legítimos intereses de aquéllos, no cabe duda de la existencia en la Ley de los apo-

---

tro de su competencia, y sean compatibles con las facultades que al mismo se hubiesen conferido (art. 123 LSA). *Vid.*, en este sentido, URÍA-MENÉNDEZ, en GARRIGUES-URÍA: *Comentario*, II, cit., págs. 617 y sigs., donde se trata de establecer las afinidades y diferencias del artículo 123 de la Ley española con el artículo 2.419 del Código Civil italiano. Existe, no obstante, entre ellos una diferencia sustancial: mientras la norma italiana exige, para el ejercicio de las acciones individuales, que sean compatibles con los acuerdos de la asamblea, el artículo 123 de la LSA exige que la acción *no contradiga* los acuerdos del Sindicato y, además, sea compatible con las facultades que se le hayan conferido, lo cual parece indicar que el obligacionista podrá actuar aisladamente cuando se trate de impugnar el acuerdo adoptado por la asamblea, si bien existen situaciones que, aunque improbables, también pueden contar con su actuación individual. Dichos supuestos son los siguientes: a) cuando ejercite una acción dirigida a la defensa de intereses o derechos privativamente suyos; b) cuando no exista acuerdo del Sindicato respecto al ejercicio de la acción colectiva; c) cuando existiendo acuerdo válido del Sindicato, la acción ejercitada por el obligacionista individualmente no contradiga ese acuerdo y sea compatible con las facultades de aquél; d) cuando el acuerdo del Sindicato haya sido tomado fuera de la órbita de su competencia, y e) cuando el acuerdo de la asamblea lesione el interés común en beneficio de uno o varios obligacionistas.

Por último, es necesario añadir que las limitaciones a que se alude, en cuanto al ejercicio individual de las acciones judiciales, se ponen de manifiesto en la práctica; desde la entrada en vigor de la LSA sólo se han dictado por el Tribunal Supremo las Sentencias de 4 de enero de 1962 y de 3 de marzo de 1984, en materia de impugnación de acuerdos de la asamblea de obligacionistas.

(51) *Vid.* FERRARA: «La posizione degli obbligazionisti nel concordato della società emittente», *Dir. Fall.*, I, 1960, págs. 19 y sigs.; SACCHI: *Gli obbligazionisti nel concordato*, cit., págs. 83 y sigs.; PETTITI: *I titoli obbligazionari*, cit., pág. 254; CAMPOBASSO: *Le obbligazioni*, cit., págs. 121 y sigs.

yos necesarios para hacer tal afirmación, a pesar de la inexistencia de una declaración expresa en este sentido. De nuevo, por tanto, acudiremos al tenor literal del artículo 122 de la Ley de Sociedades Anónimas, en el que se establece que la Asamblea «se presume facultada para (...) ejercer, cuando proceda, las acciones judiciales correspondientes», para encontrar un argumento de carácter general en favor de la actuación de aquélla. Ha de tenerse en cuenta además la subordinación a esta actuación que consagra el artículo 123 de la citada Ley en relación con el ejercicio individual o separado por los obligacionistas de las acciones, tanto judiciales como extrajudiciales, que les corresponda.

A través de la actuación colectiva, el obligacionista no verá perjudicado su interés económico ni lesionado su derecho individual de acreedor, porque no se pretenderá una finalidad distinta a la que individualmente pudiera obtener, en cuanto a la satisfacción de su crédito. Es más, esta actuación podrá beneficiar la defensa de aquellos que separadamente, bien por desconocimiento de los trámites a seguir o bien por el elevado coste económico que supone la iniciativa procesal (que aún puede considerarse proporcionalmente mayor, cuando es pequeño el número de obligaciones que se poseen), no harían nada en defensa de su crédito.

De este modo, estimamos que respecto a la emisión de obligaciones ordinarias no parecen existir dudas en cuanto a la legitimación de la Asamblea para adoptar el acuerdo necesario para que el comisario ejercite la acción colectiva en solicitud de la declaración de quiebra de la sociedad emisora; así parece desprenderse de los artículos 118 y 122 de la Ley de Sociedades Anónimas, en desarrollo de los artículos 875, 2.º, y 876 del Código de Comercio vigente, relativos a la legitimación para poder instar la declaración de quiebra. Ahora bien, la falta de un acuerdo de la Asamblea en este sentido no puede perjudicar los créditos de los obligacionistas, por lo que éstos podrán actuar individual o separadamente *cuando no exista* una decisión del Sindicato (52).

Si el obligacionista se anticipa a la decisión de la Asamblea e interpone la acción, nada impide que actúe individualmente, pero una vez que se produzca un acuerdo válido, si la acción ejercitada de manera aislada no contradice ese acuerdo y es compatible, además, con las facultades del órgano colectivo, vendría a ser como un coadyuvante del comisario —como representante procesal de los obligacionistas—, en el ejercicio de la acción, interviniendo a su propia costa en el proceso,

---

(52) Vid. ARRILLAGA: *Emisión de obligaciones*, cit., pág. 233; URÍA-MENÉNDEZ, *ob. cit.*, II, pág. 619, *in fine*, interpretado a *sensu contrario*.

algo que, evidentemente no parece lo más beneficioso para sus intereses económicos (53).

Si, por el contrario, no se produce el acuerdo de la Asamblea, aún cabe la actuación del comisario, conforme al último párrafo del artículo 118 de la Ley de Sociedades Anónimas, en tutela de los intereses comunes de los obligacionistas. El obligacionista aislado no podrá ejercitar individual y separadamente otra acción paralela o divergente para la defensa del mismo interés o derecho, alegando la inactividad del Sindicato, puesto que el comisario está facultado, conforme al citado precepto, para actuar sin necesidad de un acuerdo previo de la Asamblea (54), y parece difícil admitir que esta actuación pueda ir en contra de los intereses comunes de los obligacionistas, pretendiendo beneficiar a la sociedad emisora, cuando se trata de intervenir en el procedimiento concursal de ésta (55).

### c) *Consideración especial del régimen de las obligaciones garantizadas*

Distinto es el planteamiento cuando se trate de determinar la actuación del Sindicato en el supuesto de obligaciones garantizadas. Partiendo de la atribución de legitimidad de la Asamblea de obligacionistas para acordar lo que mejor convenga a sus intereses comunes, nos encontramos con la facultad que el artículo 120 de la Ley concede al comisario para hacer pago del principal con los intereses vencidos, cuando la emisión estuviera garantizada con hipoteca mobiliaria o inmobiliaria, prenda de efectos públicos o prenda sin desplazamiento y la sociedad hubiera demorado el pago de intereses por más de seis meses (56). De ello se

(53) Vid. FORMIGGINI: *Diritti individuali degli azionisti privilegiati*, cit., página 117.

(54) Cfr. URÍA-MENÉNDEZ, *ob. cit.*, II, pág. 260.

(55) No parecen existir dudas acerca de la posibilidad de actuación del comisario sin previo acuerdo de la asamblea, conforme a la interpretación dada al artículo 118. En este sentido, *vid.* URÍA-MENÉNDEZ, *ob. y loc. ult. cit.* Sin embargo, esta cuestión es objeto de polémica en la doctrina italiana, donde se plantea la legitimidad y admisibilidad de la delegación de competencias realizada por la asamblea de obligacionistas al representante común, cuando se trate de atribuirle poderes distintos de aquellos que vengan determinados por la ley. A favor de admitir esta competencia, en base al artículo 2.415, 5.º, del Código Civil, *vid.* PETTITI: *I titoli obbligazionari*, cit., pág. 230, aunque en la pág. 225, nota 1. señala la imposibilidad de delegar determinadas competencias en materia regulada por normas de orden público; SACCHI: *Gli obbligazionisti nel concordato*, cit., págs. 78 y sigs. En contra, haciendo valer la fijación de competencias realizada por el artículo 2.418 del Código, *vid.* FRE: *Società per azioni*, cit., pág. 593; PESCATORE: *Il rappresentante comune degli obbligazionisti*, cit., págs. 148 y sigs.

(56) El artículo 9, 1.º e), del Anteproyecto de Ley Concursal, elaborado en el seno de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, y aprobado en junio de 1983, admite la solicitud de concurso instada por un acreedor, cuando

deduce que las obligaciones con las garantías citadas poseen un tratamiento preferente respecto al resto de las obligaciones y, en general, en relación con el resto de los acreedores, puesto que no se trata de separarlas del convenio que la sociedad emisora celebre con el resto de sus acreedores (art. 899 del Código de Comercio) ni del derecho de abstenerse de tomar parte en la resolución del convenio, derecho que se reconoce en el artículo 900 del Código de Comercio, a los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios; se trata de un derecho directo e inmediato, a ejecutar los bienes aportados por la sociedad en garantía del pago, tanto del principal como de los intereses, primas o lotes que se hubieran estipulado en el contrato de emisión, y que llegarán hasta donde alcance la garantía, según el artículo 884 del Código.

Por tanto, no nos separa de la cuestión principal que nos ocupa mantener que el Sindicato, cuando corresponda a una emisión de obligaciones garantizadas, también podrá actuar en nombre de los obligacionistas adoptando el acuerdo que conduzca a la solicitud de la apertura del procedimiento; pero no se puede olvidar que el legislador ha puesto a disposición de aquéllos un sistema más rápido y seguro, a través de la ejecución, por lo que cabría pensar en la inexistencia de motivos concretos por parte de los obligacionistas para solicitar la apertura del procedimiento de quiebra, si bien, tratándose de una cuestión de orden público, no puede negarse la legitimación activa al comisario para interponer la acción, en tutela de los intereses comunes de los obligacionistas (57).

MARÍA LUISA APARICIO GONZÁLEZ

Profesora de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

el sobreseimiento en los pagos, aun no siendo definitivo ni completo, afecte al conjunto de las obligaciones del deudor o, entre otros, en concreto, a los «intereses, amortizaciones, reembolsos u otras prestaciones establecidas en la *emisión de obligaciones*, o cualesquiera otros valores, cuando haya transcurrido más de un mes desde el respectivo vencimiento». Con ello, se produce un reforzamiento, en general, de los derechos de los obligacionistas, que han de ver pasar un plazo de tiempo corto desde que la sociedad incumple sus obligaciones para hacer valer sus derechos.

(57) El artículo 900 del Código de Comercio otorga a los tenedores de obligaciones hipotecarias una situación claramente privilegiada respecto al resto, puesto que pueden optar entre proceder a la solicitud de ejecución de la garantía y renunciar a la preferencia, en el supuesto de que la sociedad presentara una propuesta de convenio, entrando a formar parte de la masa de acreedores. Solución que, por otra parte, entendemos que no tiene por qué ser perjudicial para sus intereses, pues piénsese que el desarrollo posterior de los acontecimientos, habiéndose llegado a una solución transaccional, puede dar lugar a una revalorización de los activos de la sociedad saneada, y de ello, indudablemente, también se podrá beneficiar el obligacionista. En este sentido, *vid. SANTINI: Soluciones jurídicas*, cit., pág. 57.

# DICTAMENES Y NOTAS



# La interpretación de los contratos de adhesión por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Las consecuencias de lo que vamos estudiar son los resultados que derivan de la calificación de determinados contratos, como los de Adhesión o contratos de contenido fijo y su corrección en punto a la interpretación de sus cláusulas por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS); pero antes de entrar en un examen jurisprudencial (por demás somero) previamente hemos de ver o examinar la valoración jurídica del consentimiento y la significación o naturaleza jurídica de los negocios concluidos por adhesión, es decir, estos dos puntos previos y fundamentales para poder llegar a conocer cómo el TS ha dado una interpretación a las cláusulas unilateralmente formuladas por una de las partes contratantes.

La aparición de esta modalidad contractual, que con la denominación de «Condiciones generales del contrato» tiene plena consagración legislativa en el Libro de las Obligaciones del Código italiano (arts. 1.341, 1.342 y 1.370), fue motivada por razones puramente económicas y técnicas, a su vez impulsadas por exigencias de las grandes concentraciones industriales y de capital que modificaron sustancialmente las bases del liberalismo económico del pasado siglo y que es el trasunto en normas jurídicas de los preceptos reguladores de la contratación privada en los códigos del siglo pasado que admiten ampliamente el apotegma *laissez faire, laissez passer* de la escuela fisiocrática y que se traducían en una intervención negativa de los organismos estatales dejando abandonada la regulación, contenido y eficacia contractual a la autonomía privada que a su vez ésta encontraba su mejor fundamento en la libertad de contratación.

El impulso económico, técnico, material y social ha venido a transformar las bases jurídicas de la contratación tradicional tal como fue ideada por el movimiento revolucionario codificador francés; el derecho, que tiene sus mejores raíces en la realidad económico-social, al modificarse ésta, han subvertido violentamente las bases sobre las que se elaboraba la contratación privada, aquí puede observarse un paralelismo entre lo que los sociólogos denominan «sociedad de consumo» y un ordenamiento típicamente social sometido a unas reglas de «estandarización» que jurídicamente se reflejan en la tipificación contractual de su contenido.

## II

### VALORACION JURIDICA DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS LLAMADOS DE ADHESION O DE CONTENIDO FIJO O PREDETERMINADO

Jurídicamente entran en juego una voluntad propiamente constitutiva, que es la empresa que redacta unilateralmente el esquema, la póliza o el formulario, y otra voluntad adhesiva, que es la que está representada por el usuario consumidor. Se habla entonces de una crisis tanto en la formación inicial, por cuanto hay una voluntad unilateral constitutiva, que es la creadora de su contenido, y otra que se limita tan sólo a adherirse al mismo, de tal forma que, dada la preponderancia económica de estas empresas, el usuario se ve necesaria y forzosamente obligado a contratar. Las exigencias sociales le obligan a ello. Pero, por otro lado, no discute ni colabora en la formación del contrato, sino que de grado se somete a la fuerza normativa dictada unilateralmente por la empresa monopolizadora de los servicios o de los bienes de consumo de tal forma que no se unen ni funden dos voluntades, ni hay aquella plena coincidencia de la contratación tradicional; existe más bien una adhesión o sometimiento de una voluntad a otra; la doctrina a este proceso muy gráficamente lo ha denominado «deshumanización contractual».

De otra parte, la doctrina científica española hacer notar que no hacen falta estos rasgos, que por sí solos no son suficientes para identificar los contratos de adhesión, ya que la sola aceptación global de su contenido es un fenómeno que puede darse igual en otras esferas de la contratación civil y comercial. Tampoco es suficiente acentuar la situación de evidente desigualdad económica entre las partes interesadas, ya que esta desproporción se ve también en otros contratos que no se concluyen por adhesión, por ejemplo: en la venta para pago de deudas

en los préstamos hipotecarios para salir de una situación económica deficitaria.

Son notas diferenciadoras que establecen los límites fronterizos con otras modalidades contractuales, según la doctrina más predominante en España, las siguientes:

- 1.º El llamado «principio de unidad e invariabilidad del contenido contractual», es decir, la redacción previa del contrato por una sola de las partes (ver el art. 10, 2, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 14 de julio de 1984).
- 2.º El de «complejidad y tecnicismo», por cuanto el contrato reúne o consta de una serie de cláusulas que ofrecen cierta complejidad técnica que impide a veces al usuario consumidor conocerlas y, aún conocidas, comprenderlas en todo su verdadero alcance y sentido.
- 3.º El principio de la «generalidad y permanencia de la oferta», ya que el destinatario de esa oferta no es un individuo determinado, como ocurre en la contratación clásica individual, sino que es la generalidad de los consumidores (piénsese en las ofertas hechas a un público indeterminado de los grandes almacenes).
- 4.º El de la superioridad o preponderancia económica de la empresa monopolizadora de los bienes y servicios.

Por último, puede ser considerada como otra nota específica señalada por algunos autores la situación de «estado de necesidad»; es decir, la parte sometida, el usuario o consumidor, se encuentra casi siempre, por lo que jurídicamente se conoce con el nombre de «estado de necesidad», provocado éste por la situación de monopolio que de hecho gozan las empresas en la elaboración o prestación de los bienes o servicios que de un modo genérico o abstracto presentan al público consumidor.

## II

### SIGNIFICACION JURIDICA Y NATURALEZA DE LOS CONTRATOS LLAMADOS DE ADHESION

La investigación acerca de la naturaleza jurídica de los negocios concluidos por adhesión supera el área de una cuestión puramente académica, ya que cuando se plantea el problema fundamental que esta modalidad contractual presenta, el de la interpretación de sus cláusulas, es preciso antes haber tomado posición acerca de su calificación como

acto o como contrato. Es decir, si se estima como acto unilateral o reglamentario, las normas de interpretación deben de ser similares a las que presiden la interpretación de la ley, en la cual juega una importancia decisiva la voluntad misma del texto, o sea, la letra de la ley o la que se formuló o incorporó al esquema. En cambio, si se califica como contrato habrá de estarse a la intención y voluntad de ambos contratantes, haciéndose preciso entonces establecer las distinciones entre cláusulas esenciales y accesorias, impresas y manuscritas, claras y oscuras para aplicar a su interpretación las normas generales de hermenéutica, que recoge la legislación civil concordantes también con el artículo 57 del Código de Comercio.

Un sector de la doctrina lo configura como acto unilateral y reglamentario. En él se dice que no se puede hablar de contrato, puesto que las partes se encuentran en una situación de absoluta desigualdad, y que, además, ni ha intervenido una de ellas en la elaboración de su contenido ni en la formación de sus cláusulas, y hacen observar igualmente que la concepción tradicional del contrato configura a éste como acuerdo o coincidencia de dos voluntades libres. Efectivamente, en los actos o negocios jurídicos unilaterales no existe este acuerdo ni esta coincidencia, sino más bien, como su propio nombre indica, hay una adhesión, un «acto de adhesión» o sometimiento de una de las partes a la norma de carácter reglamentario, dictada por la otra, frente a la formación contractual clásica o tradicional en la que el juego de la oferta y de la aceptación es muy distinto. En los contratos de adhesión hay una voluntad, la oferta, que tienen carácter general y permanente, está destinada a engendrar un número indeterminado de contratos y se mantiene inalterada. Frente a ella hay una aceptación individual, es decir, emitida para cada caso concreto y además transitoria en sus efectos frente a la oferta, que hemos dicho tiene carácter general abstracto y permanente.

Claramente se advierte cómo, examinando el proceso de formación de los contratos de adhesión, no hay propiamente una coincidencia de dos declaraciones de voluntad, puesto que teleológicamente son distintas y no recíprocas, y en cuanto una es general y dirigida a un público indeterminado y la otra es concreta e individualizada.

Sin embargo, la crítica que se hace a esta tesis es la siguiente: según el artículo 1.254 del Código Civil es suficiente para la existencia de un contrato el consentimiento de dos partes y que estas partes se encuentren en situación de igualdad jurídica mas no económica, es decir: que las declaraciones de voluntad sean libres en su formación y en sus resultados. O sea, que exista una voluntad no viciada ni violentada. Así, no

es preciso que estas voluntades se encuentren en una situación o en una igual posición económica, porque, como hace notar la doctrina, supondría valorar la voluntad en función de la capacidad económica de aquélla. Por otra parte, el considerar como ley o como acto reglamentario la voluntad de la empresa, repugna a una sana construcción jurídica, y lo es en atención a las siguientes características:

- 1.º Porque la ley obliga a todos sin necesidad de la adhesión de los sometidos, que aquí se exige como condición indispensable.
- 2.º Porque los Entes públicos o con autorización delegada pueden gozar de un poder reglamentario normativo capaz de imponer reglas a otros aún contra o sin su voluntad.
- 3.º Porque tal conclusión choca con el sentido común, que siempre ha calificado a estos actos como contratos, y a nadie se le ha ocurrido configurar como un acto análogo a la ley, al contrato de seguros, al de transporte o a los contratos bancarios. Incluso con la propia dogmática jurídico-privada que se vería obligada a desdoblar la regulación de estas instituciones que serían contrato cuando apareciesen concertados individualmente y en aparente igualdad de fuerza y actos reglamentarios, cuando concurrieran las condiciones que caracterizan a los contratos de adhesión.

Paralelamente a esta tesis se desarrolla la denominada «Tesis Contractualista» o la llamada «Dirección Clásica»; ésta es la predominante en la doctrina española; la siguen GARRIGUES, PÉREZ SERRANO, VICENTE GELLA, VALVERDE, POLO, ROYO MARTÍNEZ, con cierta unanimidad en la doctrina civil o mercantil española; se fundan para ello en que los contratos de adhesión reúnen los requisitos de objeto, consentimiento y causa.

En el sentido de estimar que los contratos de adhesión con verdaderos contratos lo declaró la Sentencia de 12 de marzo de 1957: «La mayor parte de los autores afirman terminantemente la naturaleza contractual de los actos concluidos por adhesión, si bien entre ellos pueden establecerse ciertas gradaciones, desde los que piensan que la forma contractual es pura apariencia, o aquellos otros que los configuran como contratos colectivos en su conclusión, discutiéndose a su vez si constituyen una categoría propia, con autonomía dogmática en el sistema contractual, o si son una forma de manifestación común a todos los contratos, que sólo aporta variaciones de matiz en punto a las normas que presiden su interpretación, siendo evidente que se trata de verdaderos contratos en los cuales concurren, bien que en distinta medida que en el esquema

tradicional, los requisitos de consentimiento, objeto y causa, exigidos por el artículo 1.261 del Código Civil, pudiendo motivar la mayor o menor libertad con que se preste el consentimiento, normas especiales y más cuidadosas de interpretación, que mantengan la mayor justicia y reciprocidad entre las prestaciones de las partes, evitando el posible abuso de poder por parte de una de ellas, pero no alcanza a estimar viciado el consentimiento con arreglo a las normas tradicionales».

### III

#### DE LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

Conforme con los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil, lo que ha de perseguirse en la interpretación de los contratos es la determinación de la intención o voluntad de las partes. Para obtener este resultado el Código Civil establece diversos medios de interpretación que la jurisprudencia, especialmente en la Sentencia de 23 de octubre de 1925, ha clasificado en gramaticales, lógicos, sistemáticos y teleológicos.

Aunque el primer medio de interpretación que se menciona es el gramatical, la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que no hay jerarquía en los medios interpretativos, de forma que unos excluyan a los otros; es más, para determinar conforme al artículo 1.281 del Código Civil si la intención coincide con el sentido literal de sus cláusulas es necesario antes buscar esta intención, que sólo puede obtenerse por todos los demás medios interpretativos, por una recíproca cooperación entre ellos, para obtener así el único resultado que siempre ha de prevalecer: la verdadera y propia intención. Así lo dice el Tribunal Supremo en Sentencia de 3 de marzo de 1944, que acentúa este proceso unitario de todos los medios de hermenéutica admitidos por el Código Civil al establecer en esta Sentencia: «Que los elementos llamados usualmente gramatical, lógico y sistemático no pueden aislarse unos de otros y ser escalonados, como categorías o especies diversas de interpretación, pues no son más que meros instrumentos que el intérprete ha de poner en juego dentro de un proceso interpretativo unitario».

No es preciso, pues, insistir en la tesis mantenida por la jurisprudencia de que no es necesario sujetarse exclusivamente a una norma de interpretación como la representada por la declaración primera del artículo 1.281 del Código Civil, que sanciona el elemento gramatical y afirma que todos los demás son innecesarios para penetrar en el verdadero contenido del contrato, ya que para analizar, deducir e indagar la intención de las partes es necesario servirse de los otros medios para fijar

el verdadero espíritu del contrato y la finalidad que las partes interesadas persiguen con sus declaraciones negociables.

Ahora bien, si para determinar el contenido de un contrato es preciso servirse o utilizar en la mayor parte de los casos este proceso interpretativo, es necesario antes examinar cómo juega la interpretación de un contrato en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sabemos que la casación en España no es una tercera instancia, el asunto recurrido o impugnado no se conoce *ex novo*, sino tan sólo a través de los motivos rigurosos enumerados en el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que da lugar al recurso por infracción de ley o doctrina legal.

Esta concepción de la casación, concebida originariamente por el movimiento ideológico revolucionario francés, que la ve más como organismo político que jurisdiccional, tiene sus reflejos, aunque parcialmente, en la Ley Procesal Civil, y tal como jurídicamente está configurado el Tribunal Supremo, que realiza tan sólo un examen limitado a controlar la actividad jurídica de los Tribunales, a examinar si se ha aplicado correctamente la ley, ya sea ésta sustantiva o procesal. Por tanto, el estudio de los hechos y de las pruebas quedan fuera del recurso; los hechos y pruebas son conocidos por el Tribunal Supremo en su esencia, no en su existencia, es decir, ha de partir de los hechos dados como existentes por el Tribunal de instancia, únicamente ha de partir de esos hechos, pues sin conocer éstos no puede aplicarse la norma, si bien éstos vienen dados como existentes por el Tribunal recurrido. Tan sólo a través del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puede formularse un recurso por error en la apreciación de los hechos, pero, dado el exagerado rigor de este motivo y la construcción jurisprudencial del «acta» o «documento auténtico», hace que, en último término, el significado práctico de este error de hecho sea insignificante por el vehículo tan estricto en que los hechos han de quedar incorporados para poder ser examinados en casación.

Por tanto, si un Tribunal de instancia aprecia las pruebas de una manera determinada para concluir que unos hechos existen o no existen, se den o no por probados, aunque este proceso investigador se haga con base en la enumeración y análisis de ciertos medios que antes se han deducido (ya que cabe también la llamada «apreciación conjunta de la prueba» en que no podemos valorar o saber cómo un Tribunal dice que existe o no tal hecho, es decir, la relación causal de ese juicio de valoración), no es posible fundar ese recurso si no es por medio del número 4.º del citado artículo 1.692.

En suma, si la casación no revisa cuestiones de hecho, sino de Derecho, y si la interpretación es predominantemente una cuestión

de hecho, la jurisprudencia ha venido manteniendo la interpretación como cuestión de hecho y como tal queda reservada a la apreciación del Tribunal. Si la jurisprudencia del Tribunal Supremo hubiera seguido esta línea tradicional no habiéramos podido llegar a conocer el criterio de la casación acerca de la interpretación de las cláusulas en los llamados contratos de adhesión, y es que una posterior evolución de la jurisprudencia en su función interpretativa e integradora ha dado como resultado una «humanización» del recurso, una mayor amplitud y flexibilidad en su contenido que ha venido a traducirse en una marcada atenuación del rigorismo de los hechos en casación.

El proceso seguido es el siguiente: determinar si las normas de interpretación, las comprendidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil, son o no normas jurídicas, es decir, si constituyen preceptos rigurosos imperativos o son simplemente reglas dialécticas orientadoras para el Juez. La cuestión tiene gran trascendencia, pues para el caso de estimarse como normas jurídicas, el proceso interpretativo hecho por el Juez o Tribunal de instancia a través de los artículos mencionados para llegar a la conclusión sobre la existencia de unos hechos, y al reconocerse a esos preceptos aquel carácter hace posible que el camino recorrido o proceso dialéctico del Juez pueda tener acceso a la casación por el quinto motivo del artículo 1.692, al constituir una verdadera y propia cuestión jurídica, es decir, estimado como infracción de ley.

No es posible olvidar que la comprobación de los elementos o circunstancias que revelan las declaraciones de voluntad, es decir, las palabras, actos o elementos circunstanciales, anteriores o simultáneos, es una cuestión de hecho que sólo puede llevarse a través del número 4.º del citado artículo, pero a su vez, una vez terminado este proceso investigador y fijado así el contenido o los hechos interviene la otra actividad, que es la aplicación de las normas a estos hechos, es decir, la calificación, la atribución de unos efectos a unos hechos, la determinación de este significado, o sea, del verdadero sentido de lo que las partes han querido decir o hacer se ha producido a través de esas normas de interpretación y la doctrina jurídica hace notar cómo la investigación del sentido es cuestión de Derecho, ya que según sea esa investigación, así se derivan las consecuencias jurídicas a aplicar.

Si las reglas de interpretación son normas jurídicas, el Tribunal de Casación puede controlar la interpretación de los contratos, ya que puede resultar atribuido a un hecho un contenido distinto y en consecuencia aplicarse una norma que no le corresponde, lo que representa una ilegalidad o aplicación indebida de la ley. Hasta noviembre del año 1934 se establece que es facultad privativa de los Tribunales de

instancia interpretar y fijar el sentido de alcance de las cláusulas de los contratos. En 1934 el Tribunal Supremo declara: «Aun cuando la interpretación de los negocios jurídicos no está en absoluto sustraída a la casación y pueda tener acceso a ésta, como cuestión de Derecho, al amparo del motivo primero del artículo 1.692, ya que desde el momento en que el Código dicta reglas en sus artículos 1.282 y 1.289 respecto a cómo han de interpretarse los contratos, existirá una infracción de norma legal siempre que el Tribunal de instancia no se ajuste a los mismos, y por tal razón la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aun teniendo establecida como doctrina general que la interpretación de un contrato hecha por el Juzgado de instancia sólo puede ser compartida por el número cuarto del artículo 1.692, no ha dejado de admitirse en ciertos casos el juego del número primero» (hoy número quinto, por reforma de la LEC, 1984).

Pero ha sido desde la Sentencia de 8 de julio de 1940 (aunque verse sobre un caso de interpretación de testamento) la que ha sostenido la posibilidad de impugnar la interpretación de un Tribunal, al amparo no sólo del número cuarto, que es uno de los motivos más estrictos de la casación, sino también cuando la equivocación del juzgador nace de la errónea inteligencia de los preceptos del Código Civil relativas a las interpretaciones de los negocios jurídicos. En conclusión, este viraje o este cambio en la orientación interpretadora del Tribunal Supremo es lo que hace posible la existencia de un conjunto de resoluciones en las que nos puede permitir conocer la dirección que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sigue en orden a la interpretación de estos contratos llamados de adhesión, de contenido fijo o determinado.

El Código junta las normas de interpretación subjetiva, las agrupa en los artículos 1.281 y 1.283, recoge las llamadas reglas de interpretación objetiva e integradora. Se prevé que en un contrato se ha podido emplear palabras equívocas, dudosas, llenas de ambigüedad, de incertidumbre o de oscuridad. El legislador para este supuesto dicta en el artículo 1.288 del Código la siguiente disposición o declaración: «La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad». El Tribunal Supremo aplica este artículo en la interpretación de los contratos de adhesión.

Es precisamente en las cláusulas o condiciones generales de estos contratos, en esa parte fatigosa de leer y difícil de interpretar (es siempre fatigosa de leer porque va siempre en letra pequeña), donde suele incorporarse condiciones desfavorables para la parte contratante que se adhiere unilateralmente, redactado por la otra parte, como son las cláu-

sulas de irresponsabilidad, las limitaciones de indemnización o resarcimiento por daños en casos de hurto, extravío o mora, las estipulaciones sobre caducidad de acciones, la de desistimiento unilateral, la renuncia de fuero, las que determinan la necesidad u obligatoriedad de denunciar la reclamación en plazos brevísimos y en general todas aquellas que representan una preponderancia económica y social de las empresa contratada.

No existe en el ordenamiento jurídico español una norma de tan gran eficacia como el artículo 1.341 del Código italiano, en el que se dice: «Condiciones generales del contrato. Las condiciones generales que ha preparado de antemano uno de los contratantes son eficaces respecto al otro si en el momento de la conclusión del contrato éste las ha conocido o hubiese podido conocerlas si hubiese empleado la diligencia ordinaria». Seguidamente recoge los siguientes supuestos, que alguno de ellos han tenido acogida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Se dice en el párrafo 2.º del citado artículo que: «En todo caso carecen de eficacia, si no son específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establecen a favor de quien las ha preparado de antemano, limitaciones de responsabilidad, la facultad de desistir del contrato o de suspender la ejecución, o imponen al otro contratante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en relación con terceros, la prórroga tácita o la renovación del contrato, cláusulas compromisorias o excepciones a la competencia de la autoridad judicial».

Por ello, ante la inexistencia de una norma análoga a la citada, ha sido preciso que una labor judicial a través de las resoluciones del Tribunal Supremo venga a establecer lo que por algún autor ha sido denominado «corrección de los abusos».

Para el debido planteamiento de la interpretación de los contratos de adhesión o de contenido fijo es preciso atender, como señala la doctrina científica española, a la situación de desigualdad y a las características de la oferta y aceptación para centrar así el problema de su naturaleza jurídica. Ahora bien, para alcanzar el problema de la interpretación, que es el punto neurálgico de la cuestión, hay que destacar para su fundamentación el dato de que la parte que se adhiere a la póliza o al formulario redactado desconoce la mayor parte de las cláusulas del contrato, bien porque no las ha leído, dado el proceso de formación unilateral en el que ha intervenido, bien porque leídas no puede comprenderlas en todo su alcance ni quererlas aisladamente muchas de ellas, lo que provoca la necesidad de normas especiales para la

interpretación de estos contratos, sin perjuicio y sin debilitar la significación contractual de esta modalidad.

En tres supuestos clasifican u ordenan la doctrina española los casos de interpretación de los contratos de adhesión, y después de distinguir entre cláusulas contradictorias, accesorias e impresas, esenciales y manuscritas, distingue los tres siguientes supuestos:

- 1.º Que ambas figuren en un solo y mismo acto. Es el caso más frecuente y que suele darse en las pólizas de seguros en las cuales a continuación de las condiciones generales expresas figuran las particulares manuscritas y suscritas por ambas partes. La doctrina dominante y la jurisprudencia se inclinan en favor de las manuscritas, por entender que fijan mejor la intención y la atención de las partes, que atestiguan mejor la voluntad de las mismas. Es decir, la jurisprudencia y la doctrina atienden al dogma tan criticado, o al menos tan debilitado, de la autonomía de la voluntad como poder reglamentador de las situaciones jurídicas y no olvida la jurisprudencia esta función primordial o prevalente de la voluntad.
- 2.º Que las cláusulas impresas y manuscritas en conflicto figuren en actos diferentes destinados, sin embargo, a completarse, pero siendo las manuscritas posteriores a las impresas. Por ejemplo: el vendedor consigna en documento impreso en una circular la cláusula de pago en su domicilio y el comprador, en carta posterior y manuscrita, confirma que el pago se hará en el suyo. Si es aceptada tácitamente por la otra parte, debe prevalecer esta última.
- 3.º Que unas y otras aparezcan en distinto acto, pero posterior la impresa a la manuscrita; la doctrina se inclina a favor de la cláusula impresa posterior siempre que aparezca firmada y no haya sido rechazada por el destinatario.

Las reglas de interpretación de estos contratos de adhesión por la jurisprudencia española se ha hecho en el siguiente sentido: como contrato, que es cuando así ha quedado fijada su significación en la naturaleza jurídica, le son de aplicación los artículos 1.281 y 1.289 del Código. Según estos artículos, debe prevalecer la intención de los contratantes frente a las palabras (declaración del artículo 1.281), determinándose la intención, según el artículo 1.282, y sin que comprenda en él cosas distintas y casos diferentes a aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar (art. 1.283), y desenvolviéndose la cláusula en

diferentes sentidos, deberá interpretarse en aquel que sea más adecuado para que produzca efecto, según declaración del artículo 1.284, o por la aceptación de la palabra más conforme a su naturaleza y al objeto, según el artículo 1.286, supliéndose el uso y la costumbre en esa función integradora de todo contrato, según declaración del artículo 1.287, y sin que en ningún caso las cláusulas oscuras de un contrato puedan favorecer a la parte que hubiera ocasionado su oscuridad, según sanciona el artículo 1.288, estableciéndose una reciprocidad de intereses en los contratos sinalagmáticos de carácter oneroso, según el artículo 1.289.

Estas mismas reglas son las que inspiran la legislación mercantil, ya que en el artículo 59 del Código de Comercio se dice «que si se originaren dudas que no puedan resolverse con arreglo a lo establecido en el artículo 2.º de este Código, se decidirá la cuestión a favor del deudor».

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de enero de 1909, resuelve el caso de la interpretación de cláusulas impresas y manuscritas contradictorias entre sí y afirma que hallándose en oposición una cláusula general impresa en la póliza con otras particulares manuscritas, es obligado tener presente, como regla de criterio aplicable para la resolución de aquélla, que conteniendo dicha cláusula una verdadera excepción, siempre que exista otra cláusula más conforme con ésta, debe resolverse cualquier oposición o duda que pueda surgir, y esto con mayor razón si la última reviste un carácter especial con las que se adiciona las de carácter general. Y añade la Sentencia: «Que esta cláusula, como singular y particularmente concertada para contrato determinado, es la que real y verdaderamente revela la deliberada y manifiesta voluntad de las partes, derogando o anulando de esta manera la consignada en las condiciones generales». Es decir, resuelve el problema de la contratación entre cláusulas generales y las especiales del mismo contrato, inclinándose por aquellas que han tenido una expresa incorporación al contrato cuando éste es a su vez producto de la intervención recíproca de ambas partes interesadas.

En Sentencia de 13 de diciembre de 1934 se declara «que ante una cláusula oscura, ha de tenerse en cuenta que el seguro es prácticamente un contrato de adhesión y consiguientemente, en caso de duda sobre la clasificación de las cláusulas generales de una póliza, se ha de adoptar, de acuerdo con el artículo 1.288 del Código Civil, la interpretación más favorable al asegurado, ya que la oscuridad es imputable a la empresa aseguradora que debía haberse expresado más claramente».

En otro caso concordante de aplicación también a un contrato de seguro, el artículo 1.288 encuentra aplicaciones en Sentencia de 27 de febrero de 1942; sigue la misma doctrina que la de 13 de diciembre

de 1934; en ella se dice: «En el caso de duda u oscuridad, si la presunción puede caer del lado de los casos excepcionales, si no existen razones para ello, ni la oscuridad, según el artículo 1.288, debe favorecer a la parte que la ocasionó, que en este caso es la entidad aseguradora».

En estos últimos años la jurisprudencia ha reiterado en varias sentencias igual criterio. Así se desprende de la lectura de los considerandos de las Sentencias de 18 de febrero de 1966 y 31 de marzo de 1973.

Desde que allá por 1901 SALEILLES usó por primera vez la denominación de «contrato de adhesión» no ha pasado tanto tiempo, pero sí han cambiado las circunstancias sociopolíticas y comerciales del mundo moderno. La contratación en masa que nos imponen las grandes multinacionales se realiza en aras de una uniformidad y rapidez, para lo cual el contrato de adhesión es el medio adecuado. La intervención de los Tribunales de justicia ha de consistir siempre en conseguir averiguar qué cláusulas han sido libremente impuestas y aceptadas y cuáles no lo han sido, lo que en definitiva se traduce en saber cuáles son justas y cuáles no. Ha de evitarse, como dice PUIG BRUTAU, citando a BOLGAR, la frase de una vieja sentencia americana, «toda extorsión se realiza con el aparente consentimiento de la víctima». Esto debe ser obligatoriamente meditado... Contratos de mostrador o ventanilla, de formularios y letra pequeña, en los cuales todo está discutido, porque, en definitiva, el contrato ya está redactado; el grande fija las condiciones generales y al pequeño no le queda otra opción que la de adherirse, porque la renuncia a firmar este documento sería tanto como prescindir del teléfono, la electricidad o el agua. Es por lo que termino con una frase del citado autor catalán: «En el tratamiento que legisladores y Jueces dediquen a los contratos de adhesión se verá si la eficacia sigue siendo compatible con la justicia».

LUIS MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ

Profesor titular de Derecho civil de la  
Facultad de Derecho de la U. de Zaragoza

## BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

*Actas del Octavo Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Pescara (Italia), 1970.

ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil*, tomo II, vol. I, Bosch, Barcelona, 1975.

DE CASTRO, Federico: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.

DE CASTRO, Federico: «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio 1981.

DE CASTRO: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, 1982.

- DÍEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1983.
- GARCÍA AMIGO, Manuel: *Condiciones generales de los contratos*, Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1969.
- GARCÍA AMIGO, Manuel: «Sobre la naturaleza jurídica de las condiciones generales de los contratos», *Revista de Derecho Privado*, septiembre 1965.
- GARCÍA AMIGO, Manuel: «Consideraciones en torno a la teoría de las condiciones generales de los contratos y de los contratos de adhesión», *Revista de Derecho Español y Americano*, 1965, núm. 7.
- GARCÍA BAÑÓN, A.: *Concepción unitaria del contrato*, Estudios de Derecho en honor del profesor CASTÁN, vol. V, Edersa, 1969.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho civil*, tomo II, vol. II, Bosch, Barcelona, 1977.
- LARENZ, Karl: *Derecho de obligaciones*, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, versión española y notas de Santos BRIZ.
- LÓPEZ SANTAMARÍA: «El contrato forzoso o impuesto», *Revista de Derecho Privado*, 1975.
- POLO DÍEZ, Antonio: «Comentario a la Sentencia de 27 de febrero de 1942», *Revista de Derecho Privado*, 1942.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo II, vol. I, Bosch, Barcelona, 1978.
- ROYO MARTÍNEZ, Miguel: «Contratos de adhesión», *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 1949.
- SIEBERT, W.: «Relaciones contractuales de hecho», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril 1970.
- URÍA: «La contratación mercantil en serie», *Revista de Derecho Mercantil*, 1956.

# ACTUALIDAD JURIDICA



## I. INFORMACION LEGISLATIVA

### A) NORMAS COMUNITARIAS

#### 1. *Cuantía de ECUS en la Ley de Contratos del Estado*

El *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 25 de noviembre de 1986 publica el Acuerdo de la Comisión (86/C-300/02), en el que se establece que el importe de 140.000 ECUS mencionado en el artículo 3 de la Directiva 80/767/CEE se eleva a 181.500 ECUS para el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1987, aclarando que dicho importe se aplicará para el mismo período en el caso de los contratos cubiertos por el Acuerdo relativo a los contratos públicos.

Resultaba necesario, por tanto, hacer uso de la autorización contenida en la Ley de Presupuestos de 1987 con la doble finalidad de mantener vigente la adaptación de la legislación de contratos del Estado a las disposiciones comunitarias sobre contratos públicos y no hacer recaer sobre los órganos de contratación obligaciones formales de publicidad de los respectivos contratos, en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, distintas y superiores a las que pesan sobre los órganos de contratación del resto de los países comunitarios.

Por ello el Real Decreto 665/1987, de 30 de abril, dispone en su artículo único que el importe de 140.000 unidades de cuenta europeas (ECUS), que figura en el artículo 84 de la vigente Ley de Contratos del Estado, se elevará a 181.500 para el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1987.

### B) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. *Ley Orgánica de 18 de mayo de 1987 sobre Conflictos Jurisdiccionales*.—Sustituye a la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio de 1948, aunque no totalmente: Quedan vigentes sus artículos 48 a 53, referidos a conflictos de atribuciones, que por no estar sometidos a la

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional requerirán una regulación especial.

Según la nueva Ley, pueden suscitar conflictos jurisdiccionales todos los órganos del Poder Judicial; en cuanto a la Administración, podrán hacerlo los diversos órganos que se detallan, no sólo de carácter estatal, sino también de las Comunidades Autónomas y las varias Administraciones locales.

Los conflictos de jurisdicción entre Tribunales y Administración serán resueltos por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción a que se refiere el artículo 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985. Los conflictos entre Tribunales ordinarios y órganos de la jurisdicción militar se resolverán por la Sala a que se refiere el artículo 39 de la misma Ley citada.

2. *Ley de Clases Pasivas del Estado.*—Por Real Decreto Legislativo de 30 de abril se aprueba el Texto Refundido de esta Ley, que había sido ordenado por las Leyes de Presupuestos para 1985 y para 1986. Se recogen las modificaciones habidas en las dos Leyes citadas y además otras derivadas de las últimas Leyes modificativas del Derecho de familia: las de reforma de la Función Pública e incompatibilidades. Se anuncia la publicación del correspondiente Reglamento para su aplicación. El Texto Refundido entra en vigor a partir del día siguiente a la publicación, o sea, el 28 de mayo.

3. *Ley de Planes y Fondos de Pensiones.*—Es de fecha 8 de junio y se publica en el *Boletín Oficial del Estado* del día siguiente.

Se configuran los planes de pensiones como instituciones de previsión voluntaria y libre y sus prestaciones de carácter privado pueden o no ser complemento del sistema de la Seguridad Social, al que en ningún caso sustituyen.

Los fondos de pensiones son externos a las entidades o empresas que los promuevan, adoptando la forma de patrimonios separados y carentes de personalidad jurídica e integrados en los recursos afectos a las finalidades predeterminadas.

4. *Ley de Tasas Consulares.*—Esta Ley, que entrará en vigor el 1 de enero de 1988, sustituye a los Aranceles de 1949. Regula el hecho imponible y su devengo, los sujetos pasivos, exenciones y reducciones, las cuotas y tipos de gravamen y pago.

5. *Ley de órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.*—Regula no sólo dichos órganos representa-

tivos, sino también los procedimientos de determinación de las condiciones de trabajo del indicado personal, siempre que esté vinculado a las Administraciones a través de una relación de carácter administrativo o estatutario. Según el artículo 2.º, 2, sus normas tienen carácter supletorio para el personal no incluido en su ámbito de aplicación (*BOE*, 7 junio).

### C) DISPOSICIONES AUTONÓMICAS

Consideramos destacables:

— La Ley de 8 de abril, de *Asturias*, reguladora de la disciplina urbanística. Según su artículo 1.º, se requerirá licencia urbanística para toda parcelación, edificación, ocupación, aprovechamiento o uso relativos a un suelo determinado. Se regulan estas licencias, la protección y defensa de la legalidad urbanística, la restauración de la realidad alterada y las sanciones. No se imponen obligaciones ni prohibiciones específicas a Notarios y Registradores de la Propiedad, por lo que habrá que entender que se estará a las normas generales (*Boletín Oficial del Principado de Asturias*, 27 abril).

— En *Baleares*, la Ley de 1 de abril, de ordenación territorial, que contiene disposiciones generales sobre dicha ordenación, regula sus directrices y los diversos planes territoriales, bajo una visión más administrativa que civil (*Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares*, 23 abril).

— *Canarias* ha promulgado el 5 de mayo su Ley de Aguas. Ya se había previsto así en la disposición adicional tercera de la Ley Nacional de Aguas de 2 de agosto de 1985, en atención a las características especiales de escasez de este elemento en las Islas. Se agudiza el tratamiento público de las aguas, haciendo norma casi absoluta la regla del dominio público hidráulico. Además de las disposiciones generales, se regulan la organización administrativa, las entidades de gestión del agua, la planificación, las concesiones, el transporte público y la producción industrial del agua, terminando con las normas de protección del dominio público (*Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de Canarias*, 11 mayo).

— En *Cataluña* se ha promulgado, el 15 de abril, la Ley Municipal y de Régimen Local, de extenso y prolijo articulado: nada menos que 313 artículos, con sus correspondientes disposiciones adicionales, transitorias y finales, donde se anuncian desarrollos reglamentarios. Junto a aspectos públicos, contiene normas de estas Entidades que nos interesan de modo directo: Así, el régimen jurídico y la impugnación de los

acuerdos se regulan en los artículos 156 a 167; el patrimonio de los Entes locales y régimen de sus bienes queda regulado en los artículos 185 a 217, que revisten gran interés; por último, la contratación se recoge en los artículos 256 a 289 (*Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña*, 27 abril 1987).

Se han promulgado tres importantes leyes catalanas en materia de Derecho civil, especialmente en sucesiones; las tres de fecha 25 de mayo, publicadas en los *Diarios Oficiales* de Cataluña de los días 10 y 12 de junio, y que son:

- Ley 9, regulando la sucesión intestada en Cataluña, en general.
- Ley 10, sobre derechos sucesorios de los adoptados.
- Ley 11, reformando las reservas legales.

Modifican fundamentalmente los artículos correspondientes de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, por lo que debe prestárseles la atención debida.

— La Ley Foral de *Navarra* de 10 de abril, de normas urbanísticas regionales para protección y uso del territorio, se refiere especialmente al suelo no urbanizable, considerando como tal el que merezca esta clasificación conforme a la Ley del Suelo (art. 3.º). En los artículos 31 y 32 se regulan las diversas autorizaciones para actividades y uso de este suelo y su régimen disciplinario protector. En el título II, artículos 46 y siguientes, se regula el suelo urbano en general, todo ello bajo un prisma de planeamientos y normativas de carácter más bien público (*Boletín Oficial de Navarra*, 20 abril).

## II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

### 1. VII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO REGISTRAL

Se ha celebrado este Congreso en la ciudad de Río de Janeiro (Brasil), durante el período de tiempo del 9 al 13 de mayo del presente año.

Concurrieron al mismo delegaciones de Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, España, Francia, Italia, México y Suiza, con un total de 192 congresistas y 80 acompañantes.

La Presidencia del Congreso correspondió al Presidente del Instituto de Registro Inmobiliario do Brasil, IRIB —Entidad organizadora del VII Congreso—, don CARLOS FERNANDO WESTPHALEN SANTOS, y actuó

de Secretario el Secretario General del CINDER, don EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO.

Al frente de la Delegación española, la más numerosa, compuesta por 74 congresistas, figuró, por delegación del Decano, el Vocal de la Junta de Gobierno, don RAFAEL ARNÁIZ EGUREN. También es de destacar que la Entidad organizadora designó como Congresistas de Honor a don CARLOS M. HERNÁNDEZ CRESPO y a don EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO.

Las sesiones de trabajo, conforme al temario previsto, se desarrollaron en tres distintas Comisiones:

La primera, sobre el tema «La propiedad con titularidad temporal compartida: su registración», estuvo presidida alternativamente por don CHARLES BRAND, de Francia; don FRANCO CATTANEO, de Suiza, y don ELVINO SILVA FILHO, de Brasil. La segunda Comisión versó sobre la «Registración de negocios jurídicos condicionales y fiduciarios», y fue presidida en cada una de las sesiones de trabajo por don HÉCTOR NIETO ARAIZ, de México; don LEA EMILIA BRAUNE, de Brasil, y don JUAN MANUEL REY PORTOLÉS, de España. Y finalmente la Comisión tercera, sobre «Asientos definitivos y provisionales», fue presidida sucesivamente por don ORLANDO IGLESIAS LOPES, de Chile; don RAFAEL ARNÁIZ, de España, y don JORGE HORACIO ALTERINI, de Argentina. En las sesiones de Asamblea se desarrolló el tema de «Parcelamiento de tierras —urbanas y rurales—», con asistencia de todos los congresistas.

En las sesiones de la Asamblea General del día 13 se aprobaron, por unanimidad, las siguientes conclusiones, que resumen los trabajos del Congreso:

A) Tema I: *La propiedad con titularidad temporal compartida: su registración*

1.º Que la constitución de un derecho que atribuya a su adquirente la facultad de usar y gozar con exclusividad determinados bienes, sucesiva y alternativamente, por períodos previamente establecidos, de duración perpetua o temporal, y transmisible por actos entre vivos o *mortis causa*, representa la caracterización de un nuevo estado jurídico de la propiedad, cuyo origen es la energía creadora de la autonomía privada, el que, bajo diferentes denominaciones, opera contemporáneamente en el campo negocial.

2.º Que tal modalidad, en su variante inmobiliaria, ha sido alentada por la conveniencia de compartir en el tiempo el uso y disfrute de la propiedad del bien o derecho perteneciente a varias personas, y acre-

centado por la exigencia social de combinar el turismo de masas con la brevedad de los periodos de vacación y por la necesidad de abaratar los costos económicos de mantenimiento y disfrute de la propiedad.

3.º Que en la práctica esta modalidad contractual no aparece limitada a los inmuebles con destino turístico o vacacional, sino que se extiende, también, a objetos mobiliarios.

4.º Que, como resultado de las aportaciones presentadas a este Congreso Internacional, se advierte que de esta nueva modalidad de la propiedad pueden derivarse tanto derechos personales, de oponibilidad relativa y vocación registral limitada, cuanto derechos reales que no se amoldan con facilidad a los arquetipos preexistentes.

5.º Que dada la complejidad del sistema y la posibilidad de fraudes, se tenga especialmente en cuenta la vigilancia y cumplimiento de la disciplina urbanística, respecto a las características de edificación y sus usos, de acuerdo con las recomendaciones aprobadas en el IV CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO REGISTRAL, celebrado en la ciudad de México en el año 1980.

6.º Que las cuestiones metodológicas planteadas por esta novedosa fórmula de desarrollo de la propiedad inmobiliaria, exige regular esta realidad surgida del contexto social en un sistema de adecuada protección de los intereses legítimos, fundamentalmente representados por el elemento temporal caracterizador de esta figura.

7.º Que los ordenamientos jurídicos regulen, además, y sin perjuicio de las singularidades propias de cada sistema registral, un estatuto para esta figura de nuevo cuño, contemplando especialmente: la afectación al régimen mediante declaración expresa, las relaciones entre los titulares temporales, sus derechos y obligaciones, la subsistencia de la indivisión, la limitación de su responsabilidad, las normas de gestión y administración y, del lado de los terceros, la constitución de gravámenes y derechos de los acreedores.

8.º Que el estatuto referido a edificios terminados o en construcción debe estar sometido a un régimen de publicidad previa a la enajenación de los derechos que den lugar al uso temporal y por turnos de los inmuebles, debiendo someterse además los contratos de enajenación aludidos al régimen que cada país establezca para la protección de los consumidores.

9.º Que el VII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO REGISTRAL estima que la institución idónea para reflejar adecuadamente el estatuto o reglamento de la propiedad temporal, los derechos de los titulares y la garantía de los terceros es el Registro inmobiliario, en cuanto en las finalidades que al mismo se le atribuyen por la CARTA

DE BUENOS AIRES, cabe perfectamente la inclusión de cuantas nuevas figuras de organización de la propiedad inmueble surjan de la realidad social.

B) Tema II: *Registración de los negocios jurídicos condicionales y fiduciarios*

I. A los Registros jurídicos de bienes deben tener acceso los documentos que contengan negocios aptos para ser causa de mutaciones jurídico-reales. En consecuencia es aconsejable dar publicidad a los negocios condicionales y fiduciarios respetando las previsiones específicas de los Derechos nacionales.

II. Es conveniente que la registración de esas modalidades negociales se realice a través de asientos definitivos. En el supuesto de legislaciones que la practiquen a través de asientos provisionales, deberá tenerse en cuenta que en estos negocios las situaciones de pendencia pueden desbordar temporalmente la duración normal prevista para dichos asientos transitorios.

III. También resulta aconsejable la constancia registral de los negocios que contengan pactos explícitos de resolución —sinalagma expreso— porque aunque estas cláusulas en algunos ordenamientos positivos no sean genuinas condiciones, pueden generar eventualmente, de forma mediata o inmediata, mutaciones jurídico-reales.

IV. No parece conveniente generalizar la registración de las manifestaciones unilaterales de voluntad negocial, ya que la otra u otras manifestaciones de voluntad correspectivas no constituyen una auténtica condición. Sólo deberá dárseles publicidad en aquellos supuestos especiales en que la respectiva legislación lo admita expresamente.

V. Resulta recomendable que accedan al Registro cualesquiera datos fiduciarios lícitos que impliquen o puedan implicar en el futuro una mutación jurídico-real, así como también que los asientos registrales publiquen las circunstancias esenciales del negocio fiduciario.

VI. El tratamiento registral de las titularidades fiduciarias debe ser similar al de las titularidades firmes, por lo que podrán dar origen a toda clase de actos voluntarios lícitos y soportar las medidas legítimas instadas contra ellas por terceros.

VII. Debe confiarse al particular criterio de las legislaciones la determinación del sistema mediante el que procede reflejar la conversión o tránsito de las titularidades fiduciarias a titularidades firmes o definitivas, contemplando la situación intermedia y, por ende, el derecho de los terceros y de los fideicomisarios.

VIII. En la registraci3n de los negocios condicionales y fiduciarios corresponde mantener la plena vigencia de los principios consagrados en la CARTA DE BUENOS AIRES y en especial los de rogaci3n y calificaci3n.

IX. Las precedentes conclusiones, en los sistemas de inscripci3n constitutiva, deber3n ser objeto de aplicaci3n de acuerdo con sus principios espec3ficos.

### C) Tema III: *Asientos definitivos y provisionales*

1) Adem3s de los asientos ordinarios de inscripci3n, o definitivos, se recomienda la admisi3n de otros asientos de eficacia limitada y esencialmente caducables.

2) Este 3ltimo tipo de asientos que gen3ricamente se han llamado provisionales deben tender a reflejar en el Registro situaciones jur3dicas no susceptibles de inscripci3n definitiva.

3) En materia de los llamados asientos provisionales han de tenerse en cuenta las siguientes recomendaciones b3sicas:

- a) Deben estar tipificados en la Ley de tal forma que se regulen expresamente sus distintos supuestos y su respectiva eficacia.
- b) Los t3tulos en cuya virtud se practiquen deben reunir los requisitos de autenticidad y los dem3s de car3cter formal que en cada caso exija la legislaci3n.
- c) Tales t3tulos deber3n ser objeto de calificaci3n por parte del Registrador, con aplicaci3n de todos los principios establecidos en la CARTA DE BUENOS AIRES.

4) Son situaciones jur3dicas que el VII Congreso considera en general susceptibles de ser objeto de asientos de eficacia limitada, o provisionales, entre otras, las que respondan a t3tulos defectuosos, o a la protecci3n de acreedores, a trav3s de la registraci3n de trabaje de bienes u otras medidas cautelares de naturaleza civil o administrativa, en las que sea necesario su conocimiento en beneficio de la comunidad.

5) Los asientos de eficacia limitada o provisionales deben ser en todo caso caducables en el plazo determinado por la Ley, aunque subsista la situaci3n jur3dica que los motivara.

En los sistemas en los que se prevea su cancelaci3n expresa, 3sta podr3 practicarse de oficio.

D) Tema IV: *Parcelamiento de tierras —urbanas y rurales—*

1. La subdivisión del suelo, tanto rural como urbano, debe ser objeto de regulación jurídica, a los efectos de optimizar su aprovechamiento con adecuación a las necesidades sociales.

2. La configuración de las parcelas se ha de verter en dos instituciones, una referida al aspecto físico, el Catastro, y otra al ámbito jurídico, el Registro, cuya coordinación y vinculaciones han sido expresamente consideradas en la CARTA DE MEXICO (1980).

3. En la ejecución de programas de reforma agraria y colonización o de vivienda social y reparcelamiento urbano debe procurarse la inmediata adquisición del dominio, acortando las modalidades que impliquen adjudicaciones provisionarias que demoren la definitiva inscripción de la transmisión del dominio. En los casos excepcionales en que la legislación de cada país lo admita, podrán registrarse las adjudicaciones provisionales surgidas de actos administrativos.

4. En tales supuestos es necesario evitar la existencia de dichas atribuciones de otros Entes u oficinas que impliquen sustraerlas del Registro y que constituyan modos alternativos o sustitutivos de la publicidad registral.

5. La regulación de la parcelación corresponde a la autoridad con competencia en el ordenamiento territorial según el régimen de cada país, conforme a los principios que rigen la calificación y clasificación de los usos del suelo.

6. En lo referente al suelo urbano, la parcelación constituye una faceta esencial en el proceso de urbanización cuya relación con el Registro ha sido desarrollada en las conclusiones que constituyen la CARTA DE MEXICO.

2. CONFERENCIAS SOBRE REFORMA DEL DERECHO ESPAÑOL  
DE SOCIEDADES DE CAPITAL

El día 27 de mayo, en el Salón de Actos del Colegio de Registradores, dio comienzo este ciclo sobre reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades.

Tras unas palabras de salutación y presentación del Decano, don CARLOS MIGUEL HERNÁNDEZ CRESPO, quien explicó el sentido de estos trabajos, intervino el Decano de la Facultad de Derecho y Rector Magnífico electo de la Universidad Complutense, Doctor VILLAPALOS, que reiteró su ofrecimiento de colaboración. Después, don AURELIO MENÉNDEZ, Presidente de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión

General de Codificación, trazó las líneas generales del anteproyecto a estudiar.

El ciclo se ha desarrollado con gran brillantez y enorme asistencia de profesionales y público en general, con arreglo al siguiente PROGRAMA:

*Miércoles día 27 de mayo*

- Apertura por don Carlos Miguel Hernández Crespo, Decano del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- Intervención de don Aurelio Menéndez Menéndez, Catedrático de Derecho Mercantil. Presidente de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.

I. INTRODUCCIÓN

- «Problemas político-jurídicos de la armonización societaria desde la perspectiva de los ordenamientos nacionales», por don Luis Fernández de la Gándara, Catedrático de Derecho Mercantil.
- Moderador: don Carlos María Bru Purón, Notario.

II. SOCIEDAD ANÓNIMA

- «Fundación: Escritura y Estatutos. Suscripción y desembolso», por don Manuel Cámara Álvarez, Notario.
- Moderador: don José Luis Benavides del Rey, Registrador.

*Jueves día 28 de mayo*

- «El principio de capital mínimo», por don Rafael García Villaverde, Catedrático de Derecho Mercantil.
- Moderador: don Carlos García Rodríguez, Registrador.
- «La fundación cualificada (Ventajas de promotores o fundadores y aportaciones *in natura*)», por don Antonio Pérez de la Cruz, Catedrático de Derecho Mercantil.
- Moderador: don Javier Gaspar Alfaro, Notario.

*Viernes día 29 de mayo*

- «La sociedad en proceso de fundación y la sociedad irregular», por don José Domingo Rodríguez, Registrador.
- Moderador: don Roberto Blanquer Uberos, Notario.

- «La sociedad unipersonal», por don Alberto Alonso Ureba, Profesor Titular de Derecho Mercantil.
- Moderador: don Antonio Hueso Gallo, Registrador.
- «La sociedad nula», por don José María Eizaguirre, Catedrático de Derecho Mercantil.
- Moderador: don José Javier López Jacoiste, Notario.

*Miércoles día 3 de junio*

- «Aumento y reducción de capital», por don Aníbal Sánchez de Andrés, Catedrático de Derecho Mercantil.
- Moderador: don Catalino Ramírez Ramírez, Registrador.
- «Representación de la sociedad», por don Gaudencio Esteban Velasco, Profesor Titular de Derecho Mercantil.
- Moderador: don José María Olivares James, Notario.

*Jueves día 4 de junio*

- «Acciones: clases y régimen jurídico», por don Manuel Broseta Pont, Catedrático de Derecho Mercantil.
- Moderador: don Juan Antonio Pérez de Lema, Registrador.
- «Adquisición de las propias acciones, préstamos o garantías relacionadas con las propias acciones y acciones rescatables», por don Cándido Paz Ares, Catedrático de Derecho Mercantil.
- Moderador: don Juan Bolás Alfonso, Notario.

*Viernes día 5 de junio*

- «Fusión», por don Alberto Bercovitz, Catedrático de Derecho Mercantil.
- Moderador: don José María Prada González, Notario.
- «Escisión», por don Angel Rojo, Catedrático de Derecho Mercantil.
- Moderador: don Joaquín González Ducay, Registrador.

*Miércoles día 10 de junio*

- «Régimen de las cuentas anuales», por don Fernando Sánchez-Calero, Catedrático de Derecho Mercantil.
- Moderador: don Jacinto de Castro García, Registrador.
- «Las condiciones de la consolidación de las cuentas anuales», por don Justino Duque Domínguez, Catedrático de Derecho Mercantil.
- Moderador: don José Periel García, Notario.

*Jueves día 11 de junio*

- «La agrupación europea de interés económico», por don Marcos Sacristán Represa, Catedrático de Derecho Mercantil.
- Moderador: don José Antonio Calvo González de Lara, Registrador.
- «Incidencia en el ámbito societario de las directivas bursátiles», por don Jaime Zurita y Sáenz de Navarrete, Catedrático de Derecho Mercantil.
- Moderador: don José Manuel Gómez Pérez, Notario.

♦

### III. SOCIEDAD COMANDITARIA POR ACCIONES Y SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

*Viernes día 12 de junio*

- «La adaptación de la legislación española sobre la Sociedad Comanditaria por Acciones a las Directivas comunitarias», por doña Mercedes Vérguez Sánchez, Catedrática de Derecho Mercantil.
- Moderador: don Carlos Álvarez Romero, Registrador.
- «La posición de la Sociedad de Responsabilidad Limitada en el marco de la reforma del Derecho de Sociedades», por don José María Gondra Romero, Catedrático de Derecho Mercantil.
- Moderador: don José Luis Martínez Gil, Notario.
- Clausura por don Roberto Blanquer Uberos, Decano del Ilustre Colegio Notarial de Madrid.

### 3. JORNADAS DE ESTUDIO SOBRE «EL TÍTULO PRELIMINAR DE LA CONSTITUCIÓN»

Organizadas por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, se han celebrado estas Jornadas del 25 al 29 de mayo, con arreglo al siguiente programa:

#### TÍTULO PRELIMINAR

(CLASE DE ESTADO Y FORMA DE GOBIERNO. LA CORONA. INSTITUCIONES DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL)

*Día 25*

- «Los Valores Superiores de la Constitución Española», por el Profesor Doctor don Gregorio Peces-Barba Martínez, Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad Complutense.

*Día 26*

- «El Estado Social y Democrático de Derecho», por el Profesor Doctor don Elías Díaz, Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad Autónoma de Madrid.
- «El Principio Democrático en la Constitución», por el Profesor Doctor don Joaquín Tomás Villarroya, Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad Literaria de Valencia. Letrado del Estado.

*Día 27*

- «La Corona en la Constitución de 1978», por don José Luis Gómez-Dégano y Ceballos Zúñiga, Letrado del Estado.
- «Regulación Jurídico-constitucional de los Partidos Políticos», por el Profesor Doctor don Javier Jiménez Campo, Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Granada. Letrado del Tribunal Constitucional.

*Día 28*

- «Régimen Jurídico-constitucional de los Sindicatos y Asociaciones Empresariales», por el Profesor Doctor don José Vida Soria, Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Granada.
- «Regulación Jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas», por el Profesor Doctor don Gustavo Suárez Pertierra, Catedrático de Derecho Canónico. Universidad Complutense. Subsecretario de Defensa.

*Día 29*

- «Principios Generales del Derecho y Constitución», por el Profesor Doctor don Jesús Leguina Villa, Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá de Henares. Magistrado del Tribunal Constitucional.

#### 4. JORNADAS SOBRE REGISTRO Y SU PROCESO

En la Escuela de Práctica Jurídica de la Facultad de Derecho (ICADE) de la Universidad Pontificia de Comillas en Madrid han tenido lugar, durante los días 8, 22 y 29 de mayo, bajo la coordinación de don ANTONIO PAU PEDRÓN, Subdirector General del Notariado y de los Registros, estas Jornadas, en las que se han examinado los siguientes temas:

1. La salvaguardia judicial del Registro.
2. La calificación registral de documentos Judiciales.

3. El procedimiento sumario para el ejercicio de las acciones reales derivadas del Registro.
4. Las anotaciones preventivas de origen judicial.
5. Los procedimientos de ejecución hipotecaria.
6. Los expedientes registrales.

Han actuado como ponentes y profesores nuestros compañeros, los Registradores de la Propiedad don JOSÉ ANTONIO CALVO GONZÁLEZ DE LARA, don MANUEL CASERO MEJÍAS, don JORGE SALAZAR GARCÍA y don JULIO SOLER GARCÍA.

LA REDACCIÓN

# JURISPRUDENCIA



# I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

*REFORMA AGRARIA DE ANDALUCIA.—LA LEY 8/1984, DE 3 DE JULIO, DEL PARLAMENTO ANDALUZ, QUE LA REGULA, NO ESTA EN DESACUERDO CON LA CONSTITUCION.—Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, número 37/1987, de 26 de marzo (BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO DE 14 DE ABRIL).*

I. *Hechos*.—Por escrito de 27 de septiembre de 1984, cincuenta y cuatro senadores interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley de Reforma Agraria de Andalucía que después se dirán, y sus alegaciones fueron las siguientes:

a) La Ley impugnada, en cuanto innova el régimen jurídico general en materia de expropiación forzosa, infringe los artículos 149.1.1.º y 149.1.18.º de la Constitución, ya que la Comunidad Autónoma de Andalucía, al igual que las demás, carece de competencia estatutaria para regular las expropiaciones. En efecto, el citado artículo 149.1.18.º atribuye al Estado la competencia exclusiva para legislar sobre expropiación forzosa, lo que significa que toda la legislación expropiatoria, cualquiera que sea el rango de las normas en que se contenga, ha de emanar del Estado, pues la finalidad de dicho precepto constitucional es mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia, pudiendo corresponder a las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus Estatutos, la mera ejecución de aquella legislación. En este sentido debe interpretarse lo dispuesto en el artículo 15.1.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía (en adelante EAA), que atribuye a la Comunidad Autónoma «en el marco de la regulación general del Estado, el desarrollo legislativo y la ejecución» en materia de expropiación forzosa, pues habría de reputarse contraria al mandato constitucional cualquier interpretación del citado precepto estatutario que implicase el reconocimiento a la Comunidad de potestades normativas de carácter sustantivo en la materia. Sólo al organizar los servicios correspondientes podrá aquella desarrollar la legislación estatal, lo que tiene apoyo en los artículos 148.1.1.º de la Constitución y 13.1 y 41.4 del EAA. Por eso carece de fundamento la referencia a la legislación básica del Estado sobre expropiación forzosa que se hace en la exposición de motivos de la Ley

impugnada, ya no es sólo la tipología básica en materia expropiatoria lo que ha de ser respetado por la Comunidad Autónoma, sino toda la normativa estatal al respecto, sin que la extralimitación competencial en que la Ley impugnada incurre pueda justificarse en las amplias competencias en materia de agricultura, reforma y desarrollo agrario, y mejora y ordenación de las explotaciones agrícolas, que atribuye a la Comunidad Autónoma el artículo 18.1.4 EAA, pues este precepto sólo permite a aquélla hacer uso, en su caso, del instrumento de la expropiación forzosa, pero respetando estrictamente la legislación del Estado, tal y como establece en el Real Decreto 1129/1984, de 4 de abril, sobre traspaso de funciones y servicios a Andalucía en materia de reforma y desarrollo agrario. Esta tesis queda avalada además por lo dispuesto en el artículo 149.1.1.º de la Constitución, que reconoce la exclusiva competencia estatal para regular las condiciones básicas del ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales (Sentencia de este Tribunal núm. 25/1981, de 14 de julio), que se justifica en la necesidad de mantener una cierta homogeneidad social entre la población nacional con independencia de la Comunidad de residencia. Por último, es preciso añadir, con carácter general, que la Comunidad Autónoma tampoco puede transcribir en una norma autonómica lo que al respecto tenga regulado el Estado, porque ello constituye una técnica legislativa incorrecta, según ha señalado la Sentencia núm. 38/1982, de 22 de junio, de este Tribunal.

De acuerdo con lo expuesto, nada hay que objetar a una serie de preceptos de la Ley impugnada —arts. 5.2, 15.1 y 3, 42.5, 43.4 y 57, párrafo 3— en los que se opera una remisión en bloque a la legislación del Estado en la materia. Pero otros preceptos —arts. 28, párrafo último, y 52—, en los que se menciona el desarrollo legislativo autonómico en materia de expropiación forzosa, en la medida en que tal mención implique una normativa autonómica no organizativa, serían inconstitucionales, toda vez que el Estado es el único competente para regular la expropiación forzosa, regulación vigente, por lo demás, en los artículos 7 y 9 de la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables, núm. 34/1979, de 16 de noviembre, y en los títulos V del libro III y I del libro IV de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, cuyo texto refundido fue aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero.

El artículo 19.1.2, a), en cuanto establece que son objeto de inmediata expropiación del dominio, tras su declaración de fincas manifiestamente mejorables, las que no alcancen el 50 por 100 de los índices medios de la comarca fijados por el Decreto de actuación comarcal de reforma agraria, implica una innovación de la Ley estatal núm. 34/1979 y, consecuentemente, es inconstitucional.

El artículo 20, en relación con el artículo 3, es también inconstitucional, por atribuir a la Administración autonómica el ejercicio de una facultad expropiatoria con arreglo a unas normas no siempre coincidentes con los artículos 4, 6, 7, 8 y 9 de la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables. En particular, el artículo 20.2, al indicar que la sanción de expropiación por incumplimiento de la función social se hará según los criterios objetivos que se fijen por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, está determinando, al igual que el artículo 3, en relación con el 2.1, en qué casos procede la expropiación forzosa, lo que implica una regulación normativa de la materia. Y aunque se demostrara que el precepto en cuestión

se limita a transcribir los de la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables o la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, habría de predicarse también su nulidad, de acuerdo con el criterio expuesto y la doctrina del Tribunal Constitucional.

El artículo 28 regula también una materia expropiatoria, sin atenerse a los términos de los artículos 150 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y 7 y 9 de la Ley 34/1979, y es por ello igualmente inconstitucional. Idéntica consideración cabe hacer respecto del artículo 42.4 de la Ley recurrida.

b) Determinados preceptos de la Ley impugnada infringen el artículo 149.1.13.ª de la Constitución. Así sucede con el artículo 4, que establece una regulación claramente distinta de la contenida en los artículos 5.3 y 6.4 de la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables, y más desfavorable para el propietario no usuario de las tierras, siendo así que tales preceptos de la Ley estatal deben reputarse básicos desde el punto de vista de la actuación económica general del Estado. Además, el citado artículo 4 de la Ley autonómica es también contrario a lo dispuesto en el artículo 149.1.18.ª de la Constitución.

Por idénticas razones es inconstitucional el artículo 56 de la Ley andaluza, que establece una serie de regímenes alternativos de asignación de tierras y derechos de los que sea titular el IARA, en favor de los agricultores, mientras que los artículos 29 y 34 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, que deben considerarse básicos en virtud de lo dispuesto en los artículos 148.1.8.ª y 149.1.13.ª de la Constitución, dan prioridad a la concesión como título de asignación y sólo permiten la adjudicación en propiedad transcurridos ocho años desde la instalación del concesionario en la explotación. A mayor abundamiento, dicho precepto de la Ley autonómica es inconstitucional por su discordancia con los estatales, por infracción de los artículos 139.1 y 149.1.1.ª de la Constitución, y por las mismas razones son también inconstitucionales los artículos 57, párrafo 3.º, y 65 de la Ley impugnada, en la medida en que se apartan de lo dispuesto en los artículos 33 y 25.3 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, respectivamente.

c) La Ley impugnada, al regular la expropiación de uso de las tierras, infringe los artículos 33 y 53.1 de la Constitución. En efecto, la Ley andaluza, en su artículo 20, considera la expropiación de uso como la modalidad «normal» de actuación cuando los empresarios no cumplan los planes de explotación agraria que les fije la Administración autónoma, mientras que la expropiación del dominio sólo tendrá lugar «si existen graves motivos de orden económico que así lo exijan» (art. 20, c). El motivo de esta diferencia es puramente económico, debido a las distintas determinaciones del justiprecio establecidas por la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables (arts. 8.1 y 2), a la que se remite la Ley de Reforma Agraria de Andalucía. Pero en realidad, lo que formalmente es una expropiación de las facultades de uso y disfrute inherentes al derecho de propiedad, constituye materialmente un despojo de todo poder o potestad sobre la finca, va que el derecho de propiedad, desprovisto de tales facultades, permanece como un derecho puramente nominal y desprovisto de toda utilidad económica. No hay, pues, una simple expropiación de uso y disfrute, sino,

aplicando la teoría «material» de la expropiación deducida por la doctrina y la jurisprudencia alemanas, una expropiación total, pues ni siquiera hay garantías en la Ley impugnada de que pueda volverse a recuperar la facultad de uso y disfrute de la finca así expropiada. En definitiva, la privación de la facultad de uso y disfrute por un período largo y renovable de tiempo, es decir, indefinidamente, equivale en términos jurídicos a la pérdida del núcleo básico del derecho de propiedad y, en términos económicos, debería equivaler a la expropiación del dominio a la hora de fijar el depósito previo a la ocupación y el justiprecio, máxime si se tiene en cuenta el artículo 20.2, c), párrafo 2.º, de la Ley recurrida, que permite afectar a la finca expropiada en su uso a una posible expropiación del dominio, lo que priva a la misma de todo valor de cambio en el mercado.

El artículo 53.1 de la Constitución establece que la Ley debe respetar en todo caso el contenido esencial de los derechos reconocidos en el capítulo segundo del título primero de la misma, entre los que se encuentra el derecho de propiedad. Aquí, el contenido esencial del derecho de dominio es la facultad de uso y disfrute. Si ésta se expropia, debe indemnizarse como si de una expropiación del dominio se tratara, pues, en caso contrario, se produciría un fraude a la Constitución. Por eso el Tribunal Constitucional debe declarar la inconstitucionalidad de un tratamiento diferenciado de la expropiación del uso o del disfrute y de la expropiación del dominio. Del mismo modo que la legislación general (art. 247.2 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario) prevé que, en caso de expropiación parcial de una finca rústica, pueda el propietario exigir su expropiación total, o al menos solicitarla, cuando resulte antieconómica para el dueño la conservación de la parte expropiada (arts. 23 y 46 de la Ley de Expropiación Forzosa), la Ley de Reforma Agraria debería contemplar esa misma posibilidad, en salvaguardia del contenido básico del derecho constitucional de propiedad privada.

d) La Ley impugnada, al regular la función social de la propiedad, infringe los artículos 33.2 y 53.1 de la Constitución. La vulneración se produce en el artículo 2, porque permite a la Administración autónoma fijar criterios objetivos de obtención del mejor aprovechamiento de la tierra y sus recursos y establecer las medidas a adoptar para la protección del suelo y la conservación de la naturaleza, con el fin de determinar el cumplimiento de la función social de la propiedad.

La Ley de Reforma Agraria omite por completo señalar cuáles son los deberes positivos concretos que se imponen al propietario, remitiéndose para ello a la Administración autónoma. Se produce así una deslegalización de la materia, ya que, si bien se respeta formalmente la obligación de acudir a la Ley para regular la función social de la propiedad, en realidad se deja a normas de inferior rango dicha regulación, sin límite alguno. La reserva de Ley se vulnera, en particular, al no señalarse siquiera las líneas generales de las obligaciones que la Administración puede imponer al propietario, ni los límites infranqueables a dicha tarea de desarrollo reglamentario. Y no cabe aducir que el artículo 33.2 de la Constitución no establece la obligación de que la regulación de la función social de la propiedad se haga mediante leyes, sino tan sólo «de acuerdo con» las leyes, pues la reserva de Ley resulta en todo caso del artículo 53.1 del propio Texto Constitucional.

Por otra parte, aunque el derecho de propiedad puede ser limitado en virtud de su función social, la limitación debe respetar siempre el contenido esencial del derecho, tal como ha entendido el significado del contenido esencial la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981. En este sentido, y teniendo en cuenta la evolución histórica de nuestro ordenamiento jurídico, puede decirse que el núcleo esencial del derecho de propiedad consiste en la facultad de usar, disfrutar, consumir y disponer de la cosa o derecho sin más limitaciones que aquellas que se impongan mediante Ley o no vayan más allá de lo que en cada momento se considere razonable por sociedad. Puede afirmarse, en cambio, que no resultaría admisible socialmente toda la limitación que supusiese la obligación de practicar cultivos determinados, imponer procedimientos de cultivo o reducir de forma excesiva la libertad de empresa. Pues bien, en la Ley de Reforma Agraria andaluza no hay definición alguna de las obligaciones derivadas de la función social de la propiedad, ni se sabe si la Administración autónoma estará obligada, al desarrollar la función definitoria de los deberes del propietario, a seguir criterios de rentabilidad y racionalidad económica o simplemente a limitarse a buscar criterios para una máxima ocupación de la mano de obra actualmente en paro en el medio rural. En otras palabras, no se respeta el núcleo esencial de la propiedad no sólo cuando se imponen obligaciones concretas al propietario por encima de lo razonable en las circunstancias históricas del momento, sino también cuando, por admitir por principio la posibilidad de que la Administración imponga tales obligaciones sin definir sus límites, se coloca a los titulares de tal derecho en una injustificada inseguridad jurídica.

e) La Ley impugnada infringe las competencias estatales en materia de Derecho civil (art. 149.1.8.ª de la Constitución). En este vicio de inconstitucionalidad incurre el artículo 58, que atribuye a la Comunidad Autónoma una competencia de desarrollo legislativo en materia civil; el artículo 61, que regula un particular régimen sucesorio distinto del contenido en los artículos 32, 35 y 41 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, y la disposición adicional, que, aun cuando reproduce en esencia el artículo 3.2 de la Ley 34/1979, establece un supuesto de fraude de Ley.

f) La Ley impugnada, al regular la función social de la propiedad, infringe asimismo los artículos 149.1.1 y 149.1.8 de la Constitución. En efecto, la competencia en materia de reforma agraria que atribuye a la Comunidad Autónoma el artículo 18.1.4 EAA está limitada por la competencia estatal para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, condiciones de las que forma parte la regulación de la función social de la propiedad, ya que no puede haber funciones sociales distintas en distintas áreas del territorio nacional, de donde resulta que sin una legislación estatal sobre la materia, la Comunidad Autónoma no tiene competencia para regular la función social de la propiedad, habida cuenta además de que reforma agraria y función social de la propiedad no constituyen un binomio indisoluble.

Este argumento se refuerza sobre la base de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.ª de la Constitución, ya que la delimitación del contenido del

derecho de propiedad, que es el arquetipo de los derechos reales, núcleo de la legislación civil, es inseparable de esta última, que corresponde en exclusiva al Estado. A este respecto es necesario distinguir entre la regulación de las obligaciones y limitaciones que se imponen al propietario, materia en puridad civil, y la regulación de medidas de policía concretas que, como demuestra la legislación urbanística, es una materia típicamente administrativa.

Por estas razones, resultan inconstitucionales, en cuanto se refieren a la función social de la propiedad, los artículos 2, 3, 15, 19.2 y 20 de la Ley impugnada.

g) La Ley impugnada infringe el principio de libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución. Esta libertad, en el marco de la economía de mercado, constituye uno de los pilares sobre los que descansa el Estado social y democrático de Derecho que es España (art. 1 de la Constitución), de forma que sin ella estaríamos ante un modelo radicalmente distinto de sociedad. El concepto de libertad de empresa supone la libertad de elección de la actividad empresarial que se desea desarrollar, pero fundamentalmente comporta la libertad de elección del producto que se quiere producir, así como de los procedimientos productivos más adecuados para ello desde un punto de vista económico. Qué producir, cómo producirlo y cuándo producirlo serán los contenidos básicos de la libertad de empresa. Ciertamente que el margen de libertad del empresario en una economía liberal se ha reducido por razón de la protección de intereses colectivos de diversa índole. En este sentido, la teórica libertad de no producir se ha visto limitada, en supuestos todavía muy concretos, en virtud de la función social de la propiedad. Pero, en todo caso, es necesario reconocer el núcleo esencial de aquel derecho, por muchas que sean las limitaciones que se impongan al empresario, de forma que es necesario que éste pueda decidir qué producto elaborar, qué proceso de elaboración seguir y cómo ordenar o combinar los factores de la producción para fabricar en condiciones adecuadas de rentabilidad y de racionalidad técnica en función de las circunstancias del mercado.

Como deriva de la exposición de motivos de la Ley impugnada, el legislador pretende imponer al propietario —al empresario— unas inversiones mínimas, incluso si no está en condiciones financieras y económicas para hacerlo, no con arreglo a criterios de pura racionalidad, sino tan sólo en relación con «rendimientos óptimos». Por eso, determinados preceptos de la Ley son inconstitucionales por infracción del derecho a la libertad de empresa.

Así, dicha Ley permite a la Administración autonómica fijar criterios objetivos, puramente ideales, de obtención del mejor aprovechamiento de la tierra y sus recursos, de forma que el incumplimiento de estos criterios lleva consigo la imposición de medidas de carácter sancionador. Ello supone imponer al empresario una determinada conducta económica, incluso en contra de su voluntad, con arreglo a criterios empresariales que no son suyos, sino de la Administración autónoma, dirigismo incompatible con la libertad de empresa, que determina la inconstitucionalidad no sólo del artículo 2, sino también de los artículos 18.2 y 5, 25 y 26 de la Ley de Reforma Agraria, pues las orientaciones de la producción y los planes individuales de mejora que conforme a ellos pueden imponerse, planes res-

pecto de los que no existe garantía alguna de que no vayan a ser rechazados, suponen no medidas de fomento, sino coactivas, contrarias a aquella libertad.

h) La Ley impugnada infringe el principio constitucional de igualdad (artículos 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1.ª de la Constitución) que impide tratar desigualmente a los iguales. Pues bien, siendo iguales las competencias que se atribuyen en materia de agricultura y, por tanto, de reforma agraria, a las Comunidades Autónomas de Cataluña, País Vasco y Andalucía en sus respectivos Estatutos, lo cierto es que una interpretación diferente del EAA va a permitir que los empresarios agrarios andaluces queden en peor condición que los catalanes o vascos, lo que supondría una discriminación no objetiva ni razonable.

i) La Comunidad Autónoma de Andalucía carece de competencia para la regulación del denominado impuesto sobre tierras infrautilizadas, que, además, infringe el artículo 6.2 de la LOFCA.

Dicha figura, establecida en los artículos 30 y siguientes de la Ley de Reforma Agraria, no es un verdadero impuesto, de acuerdo con la definición del artículo 26, c), de la Ley General Tributaria, pues no grava un hecho positivo, sino un hecho negativo, cual es la no obtención de una renta o rendimiento óptimo por las tierras gravadas. En realidad se trata de un arbitrio con finalidad no fiscal de aquellos a que se refiere el artículo 473 de la Ley de Régimen Local, tributos que constituyen una categoría distinta de los impuestos, como se deduce del artículo 1 del Real Decreto 3250/1976, de 30 de diciembre, sobre ingresos de las Corporaciones Locales; pero si se trata de una exacción que pueden imponer estas Corporaciones, no es de aquellas que, conforme a los artículos 157 de la Constitución, 4.1 de la LOFCA y 56 del EAA, puedan establecer las Comunidades Autónomas y, en concreto, la de Andalucía, conclusión ésta que se corrobora si se tiene en cuenta el proceso de elaboración del EAA, del que se hizo desaparecer la inicial mención a los arbitrios con fines no fiscales entre las fuentes de ingresos de la Hacienda autonómica (art. 56), sin que pueda argumentarse en contra que el artículo 64 EAA siga mencionando las exacciones no fiscales entre aquellas que corresponde establecer al Parlamento andaluz, pues son distintas a las exacciones con el fin no fiscal, porque dicha mención no es más que un olvido del legislador estatutario y porque es contraria a la Constitución y a la LOFCA.

Por otra parte, la regulación del llamado impuesto sobre tierras infrautilizadas es contrario al artículo 6.2 de la LOFCA, que persigue evitar una doble imposición económica, pues gravar con separación de hechos imposables jurídicamente diferenciables, pero que recaen sobre idénticas fuentes de riqueza, viola no sólo el espíritu de la LOFCA, sino también el artículo 31 de la Constitución, que liga el establecimiento de los tributos al principio de capacidad económica. Así, si el «impuesto sobre tierras infrautilizadas» grava la posesión de un patrimonio, estaría gravando un hecho imponible ya gravado por el Estado a través del Impuesto sobre el Patrimonio, como es la mera propiedad de un bien; mientras que si se entiende que grava la percepción de una renta existiría una duplicidad con la Contribución Territorial Rústica, que grava las rentas agrarias susceptibles de obtención, aunque realmente no se produzcan, lo que económi-

camente es lo mismo que las rentas agrarias no producidas, que formalmente constituyen el hecho imponible de la figura impositiva ahora impugnada. Si la fuente de riqueza susceptible de gravamen es el rendimiento agrario, decidir que el no rendimiento es susceptible de imposición, además de implicar una doble imposición, roza gravemente el principio de no confiscatoriedad que establece el artículo 31.1 de la Constitución.

j) La Ley impugnada infringe las competencias estatales sobre la Hacienda General (art. 149.1.14.ª de la Constitución), tanto en su artículo 49.4.2, en cuanto implica el otorgamiento por la Comunidad Autónoma de subvenciones con cargo a los Presupuestos del Estado, como en su artículo 51.1, en lo que afecta a los beneficios fiscales en el ámbito del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

2. En consecuencia, se solicita de este Tribunal que declare la inconstitucionalidad de los artículos 1.2, 2, 3, 4, 15, 18.2 y 5, 19.1.2-a), 19.2, 20, 25, 26, 28, 30 a 41, 42.4, 49.4.1.º, 51.1.º, 52, 56, 57.3, 58, 61, 65, disposición adicional, y de todos los demás que tengan conexión con los citados de la Ley de Reforma Agraria del Parlamento de Andalucía.

II. *Fallo*.—El Tribunal Constitucional ha DESESTIMADO el recurso interpuesto y en consecuencia, declara que la Ley de Reforma Agraria de Andalucía es constitucional, en virtud de los siguientes

III. *Fundamentos jurídicos*.—1. Las cuestiones relativas a la supuesta inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria del Parlamento de Andalucía, que se suscitan en el presente recurso, pueden sistematizarse en tres bloques de materias para su mejor estudio y resolución. El primero se refiere a las presuntas violaciones de los derechos constitucionales de propiedad y de libertad de empresa (arts. 33 y 38 de la Constitución). El segundo concierne a la alegada incompetencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía para regular determinados aspectos contenidos en la Ley impugnada, por infracción de ciertos preceptos constitucionales relativos a la distribución de competencias entre aquélla y el Estado (art. 149.1.1.ª, 8.ª, 13.ª, 14.ª y 18.ª de la Constitución), así como de los correspondientes preceptos del Estatuto de Autonomía para Andalucía; en este grupo temático debe incluirse también la impugnación relativa a la infracción del principio de igualdad en que incurriría la Ley andaluza que los recurrentes combaten. El tercero y último bloque material de cuestiones, más específico, tiene por objeto la pretendida inconstitucionalidad del Impuesto sobre Tierras Infrautilizadas regulado en la citada Ley andaluza. Procede analizar sucesivamente estos tres grupos de cuestiones y la impugnación y defensa de los preceptos legales que a cada uno de ellos se conectan.

2. Siguiendo un orden lógico, procede examinar, en primer lugar, las alegaciones que los recurrentes formulan acerca de la vulneración por la Ley andaluza de las normas constitucionales que regulan el derecho a la propiedad privada. Es, en efecto, necesario en términos lógicos dar prioridad al enjuiciamiento de esta cuestión nuclear que el recurso plantea, puesto que la Ley sobre la que ahora debemos pronunciarnos es, en lo sustancial, una Ley que regula los límites e intervenciones públicas a que dicha propiedad ha de sujetarse en Andalucía, y, por consiguiente, la even-

tual declaración de que tal vulneración se ha producido efectivamente condicionaría el análisis de las restantes cuestiones y haría incluso superfluo el examen de algunos de los alegatos y razonamientos aducidos por los recurrentes y demás comparecidos en este proceso constitucional.

Los recurrentes afirman que la Ley de Reforma Agraria quebranta el contenido esencial del derecho de propiedad privada (art. 53.1, en relación con el 33 de la Constitución), que comprende las facultades de usar, disfrutar, consumir y disponer de la cosa objeto del dominio, sin más limitaciones que las que, en virtud de la función social de la propiedad (art. 33.2 de la Constitución) sean impuestas por la Ley y consideradas razonables por la sociedad. El menoscabo del contenido esencial del derecho de propiedad se produciría, en primer lugar, porque el artículo 2.º de la Ley impugnada habilita incondicionadamente a la Administración autonómica para imponer deberes positivos a los propietarios de tierras rústicas, infringiendo así la reserva de Ley establecida en los artículos 33.2 y 53.1 del Texto constitucional y generando por añadidura inseguridad jurídica. En segundo lugar, la expropiación de las facultades de uso y disfrute que la Ley prevé en los artículos 3.º, 15.1 y 20 de la misma Ley afectan también, según los recurrentes, al núcleo básico de la propiedad, que resulta con ello desprovista de todo valor económico o valor de cambio en el mercado, sin que dicha expropiación reciba una adecuada compensación económica al corresponder un justiprecio muy inferior al de la privación total del dominio, que es en realidad el tipo expropiatorio que debería ser aplicado.

Ciertamente, el derecho a la propiedad privada está reconocido en el artículo 33 de la Constitución y le es aplicable la garantía del necesario respeto a su «contenido esencial», en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.1 del propio Texto constitucional. El problema radica, sin embargo, en determinar cuál sea ese contenido esencial, en lo que discrepan los recurrentes y los demás comparecidos en el presente recurso. Nuestra reflexión debe, por tanto, iniciarse con el análisis de esta cuestión preliminar, cuya correcta consideración condicionará la respuesta que habremos de dar a las alegaciones antes dichas de los recurrentes.

A este propósito, es oportuno empezar por recordar sucintamente lo que desde tempranas fechas este Tribunal ha declarado ya sobre el concepto del «contenido esencial» de los derechos, a que se refiere el citado artículo 53.1 de la Constitución.

Para el Tribunal Constitucional, la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo —y, por tanto, también de los derechos fundamentales de las personas— viene marcada en cada caso por el elenco de «facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales». Determinación que, desde otro ángulo metodológico no contradictorio ni incompatible con aquél, puede ser expresada como «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a

limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección». (Sentencia 11/1981, de 8 de abril, fundamento jurídico 10.)

De acuerdo con esta doctrina constitucional sobre el «contenido esencial» de los derechos subjetivos, procede interrogarse ahora si la Ley de Reforma Agraria del Parlamento de Andalucía infringe o no, en los preceptos impugnados, la garantía del derecho de propiedad establecida en el artículo 53.1, en relación con el artículo 33 de la Constitución. Para ello es necesario partir de la regulación constitucional del derecho de propiedad privada que se contiene en el citado artículo 33 al objeto de indagar la naturaleza jurídica de tal derecho o el modo como la Norma fundamental lo concibe. Tras enunciar y reconocer «el derecho a la propiedad privada y a la herencia» en el apartado 1.º de este artículo, el apartado 2.º establece que «la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes», y en el 3.º de tales apartados se garantiza finalmente que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes». Estos tres apartados del artículo 33, que no pueden ser artificiosamente separados, revelan la naturaleza del derecho a la propiedad en su formulación constitucional. Se trata de un derecho reconocido, como ha declarado este Tribunal en la Sentencia 111/1983 (fundamento jurídico 8.º), desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual, siendo, desde este último punto de vista, un derecho subjetivo que «cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad legitima la expropiación».

En efecto, la referencia a la «función social» como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.

Al filo de esta perspectiva, que es la adoptada por la Constitución, resulta oportuno hacer notar que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la pre-

visión legal de intervenciones públicas no meramente ablativas en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho hoy generalmente admitido. Pues, en efecto, esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y, por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito. Por otra parte, no cabe olvidar que la incorporación de tales exigencias a la definición misma del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados por la propia Constitución, y de cuya eficacia normativa no es posible sustraerse a la hora de pronunciarnos sobre la vulneración o no por la Ley impugnada del contenido esencial o mínimo del derecho a la propiedad agraria que ésta delimita y regula. En este orden de cosas hay que recordar: que el artículo 128.1 de la Constitución subordina toda la riqueza del país, «en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad», al interés general; que el artículo 40 impone a todos los poderes públicos la obligación de promover «las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa», así como realizar una política orientada al pleno empleo; que el artículo 45 ordena a los poderes públicos para que velen «por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva», o que, finalmente, el artículo 130 exige asimismo de los poderes públicos que atiendan a la «modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura y la ganadería...». Es claro, en consecuencia, que, de acuerdo con las leyes, corresponde a los poderes públicos competentes en cada caso delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes.

Es cierto, en cualquier caso, que la traducción institucional de tales exigencias colectivas no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho y que, por tanto, la definición de la propiedad que en cada caso se infiera de las leyes o de las medidas adoptadas en virtud de las mismas, puede y debe ser controlada por este Tribunal Constitucional o por los órganos judiciales, en el ámbito de sus respectivas competencias. Pero, de nuevo en este supuesto, la referencia a que ha de atender el control jurídico por una u otra jurisdicción habrá de buscarse en el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable.

Como corolario de estas reflexiones iniciales, que juzgamos imprescindibles para situar la impugnación planteada en su verdadera perspectiva constitucional, no es ocioso añadir ahora que la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al

tipo abstracto descrito en el artículo 348 del Código Civil, que los recurrentes citan en apoyo de su alegato de inconstitucionalidad. Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae.

En lo que concierne a la restricción o modalización de las facultades dominicales e imposición de deberes positivos al titular, la transformación antes dicha ha afectado de una manera más intensa a la propiedad inmobiliaria, tanto a la que recae sobre suelos susceptibles de aprovechamiento urbanístico como a la propiedad de tierras agrícolas o forestales, lo que es fácilmente explicable, entre otras razones, por el carácter no renovable o naturalmente limitado en su extensión de este tipo de bienes y por la trascendencia económica que ofrece como soporte físico de las actividades productivas. Por ello, y aunque nuestro Texto constitucional no contenga ninguna previsión específica en relación con la propiedad agraria, al contrario de lo que ocurre con otros tipos de bienes inmuebles o recursos naturales (arts. 45 y 47), debe rechazarse de entrada, por infundada, la pretensión de los recurrentes de identificar el contenido esencial de la misma atendiendo exclusivamente a lo que el Código Civil, declinando el siglo XIX, dispuso con carácter general en su artículo 348, porque tal pretensión no tiene para nada en cuenta las modulaciones y cambios que ha venido sufriendo desde entonces el instituto de la propiedad privada, en general, y de la propiedad agraria, en particular.

Baste para ilustrar la afirmación anterior el concepto que de la función social de la propiedad agraria se recogía ya, años antes de la entrada en vigor de nuestra Constitución, en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, de 12 de enero de 1973, cuyo artículo 2 dispone, en efecto, que:

«El cumplimiento de la función social de la propiedad de fincas rústicas, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada de su titular, obliga:

a) A que sea explotada la tierra con criterios económicos apropiados según su destino agrario más idóneo, o utilizada para otros fines, sin perjuicio de la debida rentabilidad para el particular, atendiendo en todo caso al interés nacional.

b) A que en las fincas de aprovechamiento agrario se realicen las transformaciones y mejoras necesarias para conseguir la más adecuada explotación de los recursos naturales disponibles de acuerdo con el nivel técnico existente y siempre que las inversiones necesarias sean rentables desde un punto de vista económico y social.

c) A que en la Empresa agraria se preste el trabajo en condiciones adecuadas y dignas y a que se efectúen, bien directamente o en colaboración con la Administración, las inversiones necesari-

rias de carácter social que sean proporcionadas a la dimensión e importancia de la Empresa, teniendo en cuenta la rentabilidad de ésta, para la promoción de sus trabajadores.»

Este precepto legal, que es coherente en este punto con la evolución del pensamiento jurídico y del ordenamiento español, y también del de otros países de nuestro entorno cultural, puede ayudarnos, aunque sea de modo aproximativo o no acabado, para saber cuál es, al menos, el contenido esencial, delimitado por su función social, de la propiedad agraria. En otras palabras, si esto era así en el ordenamiento preconstitucional, con mayor motivo puede afirmarse a partir de la vigencia de la Constitución que contiene los preceptos antes glosados, por lo que no hay razón para entender que infrinja dicho contenido esencial, ahora constitucionalmente garantizado, aquella regulación legal que, restringiendo las facultades de decisión del propietario con relación al uso, destino y aprovechamiento de los fondos rústicos, imponga a éste o permita imponerle determinados deberes de explotación y, en su caso, de mejora, orientados a la obtención de una mejor utilización productiva de la tierra, desde el punto de vista de los intereses generales, siempre que quede salvaguardada la rentabilidad del propietario o de la Empresa agraria. Y por la misma razón no puede compartirse la tesis de que una regulación de la propiedad rústica que, atendiendo a estos principios, no haga impracticable ni prive de protección a los intereses individuales inherentes al dominio delimitado por su función social sea en sí misma contraria al derecho reconocido en el artículo 33 de la Constitución, pues tal intervención normativa no entraña una desnaturalización de aquel derecho constitucional que lo haga irreconocible como perteneciente al tipo descrito, tanto desde el punto de vista histórico como por relación al conjunto de intereses que la propiedad privada incorpora como institución jurídica.

3. De acuerdo con los razonamientos anteriores, debe enjuiciarse ahora la pretensión de los recurrentes de que declaremos la inconstitucionalidad de ciertos preceptos de la Ley andaluza, que aquéllos reputan contrarios a lo dispuesto en los artículos 33 y 53.1 de la Constitución. El recurso sólo combate en concreto, con base en este motivo, los artículos 2, 3, 15.1 y 20 de la Ley de Reforma Agraria, apoyándose para ello en razones y argumentos más sucintos y limitados.

Al primero de estos preceptos se objeta que infringe la reserva de la Ley en materia de propiedad establecida en los artículos 33.2 y 53.1 de la Constitución, porque habilita incondicionadamente a la Administración autonómica para «fijar criterios objetivos de obtención del mejor aprovechamiento de la tierra y sus recursos» y «establecer las medidas a adoptar para la protección del suelo y la conservación de la naturaleza», a lo que se añade que, además de esta inconstitucionalidad formal, sería también contrario al contenido esencial del derecho de propiedad privada, por resultar socialmente inadmisibles o irrazonables toda limitación que implique la obligación de practicar cultivos determinados, imponer procedimientos de cultivo o reducir de forma excesiva la libertad de Empresa, ya que, al no indicar la Ley cuáles son los «criterios objetivos» que la Administración puede establecer, está admitiendo aquella posibilidad. En suma, el citado artículo 2 sería también materialmente inconstitucional.

Esta última parte de la objeción carece de fundamento, pues, en efecto,

la posibilidad de que los poderes públicos fijen criterios de obtención del mejor aprovechamiento de la tierra y sus recursos no ha sido en sí misma discutida en este punto, sino que sólo se consideran inconstitucionales ciertos criterios que en el futuro podrían acaso adoptarse o imponerse en virtud del artículo 2 de la Ley. Pero si, como admiten los recurrentes, no es posible saber, a tenor de este precepto, qué tipo de criterios puede, en definitiva, imponer la Administración autonómica, resulta contradictorio afirmar que la citada norma legal es ya inconstitucional porque está permitiendo, en principio, que se impongan limitaciones inconstitucionales a la propiedad privada. Más cierto es el alegato de la representación del Parlamento de Andalucía cuando afirma que «resulta evidente que la atribución legal de aquella potestad a la Administración no puede en modo alguno interpretarse —como del escrito de recurso parece desprenderse— como la concesión de un poder ilimitado y arbitrario según el cual aquellos criterios de aprovechamiento se fijarían con plena libertad y sin sujeción a norma alguna».

Sin necesidad de entrar a considerar ahora si las medidas y los criterios que los recurrentes estiman contrarios a la Constitución lo son —o lo serían— realmente, es obvio que ello no comportaría la nulidad de la norma legal impugnada, sino, en su caso, la de las medidas que en su ejecución se adopten, pues ni el contenido de aquella prejuzga la validez de éstas ni puede presumirse que ampare la más mínima desviación de lo dispuesto en el Texto constitucional. En realidad lo que los recurrentes atacan es una eventual aplicación inconstitucional del citado artículo 2, como subrayan los representantes del Parlamento y del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía. Pero es claro que ello no puede conducir a la nulidad del precepto, sin perjuicio de que tal aplicación inconstitucional, si se produjera, pudiera hacerse valer ante los órganos jurisdiccionales competentes.

Cuestión distinta es la que se refiere a la infracción de la reserva de Ley, que los recurrentes apoyan en el artículo 53.1 de la Constitución. Resulta, sin embargo, evidente que el artículo 33.2 de la propia Constitución flexibiliza la reserva de Ley en lo que concierne a la delimitación del contenido de la propiedad privada en virtud de su función social, que debe ciertamente regularse por la Ley, pero también por la Administración «de acuerdo con las leyes» cuando éstas recaben la colaboración reglamentaria de aquella. Prohíbe esta concreta reserva de Ley toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada por reglamentos independientes o *extra legem*, pero no la remisión del legislador a la colaboración de poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos, remisión inexcusable, por lo demás, cuando, como es el caso arquetípico de la propiedad inmobiliaria, las características naturales del bien objeto de dominio y su propia localización lo hacen susceptible de diferentes utilidades sociales, que pueden y deben traducirse en restricciones y deberes diferenciados para los propietarios y que, como regla general, sólo por vía reglamentaria pueden establecerse.

Es cierto que el artículo 2 de la Ley andaluza, en orden al cumplimiento de la función social de la propiedad rústica, privada o pública, habilita a la Administración autónoma para «fijar criterios objetivos de obtención

del mejor aprovechamiento de la tierra y sus recursos», pero no puede verse en ello deslegalización alguna de la materia, porque tal habilitación normativa ha de operar en todo caso, como señala el precepto impugnado, «a los efectos de esta Ley», es decir, de acuerdo con las regulaciones de fondo que se contienen en la propia Ley de Reforma Agraria, cuyas normas son las que determinan básicamente el alcance de los deberes de los propietarios y empresarios agrícolas y de las medidas de intervención pública que pueden adoptarse para lograr «el mejor aprovechamiento de la tierra y sus recursos». Quiere con ello decirse que el tipo de criterios objetivos, las formas y modalidades de su concreción y las específicas finalidades que han de perseguirse no son otros que los que la propia Ley de Reforma Agraria prevé a lo largo de su articulado. Y queda suficientemente explícito en el mismo (arts. 15 y sigs.) cuáles son las actuaciones permitidas a la Administración autónoma, los presupuestos de hecho que las legitiman, las formas de intervención y hasta los criterios materiales en que debe basarse la determinación concreta de las obligaciones de los propietarios derivadas de la función social de la propiedad (por ejemplo y significativamente, en el art. 19). Además, tales actuaciones administrativas han de instrumentarse a través de normas reglamentarias generales, algunas de las cuales, como las que fijen los índices técnico-económicos de aprovechamiento medio y óptimo —elemento esencial de concreción de la función social de la propiedad—, no son revisables sino cada cinco años (art. 19.1.1), lo que pone en entredicho la alegación de inseguridad jurídica de los propietarios agrícolas que los recurrentes imputan al texto legal. La Ley recurrida contiene, por tanto, suficientes referencias normativas, de orden formal y material, para generar previsibilidad y certeza sobre lo que, en su aplicación, significa una correcta actuación administrativa y, en su caso, para contrastar y remediar las eventuales irregularidades, arbitrariedades o abusos. Por todo ello no es atendible la pretendida conculcación de la reserva de Ley por el artículo 2, cuyo contenido y alcance normativo no pueden separarse del resto de la regulación legal.

4. Tampoco resulta aceptable el alegato relativo a la infracción del contenido esencial de la propiedad privada por la expropiación de las facultades de uso y disfrute que la Ley de Reforma Agraria prevé, en los artículos 3, 15, 20 y 28, como sanción al incumplimiento de la función social de la propiedad de la tierra.

Ciertamente no sería constitucional una expropiación que, afectando parcialmente a algunas de las facultades del propietario reconocidas por la Ley, privase en realidad de todo contenido útil al dominio sin una indemnización adecuada a esta privación total del derecho, que puede, desde luego, medirse desde el punto de vista del aprovechamiento económico o rentabilidad de la nuda propiedad o de las facultades que el propietario conserve tras la operación expropiatoria, teniendo siempre en cuenta que tal utilidad individual o tales facultades no pueden ser absolutas e ilimitadas, en razón de las exigencias de la función social de la propiedad. Si así fuera, la tesis de los recurrentes sería también irreprochablemente correcta, pues es claro que la regulación constitucional de la expropiación no supone una negación del derecho de propiedad privada, sino sólo su sacrificio concreto ante la presencia de intereses públicos o sociales superiores, con respeto del contenido económico del derecho sacrificado, que se transfor-

ma en el derecho a obtener una indemnización por el valor del bien o derecho del que el titular ha sido forzosamente privado.

Ahora bien, los recurrentes yerran cuando afirman que *a priori* toda expropiación de las meras facultades de uso y disfrute implica de hecho una expropiación total del dominio, y no resulta convincente tampoco la argumentación aportada para intentar demostrar que es esta expropiación total o plena, sin adecuada indemnización, la que se contiene en la regulación de la expropiación del uso y disfrute establecida por la Ley andaluza recurrida, regulación que, por añadidura, es sustancialmente igual a la prevista en la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables, que sirve de modelo y a la que reenvía en aspectos esenciales el artículo 20 de aquélla.

Que la privación de las facultades de uso y disfrute no supone por sí misma una ablación plena de la propiedad, lo demuestra simplemente el hecho de que tales facultades son *dominio volente* perfectamente separables de la titularidad del propietario y enajenables a un tercero, sin que por ello pierda aquél su señorío sobre el bien. Por lo demás, este tipo de expropiación no plena está reconocido y regulado en nuestro ordenamiento por la vigente Ley de Expropiación Forzosa de 1954, aparte de por otras leyes especiales, sin que la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia dejen de reconocer y calificar como derecho de propiedad la relación que sigue mediando entre el titular y el objeto, una vez que haya sido privado singularmente aquél de las facultades jurídicas de uso y disfrute.

Por otra parte, este Tribunal no puede compartir la afirmación de que la expropiación del uso regulada en la Ley de Reforma Agraria viene a despojar al propietario de la totalidad de su derecho, en el sentido material de pérdida de toda utilidad económica. El tenor literal del artículo 20 desmiente esta tesis. En primer lugar, el arrendamiento forzoso o convenio forestal forzoso con el IARA en que, conforme al artículo 20.2, c), consiste este tipo de expropiación, tiene un plazo de duración de doce años, transcurrido el cual no se prevé en la Ley, en contra de lo que los recurrentes sostienen, una prórroga indefinida de dicho plazo. Cosa distinta es que eventualmente se pueda producir una nueva expropiación temporal porque el titular reincida en el incumplimiento de la función social de su propiedad. En segundo lugar, el arrendamiento o convenio forzoso genera una contraprestación económica en favor del propietario conforme a unos valores expropiatorios establecidos no en la Ley de Reforma Agraria, sino en la legislación estatal a la que ésta se remite, y que en sí mismos no han sido cuestionados por los recurrentes. En tercer lugar, si bien es cierto que el artículo 20.2, c), de la Ley andaluza permite a la Administración autonómica, en ciertos casos, acordar la expropiación plena del dominio durante el período de vigencia del arrendamiento o convenio forzoso, para ello es necesario no sólo que concurra una nueva y excepcional *causa expropriandi*, determinada por la existencia de «graves motivos de orden económico y social», sino que además esta nueva intervención expropiatoria habrá de comportar la correspondiente indemnización, por lo que no puede afirmarse que las fincas objeto de arrendamiento o convenio forzoso estén sometidas a unas expectativas de expropiación total más intensas que las demás. Cabe añadir, por último, que si al finalizar el período de arrendamiento o convenio forzoso la finca no ha experimentado mejora alguna, que es precisamente la finalidad que la Ley persigue, sino que incluso se han producido daños o lesiones que menosca-

ben su valor económico, el propietario podrá exigir, en su caso, las oportunas responsabilidades patrimoniales conforme a la legislación general, como se subraya en el escrito del Parlamento de Andalucía. No puede sostenerse, por tanto, que el propietario, sancionado por el incumplimiento de la función social legalmente exigible, se vea privado de toda utilidad económica durante el tiempo que dure la expropiación del uso y disfrute de sus tierras.

5. Alegan asimismo los recurrentes la violación de la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución, que imputa a los artículos 2, 18.2 y 5, 25 y 26 de la Ley de Reforma Agraria del Parlamento de Andalucía. Para ello parten también aquí, como en posiciones anteriores, de una concepción abstracta y virtualmente ilimitada de este derecho constitucional que pretenden deducible del citado artículo 38 y la confrontan con la interpretación que, a su entender, ha de darse a lo que establecen los referidos preceptos de la Ley impugnada.

El artículo 38 de la Constitución dispone que los poderes públicos garantizan el ejercicio de la libre empresa —al tiempo que la defensa de la productividad, que, a su vez, puede suponer un límite a aquélla— de acuerdo con las exigencias de la economía general, entre las que hay que incluir las que pueden imponerse en virtud de determinados bienes o principios constitucionalmente protegidos (a alguno de los cuales ya nos hemos referido con anterioridad, arts. 40, 128.1, 130.1) y, en su caso, de la planificación.

El enjuiciamiento del presente motivo de inconstitucionalidad que los recurrentes reprochan a la Ley andaluza no precisa que nos detengamos, con carácter previo y general, en ahondar sobre el contenido de la libertad de empresa y sobre los límites que pueden establecerse por las normas que regulen su ejercicio, cuestión que no está exenta de graves dificultades de definición *a priori* con carácter abstracto y de general aplicación. Con todo, importa dejar dicho que no parece dudoso que, por lo que se refiere a la actividad empresarial agrícola, su ejercicio ha de quedar condicionado por las restricciones que a la libertad de explotación —o no explotación— de la tierra y por los deberes positivos que en relación con la misma se impongan por la Administración, de acuerdo con las leyes, en virtud de la función social de la propiedad rústica. En efecto, puesto que tales restricciones y deberes tienen como finalidad obtener un adecuado aprovechamiento de la tierra, no tendría sentido —antes bien, sería contradictorio— que, pudiendo recaer sobre el propietario, no fueran lícitas respecto del empresario, coincida o no con aquél. En otros términos, las limitaciones a la actividad empresarial agrícola son, desde el punto de vista que ahora nos ocupa, indisociables de las limitaciones a las facultades de uso y disfrute de la propiedad rústica, determinadas por la función social de esta última.

Así sucede por lo que se refiere a la impugnación del artículo 2 desde este nuevo ángulo, pues —debe repetirse— ni su carácter genérico permite presuponer una aplicación inconstitucional del mismo, ni puede tampoco interpretarse aisladamente y al margen de las específicas habilitaciones a la Administración autonómica contenidas en la Ley, a las que se remite expresamente, sin olvidar, por lo demás, que el ejercicio de las potestades que la Ley atribuye a la Administración debe ajustarse no a cualesquiera

finés de interés público, sino muy precisamente a «criterios objetivos de obtención del mejor aprovechamiento de la tierra y sus recursos».

En lo que concierne al artículo 18.2, la Ley impugnada se limita a habilitar a la Administración de Andalucía para señalar, en los Decretos de Actuación Comarcal, «orientaciones en materia de producción, según las características agronómicas de la Comarca y de acuerdo con la ordenación de la actuación económica general del Estado», lo que, sin necesidad de entrar a considerar ahora si ello sería lícito o no en algún caso en razón de las «exigencias de la economía general» (art. 38 de la Constitución), no pueden interpretarse en el sentido de que el precepto combatido permita por sí solo imponer forzosamente a los empresarios agrícolas un determinado tipo de cultivo o una forma determinada de conseguir los objetivos previstos o de llevar a cabo los procesos productivos, como los recurrentes entienden, y menos aún que el desconocimiento de aquellas orientaciones pueda dar lugar por sí mismo a medidas sancionadoras. Por todo ello no se acierta a comprender de qué manera puede menoscabar dicho precepto la libertad de empresa.

Por razones semejantes carece de consistencia la impugnación del artículo 18.5, que prevé tan sólo medidas de fomento («ayudas y estímulos», reza el precepto) para la constitución de explotaciones agrarias de dimensiones suficientes y características adecuadas, y hasta parece contradictorio el reproche que a este precepto se hace con el núcleo de la argumentación de los recurrentes, pues éstos reconocen abiertamente y con carácter general que esta modalidad de actividad pública de estímulo de iniciativas económicas privadas no conculca en absoluto la libertad de empresa.

El artículo 25 de la Ley, también impugnado, dice que «los Planes Individuales especificarán la mejora a realizar, la cifra total de sus inversiones y el plazo y ritmo de ejecución». En el alegato formulado contra el mismo resulta difícil entender si lo que se censura a este precepto es que pueda imponerse por la Administración la obligación de presentar Planes Individuales de Mejora de Fincas a ciertos particulares, en cuyo caso carece de sentido que no se impugne también el artículo 21, b), y concordantes, o bien simplemente el contenido que, según la Ley, deben tener dichos Planes. En cualquier caso lo que parece que los recurrentes consideran inconstitucional es que se obligue a los empresarios agrícolas a realizar y a efectuar inversiones con arreglo a criterios empresariales que no son los suyos, sino de la Administración autonómica, «so pena de expropiación o de imposición de sanciones». Pero es claro que tal imposición no se desprende en modo alguno del tenor literal del precepto, que más bien garantiza la libertad de los propietarios y empresarios agrícolas para elegir y realizar sus propias opciones productivas, dentro del marco de los Planes Comarcales de Mejora, según disponen los artículos 21, b), y 26 de la Ley. Concretando el significado y alcance normativos del artículo 25, el artículo 26 de la Ley señala, en efecto, que «los particulares afectados podrán presentar un Plan Individual de Mejora, cuya realización se acomode a las directrices generales establecidas en el Plan Comarcal de Mejora», coincidiendo aquí de nuevo con lo dispuesto en los artículos 140 y siguientes del texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, en cuyas técnicas se inspira la Ley de Reforma Agraria de Andalucía.

Desde el punto de vista de lo que prescribe el artículo 38 de la Consti-

tución, la función social de la propiedad, al configurar el contenido de este derecho mediante la imposición de deberes positivos a su titular, no puede dejar de delimitar, a su vez, el derecho del empresario agrícola para producir o no producir, para invertir o no invertir. Pero es que además, como se acaba de observar, la Ley no sustrae, sino que sólo limita la capacidad de elección del empresario, pues, según se deduce de lo dispuesto en los artículos 21 a 29, aquél goza de un amplio margen de decisión en el marco de los criterios generales establecidos en los Planes Comarcales a que deben ajustarse los Planes Individuales de Mejora, de suerte que, como indica diáfanoamente el artículo 26, en contra de lo que los recurrentes apuntan al impugnarlo, la Administración no podría rechazar un Plan Individual de Mejora propuesto por el empresario «cuya realización se acomode a las directrices generales establecidas en el Plan Comarcal de Mejora», por lo que mal puede decirse que este precepto despoje a los empresarios agrícolas andaluces de toda garantía de previsibilidad en cuanto a la aceptación o no por la Administración autonómica de los Planes de Mejora de iniciativa particular. Sólo cuando el empresario no presente el Plan de Mejora o cuando el que proponga sea rechazado por no ajustarse a las directrices generales antes dichas, se podrá imponer a las fincas afectadas un Plan Individual de Mejora Forzosa. Aquí la Ley andaluza sigue en lo fundamental el camino trazado por la legislación general del Estado, señaladamente en los artículos 146 y 147 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973, y en el artículo 5 de la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables de 16 de noviembre de 1979. Este último precepto prescribe en concreto que los Planes particulares de Explotación y Mejora habrán de ajustarse a las directrices que la Administración señale, con la consecuencia de que «la no presentación del plan por parte de los interesados o la no aceptación del presentado dará lugar a que sea la Administración la que redacte el Plan de Mejora».

Que esta última *ratio* de las medidas forzosas de mejora de las explotaciones agrícolas implica la sustitución, al menos en parte, del criterio empresarial del particular por el de la Administración, no parece discutible. Pero a ello debe añadirse que la licitud constitucional de tales medidas, así como de la subsiguiente explotación si el Plan de Mejora Forzosa no es aceptado o no es cumplido por el empresario agrícola, viene dada por su carácter de sanción legal a un previo incumplimiento de los deberes que definen la función social que las fincas rústicas están llamadas a satisfacer. En resumen, la libertad de empresa que reconoce el artículo 38 de la Constitución no puede exonerar del cumplimiento de la función social de la propiedad, de lo que se sigue que las limitaciones legítimamente derivadas de esta última no infringen en ningún caso el contenido esencial de la libertad de empresa.

6. Examinada la Ley desde otro ángulo, los recurrentes ponen el acento de manera muy especial en la inconstitucionalidad de todos aquellos preceptos que contienen previsiones de legislación autonómica en materia expropiatoria sin remitirse en bloque a la legislación estatal. En concreto impugnan por este motivo los artículos 19.1.2, a), 20, 28, y 42.4, y, por conexión, extienden la impugnación a los artículos 2.1 y 3. En defensa de su posición, los actores parten de la idea de que el artículo 149.1.18.º de la Constitución ha reservado al Estado la competencia exclusiva para regular la expropiación, cualquiera que sea el rango normativo de esta regulación,

con la intención de asegurar la homogeneidad de la misma en todo el territorio nacional y sin perjuicio de las competencias de mera ejecución que correspondan a las Comunidades Autónomas. Los demandantes no ignoran que el artículo 15.1.2.<sup>a</sup> del EAA atribuye a la Comunidad Autónoma de Andalucía «el desarrollo legislativo» y no sólo la ejecución en esta materia, pero entienden que, interpretado este precepto de acuerdo con la Constitución, la competencia legislativa que el Estatuto de Autonomía reconoce a la citada Comunidad Autónoma sólo puede cubrir los aspectos organizativos de la acción expropiatoria y no su regulación material que, si se hiciera por normas autonómicas, vulneraría la mencionada norma constitucional, sin que esta infracción pudiera quedar salvada por las competencias que en materia de reforma agraria corresponden a la Comunidad Autónoma (art. 18.1.4 EAA), ya que reforma agraria y expropiación forzosa no son un binomio indisoluble.

Frente a esta opinión, la representación del Parlamento de Andalucía entiende que el artículo 15.1.2.<sup>a</sup> del EAA, al igual que otros Estatutos de Autonomía, ha interpretado el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución en el sentido de que este precepto reserva exclusivamente al Estado la legislación básica en materia expropiatoria, sin perjuicio de su desarrollo legislativo por las Comunidades Autónomas. Por su parte, los representantes del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía sostienen que «las competencias reservadas al Estado por el artículo 149 de la Constitución Española no constituyen un conjunto monolítico, sino que son susceptibles de modificaciones singulares», como las que establece el artículo 15.1.2.<sup>a</sup> del EAA, sin olvidar, en todo caso, que la Ley impugnada respeta estrictamente los principios de la legislación estatal sobre expropiación forzosa. Por último, el Letrado del Estado admite que la competencia exclusiva estatal sobre la legislación expropiatoria no es incompatible con su desarrollo por leyes sectoriales de las Comunidades Autónomas en aquellos supuestos en que la propia Ley de Expropiación Forzosa (arts. 11 y 72) se remite a otras leyes que complementen sus prescripciones, siendo justamente a estos supuestos a los que cabe referir el desarrollo legislativo previsto en algunos Estatutos de Autonomía.

Como ya ha tenido ocasión de declarar este Tribunal, la expropiación forzosa, además de ser un «instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social» (Sentencia núm. 166/1986, de 19 de diciembre, fundamento jurídico 13), constituye al tiempo una garantía constitucional del derecho de propiedad privada, en la medida en que con ella se asegura una justa compensación económica a quienes, por razones de utilidad pública o interés social, se ven privados de sus bienes o derechos de contenido patrimonial (art. 33.3 de la Constitución). Como tal, es obvio que el constituyente ha pretendido que exista una regulación general de la institución expropiatoria —incluso en sus diversas variantes, pues tampoco es hoy la expropiación forzosa una institución unitaria— en todo el territorio del Estado. Y para ello ha reservado en exclusiva al Estado la competencia sobre la legislación de expropiación (art. 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución) y no simplemente, como en otras materias, la competencia para establecer las bases o la legislación básica.

En tanto que institución de garantía de los intereses económicos priva-

dos, la expropiación forzosa implica la obligación de los poderes públicos de indemnizar a quien resulta privado de sus bienes o derechos por legítimas razones de interés general con un equivalente económico, que ha de establecerse conforme a los criterios objetivos de valoración prefijados por la Ley, a través de un procedimiento en el que, previa declaración de la causa legitimadora de la concreta operación expropiatoria, se identifica el objeto a expropiar, se cuantifica el justiprecio y se procede a la toma de posesión de aquél y al pago de éste. Sin duda la uniformidad normativa impuesta por la Constitución supone la igual configuración y aplicación de las mencionadas garantías expropiatorias en todo el territorio del Estado y, por ende, el estricto respeto y cumplimiento de los criterios y sistema de valoración del justiprecio y del procedimiento expropiatorio establecidos por Ley estatal para los distintos tipos o modalidades de expropiación. De este modo, la competencia exclusiva que al Estado reserva el artículo 149.1.18.ª impide que los bienes objeto de expropiación puedan ser evaluados con criterios diferentes en unas y otras partes del territorio nacional y que se prive a cualquier ciudadano de alguna de las garantías que comporta el procedimiento expropiatorio.

Ahora bien, salvada la regulación uniforme de la institución como garantía de los particulares afectados, es preciso insistir en que, desde el punto de vista de los intereses públicos, la expropiación es también, como acabamos de recordar, un medio indeclinable del que los poderes públicos pueden y deben servirse para el logro de sus fines, cuando ello exija privar a ciertos particulares de sus bienes y derechos por causa de utilidad pública o interés social *propter privatorum commodum non debet communi utilitari praejudicari*. En este sentido, es obvio que no sólo la ejecución de las medidas expropiatorias, sino también, en su caso, la definición de la concreta *causa expropriandi* son competencias que no pueden disociarse de las que a cada poder público con potestad expropiatoria le corresponden para la determinación y cumplimiento de sus diferentes políticas sectoriales. Así lo reconoce la propia Ley de Expropiación Forzosa de 1954, en los artículos 10 y siguientes y en el artículo 72, que se remiten a otras leyes especiales e incluso a normas de inferior rango, del Estado y de otros entes territoriales, bien que adoptadas estas últimas de acuerdo con la Ley, para la definición o concreción de la *causa expropriandi*, criterio desde luego no rectificado por la Constitución, que se limita a exigir —« de conformidad con lo dispuesto en las leyes» (art. 33.3)— una norma legal habilitante que establezca el supuesto de utilidad pública o interés social que legitime la privación forzosa de bienes o derechos patrimoniales. De hecho es la legislación sectorial la que, en atención a los intereses públicos que trata de satisfacer, define de manera más específica o más genérica los supuestos de expropiación y permite poner en marcha el procedimiento expropiatorio regulado en la legislación general sobre la materia. Es, en definitiva, este carácter medial de la expropiación, como instrumento al servicio de fines públicos sustantivos cuya procura material corresponde a la Administración, un aspecto esencial de la cuestión planteada en el presente recurso de inconstitucionalidad, aspecto que los recurrentes soslayan, pero que debe ser tenido muy en cuenta a la hora de pronunciarnos acerca de si la Ley andaluza invade o no la competencia exclusiva del Estado para legislar sobre expropiación forzosa.

De acuerdo con las consideraciones que acaban de exponerse, no parece

dudoso que cuando, en virtud del sistema de distribución de competencias que resulta de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, la legislación sectorial corresponda a las Comunidades Autónomas, son éstas, y no el Estado, las que ostentan la potestad de definir legalmente los supuestos en que cabe hacer uso del instrumento expropiatorio mediante la declaración de la *causa expropriandi* necesaria en cada caso, sin perjuicio de la obligación de atenerse a la legislación general del Estado que garantiza por igual los derechos patrimoniales de todos los sujetos privados. De todo ello se sigue que la reserva constitucional en favor del Estado sobre la legislación de expropiación forzosa no excluye que por Ley autonómica puedan establecerse, en el ámbito de sus propias competencias, los casos o supuestos en que procede aplicar la expropiación forzosa, determinando las causas de expropiar o los fines de interés público a que aquélla deba servir. De lo contrario se llegaría al absurdo de que las Comunidades Autónomas, habiendo constatado la existencia de nuevas causas de utilidad pública o interés social justificadoras de la expropiación para el desarrollo de sus respectivas competencias, tuvieran que solicitar del Estado la regulación formal de aquéllas, o a la no menos absurda conclusión, por petrificadora del ordenamiento, de no poder identificar tales supuestos legitimadores más allá de los que, antes de la instauración del Estado de las Autonomías, hayan sido declarados como tales por las leyes del Estado en materias sobre las que éste ha dejado de tener competencia.

Las consideraciones que preceden permiten afirmar ya sin dificultad que el artículo 15.1.2.º del EAA no sólo atribuye a la Comunidad Autónoma de Andalucía competencias de desarrollo legislativo en relación con los aspectos organizativos de la acción expropiatoria —atribución innecesaria, por lo demás, pues está ya incluida en la competencia autonómica de autoorganización (art. 13.1 EAA)—, sino también la competencia para determinar, mediante Ley o de conformidad con ella, como prescribe el artículo 33.3 de la Constitución, los supuestos legitimadores de la expropiación o *causae expropriandi* en aquellos casos en que así lo exija la utilidad pública o el interés social vinculado al ejercicio de sus propias competencias. En este orden de cosas, la reforma agraria es ciertamente un objetivo básico de la Comunidad Autónoma de Andalucía, entendida como «la transformación, modernización y desarrollo de las estructuras agrarias y como instrumento de una política de crecimiento, pleno empleo y corrección de desequilibrios territoriales» (art. 12.11 EAA); pero es también y sobre todo, en lo que ahora importa, una materia —«la reforma y desarrollo del sector agrario» y «la mejora y ordenación de las explotaciones agrícolas, ganaderas y forestales» (art. 18.1.4.º)— reservada a la exclusiva competencia de Andalucía, en cuyo ejercicio corresponde al legislador autonómico decidir si concurren los presupuestos constitucionales que justifican la identificación de casos y causas específicos de expropiación y cuáles sean éstos.

De acuerdo con las consideraciones generales que anteceden, procede examinar ahora la impugnación de los diversos preceptos de la Ley de Reforma Agraria a los que los recurrentes achacan la infracción de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 de la Constitución.

De ellos, el artículo 28, último inciso, y el artículo 52 se recurren porque, sin perjuicio de que ambos preceptos autonómicos reenvían a la

legislación general del Estado sobre expropiación forzosa (como, por lo demás, es la regla en otros muchos preceptos de la Ley: así, por ejemplo, en los arts. 5.2, 15.1 y 3, 42.5, 43.4 y 57), contienen además una referencia genérica a las disposiciones de desarrollo legislativo de la Comunidad Autónoma. Es verdad que, analizados en su contexto, estos dos preceptos no se están refiriendo a las competencias del Parlamento de Andalucía para establecer la *causa expropriandi*. Pero ello no es suficiente para tacharlos de inconstitucionales, puesto que si las garantías expropiatorias de carácter patrimonial y procedimental han de ser establecidas en exclusiva por la legislación del Estado, a la que expresamente se remiten las normas de la Ley andaluza que ahora examinamos, nada impide a la Comunidad Autónoma legislar sobre otros aspectos, tales como los organizativos, en relación con las expropiaciones que la Ley impugnada considera necesarias para actuar las competencias de reforma y desarrollo agrario en Andalucía. Por lo demás, es evidente que los preceptos impugnados no establecen ninguna regulación sustantiva propia, ni prejuzgan tampoco cuál haya de ser el contenido del desarrollo legislativo autonómico a que se refieren, lo que pone de manifiesto con igual evidencia que por sí mismos no invaden competencia estatal alguna y, en consecuencia, no son inconstitucionales.

El artículo 19.1.2, a), no crea un nuevo supuesto de expropiación, distinto de los ya establecidos en la legislación del Estado, en concreto, en la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables, sino que se limita a concretar, en relación con las actuaciones de ámbito comarcal, cuáles son las fincas inmediatamente expropiables por incumplimiento de la función social de la propiedad, concreción que en la Ley estatal antes dicha (art. 5) queda remitida con escasas restricciones [las del art. 2.1, c)] al Ministerio de Agricultura. Ello no supone sino la definición de una *causa expropriandi* en una materia —desarrollo y reforma agraria— atribuida a la competencia de la Comunidad Autónoma, por lo que es obvio que el precepto que ahora nos ocupa no invade las competencias del Estado sobre legislación expropiatoria.

El artículo 20, que especifica la declaración general del artículo 3 de la Ley, prevé la posibilidad de acordar la expropiación del dominio o del uso de una finca como sanción por incumplimiento de la función social de la propiedad de la tierra, remitiéndose para ello en sus diferentes apartados, sin excepción, a la legislación general del Estado. El precepto transcribe incluso una buena parte de la regulación contenida en la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables, sin otras alteraciones que las relativas, de un lado, a los órganos que pueden declarar la finca como manifiestamente mejorable y ejercer la potestad expropiatoria (antes el Consejo de Ministros, ahora el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía) y, de otro, a los organismos públicos beneficiarios de la expropiación, que en la Ley impugnada es el organismo propio de la Comunidad Autónoma, el IARA, en sustitución de los señalados por la legislación del Estado, IRYDA e ICONA. Modificaciones ambas del alcance puramente organizativo que no necesitan mayor justificación una vez asumidas las competencias sobre reforma y desarrollo agrario por la Comunidad Autónoma de Andalucía. Por ello, tampoco se infringe aquí la competencia estatal de legislación sobre expropiación forzosa, sin que sea atendible el argumento que, subsidiariamente, funda la inconstitucionalidad de precepto en la incorrección

técnica que supone transcribir la legislación estatal, pues, como este Tribunal ha declarado en repetidas ocasiones, que por conocidas no es preciso recordar ahora, tal incorrección, en su caso, no es motivo suficiente para declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones que incurran en la misma.

Por lo que se refiere a la impugnación de los artículos 28 y 42.4, los actores argumentan como sigue: «El artículo 28 en cuanto regula asimismo una materia expropiatoria sin atenerse además a los términos de los artículos 150 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario Estatal y 7 y 9 de la Ley 34/1979, es constitucional. Idéntica consideración cabe hacer, en fin, respecto del artículo 42.4». Ninguna de tales afirmaciones es correcta. Pues, en efecto, el artículo 28 no regula materia expropiatoria alguna, sino que se limita una vez más a prever un supuesto expropiatorio, que es sustancialmente idéntico al contemplado en los artículos 150 y siguientes de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, sin que aquel precepto innove, salvo en lo que afecta a los aspectos organizativos, la regulación estatal de la garantía expropiatoria, a la que, una vez definida la *causa expropriandi* y el tipo de expropiación a que da lugar, se remite en bloque, con la salvedad del desarrollo legislativo de la Comunidad Autónoma, a la que ya nos hemos referido. Por consiguiente y por las razones expuestas, tampoco este precepto es inconstitucional. Otro tanto hay que decir del artículo 42.2, que sólo contempla otro caso en el que la expropiación forzosa es posible, traslación por lo demás del previsto en el artículo 113.1 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario al ámbito de los intereses autonómicos, «sin perjuicio de las competencias del poder central en esta materia», relativa a la transformación económica y social de grandes zonas, como se cuida de salvar el apartado 1 de la disposición autonómica recurrida, y estando, en todo caso, en las expropiaciones que por este motivo se lleven a cabo, «a lo dispuesto en la legislación general del Estado en la materia», como expresamente admite el apartado 4.º de la citada disposición autonómica. Ninguno de los dos preceptos es, por tanto, inconstitucional.

7. Tampoco son consistentes las impugnaciones de ciertos preceptos de la Ley andaluza porque inciden en las bases y ordenación de la actuación económica general del Estado, que el artículo 18.1 del propio Estatuto de Autonomía establece como límite al ejercicio de las competencias autonómicas en materia de agricultura y ganadería, reforma y desarrollo agrario y ordenación de las explotaciones agrícolas, ganaderas y forestales.

El reproche que, desde este ángulo, se hace a la Ley descansa en la idea de que toda la legislación estatal sobre reforma y desarrollo agrario, incluida la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables, es reconducible a los aspectos básicos y de ordenación de la actuación económica, no ya específicamente agrícola, sino general, que compete al Estado, por lo que, a decir de los actores, no es lícito siquiera que la Ley autonómica introduzca modulaciones o modificaciones parciales y secundarias en aquella legislación. Es obvio que esta tesis ha de ser rechazada, so pena de reducir literalmente a la nada las competencias legislativas de la Comunidad Autónoma en dicha materia, que su Estatuto le reconoce, de acuerdo con la Constitución.

Así, no se alcanza a comprender en qué medida puede incidir en las bases o en la ordenación económica general el artículo 4.º de la Ley recurrida, que diferencia, a sus efectos, las obligaciones que recaen sobre el

propietario y sobre el titular de la explotación de una finca rústica, de manera parcialmente distinta, aunque fundada en los mismos principios de asignación de responsabilidades, a la establecida en los artículos 5.3 y 6.4 de la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables.

No puede aceptarse tampoco la afirmación de los recurrentes de que constituya un aspecto básico o relativo a la ordenación general de la economía el que los asentamientos de agricultores en tierras públicas se produzcan prioritariamente por concesión administrativa, como señala el artículo 29 de la Ley estatal de Reforma y Desarrollo Agrario, y sólo en casos limitados según otras formas o títulos jurídicos, en vez de indistintamente por aquella o éstos, como establece el artículo 56 de la Ley andaluza de Reforma Agraria; o que sea inconstitucional por dicha razón el artículo 57, párrafo 3.º, de esta última, que introduce alguna modificación de detalle —y ni siquiera de principio— en relación con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario sobre las causas de caducidad de la concesión administrativa de tierras públicas para asentamientos agrícolas; o, por último, que invada las referidas competencias estatales el artículo 65 al regular el orden de preferencia para tales asentamientos de manera distinta a como lo hace el artículo 25.3 de la citada Ley estatal.

Ninguna de estas normas, que, en parte, introducen modificaciones de índole social y, en parte, sólo correcciones de mera técnica jurídica a lo ya dispuesto por las citadas leyes estatales, alcanza a desplegar una eficacia incisiva en la política económica general del Estado o en los elementos básicos de la misma, que es lo que se trata de preservar con la reserva o límite competencial del artículo 18.1 EAA, en conexión con lo que establece el artículo 149.1.13.ª de la Constitución.

8. Otro de los motivos del recurso se funda en la vulneración de la competencia estatal exclusiva en materia de legislación civil *ex* artículo 149.1.8.ª de la Constitución.

Esta pretendida inconstitucionalidad se imputa genéricamente a toda la Ley de Reforma Agraria, en la medida en que regula la función social de la propiedad y, en consecuencia, el derecho mismo de propiedad que, según creen los demandantes, es el núcleo de la legislación civil. Pero este argumento no es convincente. En el fondo del mismo subyace una vez más una concepción de la propiedad privada como institución unitaria, regulada en el Código Civil, que sólo admite limitaciones externas a su libre ejercicio en virtud de leyes especiales. Por el contrario, como se ha expuesto, el derecho a la propiedad privada que la Constitución reconoce y protege tiene una vertiente institucional, precisamente derivada de la función social que cada categoría o tipo de bienes sobre los que se ejerce el señorío dominical está llamado a cumplir, lo que supone, como ya sabemos, la definitiva incorporación del interés general o colectivo junto al puro interés individual del titular en la propia definición de cada derecho de propiedad o, si se prefiere, en la delimitación concreta de su contenido. Como es lógico, esta delimitación no se opera ya sólo en la legislación civil, sino también en aquellas otras leyes que cuidan principalmente de los intereses públicos a los que se vincula la propiedad privada. Así ocurre en el caso de la propiedad urbana, cuyas leyes de ordenación están muy lejos de establecer sólo, como los recurrentes pretenden, «medidas de policía concretas», respetando, como regulación ajena, «la imposición de

obligaciones y limitaciones al ejercicio de los derechos dominicales», sino que, muy al contrario, establecen por sí mismas, o por remisión a los instrumentos normativos del planeamiento, los deberes y límites intrínsecos que configuran la función social de la propiedad del suelo, desde el punto de vista de la ordenación del territorio. Y así ha sucedido y sucede también en el caso de la legislación agraria, cuyos objetivos conducen a una regulación de la propiedad de la tierra destinada a usos agrícolas, que se superpone a la legislación civil propiamente dicha. Así las cosas, resulta también evidente que si la Comunidad Autónoma andaluza es titular de una competencia específica para legislar en materia de «reforma y desarrollo del sector agrario», como efectivamente así es según dispone el artículo 18.1.4.º de su Estatuto de Autonomía, dicha competencia incluye la posibilidad de legislar asimismo sobre la propiedad de la tierra y su función social, dentro del territorio de Andalucía. De todo lo cual se desprende que la Ley de Reforma Agraria impugnada no ha invadido las competencias exclusivas que al Estado reserva el artículo 149.1.8.º de la Constitución.

Más en concreto los recurrentes dirigen su queja, por la misma razón, contra el artículo 58 de dicha Ley, que se remite a la legislación general del Estado en lo relativo a las cesiones por arrendamiento y subarriendo de tierras y derechos de titularidad del Instituto Andaluz de Reforma Agraria, «sin perjuicio del desarrollo legislativo que corresponda a la Comunidad Autónoma». Pero lo cierto es que este precepto no establece regulación material alguna ni afirma siquiera la competencia autonómica sobre la regulación sustantiva de tales cesiones, sino que simplemente salva la posibilidad de una legislación autonómica de desarrollo sobre aspectos indeterminados relacionados con las mismas, que podrían ser de tipo organizativo, procedimental u otros, salvedad que en sí misma no puede reputarse inconstitucional.

También se impugna el artículo 61, por entender los recurrentes que contiene un régimen sucesorio distinto del establecido en determinados preceptos de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. Pero con independencia de que, como destaca la representación del Parlamento de Andalucía, los preceptos estatales aludidos (arts. 32, 35 y 41) han sido en su mayor parte derogados por la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, de Explotaciones Familiares Agrarias, a la que se remite el párrafo 2.º del artículo 61 recurrido en lo referente al régimen sucesorio de las adjudicaciones de tierras públicas en propiedad, la posibilidad que en el párrafo 3.º se contempla de someter a autorización administrativa la subrogación en favor del causahabiente de las adjudicaciones a título de concesión, arrendamiento o subarriendo afecta específicamente a la transmisión *mortis causa* de un derecho de aprovechamiento sobre bienes o derechos públicos, y tiene por finalidad asegurar la permanencia de la causa de interés público que legitima la adjudicación. Por tanto, tampoco es posible hallar aquí una invasión de las competencias estatales en materia de legislación civil, porque el precepto autonómico impugnado se sitúa fuera de aquel ámbito material de atribuciones.

Finalmente, se impugna por idéntico motivo la disposición adicional de la Ley de Reforma Agraria, que introduce un supuesto de fraude de Ley, lo que, en opinión de los recurrentes, es también materia que está reservada al Estado por el artículo 149.1.8 de la Constitución, porque el con-

cepto de fraude de Ley es un concepto que se «contempla en el título preliminar del Código Civil». La objeción carece de sentido por varios motivos. Ante todo, es preciso dejar constancia, como primera observación, que el fraude de Ley, en cuanto institución jurídica que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el ordenamiento o contrarios al mismo, es una categoría jurídica que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del ordenamiento jurídico. En rigor ni siquiera podría sostenerse hoy que el artículo 6.4 del Código Civil, que contempla con carácter general el fraude de Ley, es una norma exclusiva de la legislación civil. El citado precepto, como la mayor parte de los que integran el título preliminar, es aplicable a todo el ordenamiento, y sólo por tradición histórica, sin duda respetable, conserva en el Código Civil su encaje normativo.

No obstante lo cual, es notorio que el Estado retiene la competencia exclusiva para definir la figura y regular sus efectos jurídicos, porque es una de «las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas», de cualesquiera normas jurídicas, civiles o no, cuya definición y alcance han sido encomendados por el constituyente al legislador estatal en el párrafo 2.º del tan citado artículo 149.1.8. Pero de ello no se sigue —y ésta es la segunda y más importante observación— que todo supuesto constitutivo de fraude deba ser previsto y regulado precisamente por una Ley del Estado. Pues, aparte de que sería absurdo exigir una expresa previsión legal de los indefinidos casos en que la aplicación de una norma puede ser defraudada, lo cierto es que la disposición adicional recurrida se limita a prevenir *ad cautelam* contra una utilización fraudulenta de la Ley misma, ejemplificando un supuesto en que dicha utilización podría producirse, sin que ello sea obstáculo a la aplicación de la regla general del artículo 6.4 del Código Civil, conforme a la cual deberá examinarse, en su caso, si se ha perseguido o no el resultado prohibido o contrario al ordenamiento que dicho precepto califica como fraude, con la consecuencia, prevista igualmente por el precepto estatal y por el autonómico, de no impedir la recta aplicación de la Ley que se trata de eludir. En este sentido, la disposición adicional impugnada, aunque pudiera considerarse innecesaria, máxime cuando reitera un idéntico supuesto establecido por el artículo 3.2 de la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables, no es inconstitucional, pues no menoscaba la competencia estatal que se considera invadida.

9. También se dirige el recurso contra los artículos 2, 3, 15, 19.2 y 20 de la Ley andaluza, por infracción de lo dispuesto en el artículo 149.1.1.º de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, entre los que se encuentra la propiedad y su función social, pues entiende la representación actora que no puede haber funciones sociales distintas en distintas áreas del territorio nacional.

Sin embargo, esta última y radical *reductio ad unitatem* que los recurrentes proclaman no es una consecuencia que se deduzca sin más del citado artículo 149.1.1.º, tampoco es inherente a la regulación constitucional de la propiedad, ni se compadece, por último, con las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas por sus Estatutos de Autonomía y por las leyes conforme a la Constitución.

La función social de la propiedad, determinada de acuerdo con las leyes, presupone la identificación de los fines de interés general que, sin perjuicio de la utilidad individual de su titular, están llamados a satisfacer los bienes objeto de dominio privado. Por lo que concierne singularmente a la propiedad inmobiliaria, es evidente que esos fines de interés general pueden justificar el empleo de distintos instrumentos jurídicos en atención a la propia localización de los bienes o en razón de las cambiantes condiciones económicas, sociales e incluso de orden cultural en cada parte del territorio. Por otra parte, la definición de la función social de la propiedad no es algo que derive sustancialmente de una regulación unitaria del derecho de propiedad ni es tampoco aceptable que, al socaire de una ordenación uniforme de la propiedad privada, puedan anularse las competencias legislativas que las Comunidades Autónomas tienen sobre todas aquellas materias en las que entren en juego la propiedad y otros derechos de contenido patrimonial, tesis ésta que subyace a buena parte de las alegaciones de los recurrentes y que vuelve a aflorar en relación con el artículo 149.1.1.º de la Constitución, hasta el punto de que la pretendida infracción de este precepto se considera por aquéllos unida a la del artículo 149.1.8.º

A este propósito, ya hemos dicho, y conviene repetirlo ahora, que precisamente la incorporación de una vertiente institucional al derecho de propiedad privada hace que la función social que este derecho debe satisfacer no es ni puede ser igual en relación con todo tipo de bienes. Carece por lo mismo de sentido la exigencia de una regulación, necesariamente abstracta, de la función social —las funciones sociales, mejor— del dominio, realizada con carácter general y uniforme, pues sin duda resultaría altamente artificiosa. Por el contrario, esa dimensión institucional del derecho de propiedad privada no puede desligarse de la regulación de los concretos intereses generales que imponen una delimitación específica de su contenido. En consecuencia, corresponde a quien tiene atribuida la tutela de tales intereses —o, lo que es lo mismo, la competencia en relación con cada materia que pueda incidir sobre el contenido de la propiedad— establecer, en el marco de la Constitución, las limitaciones y deberes inherentes a la función social de cada tipo de propiedad. Así hay que entenderlo en relación con la propiedad agrícola, cuya regulación no puede ser arbitrariamente separada, como ya queda dicho, de la correspondiente a la materia de reforma y desarrollo agrario desde la óptica de los intereses generales, que, en el caso que nos ocupa, compete a la Comunidad Autónoma de Andalucía en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.1.4.º de su Estatuto.

Pero es que, por último, y aunque pudiera entenderse que el artículo 149.1.1.º de la Constitución permite al Estado atraer a su ámbito competencial una potestad normativa en relación con la función social de la propiedad sobre cualquier tipo de bienes y en virtud de cualesquiera intereses de carácter público, aun aquellos cuya definición y gestión no le está, ya encomendada, de ello no cabría concluir sino que el Estado podría regular las condiciones básicas que garanticen una igualdad de trato —asimismo básica o esencial— de todos los españoles en el ejercicio (y en el contenido) de sus derechos de propiedad. Pero ello sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas puedan dotarse, en el ámbito de sus respectivas competencias, de una legislación propia que respete la regulación básica estatal que pudiera en el futuro formularse o, en su caso, los principios

de dicha regulación que puedan inducirse de las leyes estatales vigentes, de acuerdo con la Constitución. El artículo 149.1.1.ª de la Norma fundamental, como este Tribunal ha venido declarando desde la Sentencia 37/1981, de 16 de noviembre (fundamento jurídico 3.º), no puede interpretarse de tal manera que pueda vaciar el contenido de las numerosas competencias legislativas atribuidas a las Comunidades Autónomas cuyo ejercicio incida, directa o indirectamente, sobre los derechos y deberes garantizados por la misma. Y si es cierto, como los recurrentes arguyen, que no todas las medidas de reforma agraria han de afectar necesariamente a la propiedad privada o a su función social, no lo es menos que corresponde a quien puede establecer aquéllas disponer las limitaciones y deberes de los propietarios a que deban dar lugar, respetando, en su caso, las condiciones básicas del ejercicio de los derechos o de las posiciones jurídicas fundamentales, reservadas a la legislación del Estado.

Pues bien, es manifiesto que los preceptos de la Ley de Reforma Agraria que se impugnan por infracción del artículo 149.1.1.ª de la Constitución respetan los principios o bases que, en relación con la función social de la propiedad agraria, se deducen de la legislación estatal vigente en la materia, hasta el punto de que buena parte de aquéllos no contienen, como ya se ha visto, sino traslaciones de normas estatales y de las respectivas técnicas de intervención al específico ámbito autonómico, o bien remisiones en bloque a las leyes y reglamentos del Estado.

Así, con independencia de lo establecido en el artículo 2, cuya naturaleza principal y de reenvío al resto de la Ley ya se ha analizado, los artículos 3 y 15 no recogen sino supuestos genéricos y medidas de intervención ya contempladas en la legislación estatal —expropiaciones del dominio o del uso de las fincas, planes de mejora, transformación de grandes zonas de interés general, concentración de explotaciones, asignación de tierras públicas a particulares, adquisición por compraventa de tierras—, introduciendo como única novedad las medidas tributarias de las que se ha de tratar más adelante, medidas éstas a las que también se refiere el artículo 19.2, igualmente impugnado por presunta infracción del artículo 149.1.1.ª de la Constitución. Por último, el artículo 20 se ajusta estrictamente, como se ha dicho con anterioridad, a la legislación del Estado, a la que expresamente se remite en algunos de sus párrafos, sin más alteraciones que el ejercicio de las correspondientes competencias por los órganos de la Administración autonómica.

10. Las consideraciones precedentes permiten refutar también la genérica imputación de vulneración del principio de igualdad que se dirige contra la Ley andaluza en su conjunto. Esta pretendida infracción se habría producido, según los recurrentes, porque teniendo dicha Comunidad Autónoma las mismas competencias que el País Vasco, Cataluña y Galicia en materia de agricultura, lo que no quedaría desmentido por la específica referencia a la reforma y desarrollo agrario entre las competencias de Andalucía, la Ley de Reforma Agraria de Andalucía ha dado una interpretación al artículo 18.1.4.ª del EAA muy diferente de la que los Reales Decretos de transferencia de servicios al País Vasco y a Cataluña han hecho de los respectivos Estatutos, pues tales Reales Decretos no atribuyen a dichas Comunidades sino muy limitadas competencias de ejecución en relación con la reforma agraria, de donde se sigue que los empresarios andaluces se hallan en peor situación que sus homólogos vascos y catalanes.

Fácilmente se advierte que el argumento carece de consistencia. Aunque fuera cierto que otras Comunidades Autónomas tienen atribuidas las mismas competencias que Andalucía en materia de agricultura, cuestión que no es preciso examinar ahora, pero que en cualquier caso depende de lo que prescriban los respectivos Estatutos de Autonomía y no los Reales Decretos de transferencia de servicios, pues éstos carecen de valor distributivo de competencias (Sentencias 87 y 88/1983, de 27 de octubre; 48/1985, de 28 de marzo; 87/1985, de 1 de julio; 102/1985, de 4 de octubre, y 95/1986, de 10 de julio, entre otras), no vulnera el principio de igualdad el hecho de que aquella Comunidad, conforme a su Estatuto, se haya dotado de una normativa propia sobre reforma agraria, mientras que otras, bien porque se consideren incompetentes en la materia, como los recurrentes parecen afirmar, bien simplemente porque no lo han estimado oportuno, no hayan realizado una actuación legislativa semejante.

El principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los artículos 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1.ª de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales, igualdad que la Ley de Reforma Agraria impugnada respeta cuidadosamente, según ha quedado razonado.

11. Los artículos 49.4, párrafo 2.º, y 51, párrafo 1.º, son impugnados por infracción de la competencia estatal sobre la Hacienda general (artículo 149.1.14.ª de la Constitución), ya que, en criterio de los recurrentes, atribuyen a la Comunidad Autónoma una disponibilidad sobre impuestos estatales no cedidos y subvenciones con cargo a los presupuestos del Estado.

Basta, sin embargo, una lectura atenta de los preceptos recurridos para concluir que la Comunidad no se arroga en modo alguno facultades de disposición sobre la Hacienda del Estado que no le estén atribuidas.

En efecto, el párrafo 2.º del artículo 49.4 reconoce en ciertos supuestos a quien transmite una finca al IARA o a otros afectados en un procedimiento de concentración de explotaciones agrarias, el derecho a percibir una subvención de hasta el 10 por 100 del precio de venta, «con independencia de los beneficios que conceden los artículos 61 y 62 de la Ley 49/1981, de 24 de diciembre». Del propio tenor literal del precepto —«con independencia de ..»— no puede deducirse que se haya pretendido crear un nuevo supuesto de hecho determinante del otorgamiento de los beneficios que confiere la Ley estatal. Estos últimos podrán o deberán otorgarse, en su caso, sólo si la operación de aportación de tierras reúne los requisitos establecidos en los citados artículos 61 y 62 de la Ley 49/1981, que regula

el estatuto de la propiedad familiar agraria. A ello se añade ahora, como beneficio suplementario, una subvención de hasta el 10 por 100 que, aunque no se declare así expresamente, no puede sino correr a cargo de los presupuestos de la propia Comunidad Autónoma otorgante. Conforme a sus competencias en materia de agricultura y reforma agraria, ésta se limita a ampliar de este modo, con sus propios recursos, los beneficios que puedan corresponder a los transmitentes según la legislación estatal, siempre que, al tiempo, concurren los requisitos establecidos en la Ley autonómica.

El artículo 51, párrafo 1.º, reconoce el derecho a obtener los beneficios previstos en la legislación del Estado, que se refieren, en concreto, a la exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (art. 48.I.B.6 del Real Decreto legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre), cuando el Consejero de Agricultura y Pesca del Gobierno andaluz autorice la concentración voluntaria de explotaciones por interés privado, siempre que concurren las circunstancias que la propia legislación general establece para exigir la permuta forzosa. Ciertamente este precepto dispone el otorgamiento de unos beneficios relativos a la exención de tributos estatales en virtud de un acto autorizatorio de la Administración autonómica. Pero aunque otra cosa pueda parecer inicialmente, no por ello se produce una injerencia constitucionalmente ilícita de la Comunidad Autónoma en el ámbito de la Hacienda estatal. No hay, en efecto, invasión de competencias estatales, porque no es la Ley autonómica la que establece dichos beneficios fiscales, sino la legislación estatal a la que se remite. Pero además la Ley andaluza tampoco crea un nuevo supuesto al que se vincule la concesión de tales beneficios, ya que se limita pura y simplemente a transcribir el supuesto contemplado en el artículo 240 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (recogido por el citado artículo 48.I.B.6 del Real Decreto legislativo 3050/1980), relativo a las concentraciones voluntarias de interés privado, que la Ley andaluza no modifica, pues sólo permite autorizar tales concentraciones con los beneficios consiguientes cuando concurren las circunstancias, regladas en los artículos 261 y siguientes de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, para exigir la permuta forzosa, supuesto éste respecto del que el reiterado artículo 48.I.B.6 del Real Decreto legislativo 3050/1980 concede la misma exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.

La única modificación relevante que el precepto impugnado introduce respecto a las leyes estatales mencionadas consiste, por lo que ahora interesa, en que, según aquél, la autorización de la concentración de explotaciones corresponde al Consejero de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, en vez de al IRYDA. Pero no puede verse en ello invasión alguna de competencias del Estado, si se tiene en cuenta que el apartado B, 1.º, f), del anexo al Real Decreto de transferencias 1129/1984, de 4 de abril, ha traspasado a la Comunidad Autónoma de Andalucía los servicios y funciones del IRYDA en materia de concentraciones de carácter privado, por lo que no puede reputarse ilegítimo que su ejercicio por la Comunidad Autónoma produzca los mismos efectos financieros que el anterior ejercicio por el IRYDA, cuando los supuestos de hecho que los determinan no han sido alterados. A todo ello hay que añadir que el rendimiento en Andalucía del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en los aspectos que ahora importa retener, ha sido cedido

a aquella Comunidad Autónoma, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 57.1, b), del EAA, por la Ley 32/1983, de 28 de diciembre. Cae así por su base el argumento de los recurrentes, basado en la indisponibilidad por la Comunidad Autónoma sobre tributos estatales no cedidos, incluso en la medida en que tal argumento pudiera tener relevancia constitucional.

12. Queda por examinar, finalmente, el tercer bloque de cuestiones al que aludíamos en el fundamento jurídico 1.º, relativo al Impuesto sobre Tierras Infrautilizadas. El recurso se dirige en este punto contra la totalidad de los preceptos (arts. 30 a 41 y, por conexión, arts. 3, *in fine*; 15, último inciso, y 19.2), que establecen y regulan como tributo propio de la Comunidad Autónoma de Andalucía el impuesto antes dicho.

En síntesis, la representación actora fundamenta su alegato de inconstitucionalidad en dos motivos principales: 1.º La Comunidad Autónoma carece de competencia para establecer una medida tributaria de esta naturaleza, y 2.º, la nueva figura tributaria autonómica infringe la prohibición de recaer sobre hechos impositivos gravados por el Estado. Según el primero de los motivos enunciados, se arguye que el llamado «Impuesto sobre Tierras Infrautilizadas» no es, en realidad, un impuesto, sino un arbitrio con finalidad no fiscal, que la Comunidad de Andalucía no puede establecer, porque no lo permiten los artículos 157 de la Constitución, 4.1 de la LOFCA y 57 del EAA. La segunda objeción se apoya en que el «impuesto» cuestionado grava en realidad la misma fuente de riqueza que el Impuesto sobre el Patrimonio —la mera propiedad de un bien— o la Contribución Territorial Rústica —las rentas agrarias susceptibles de obtención, aún no producidas—, por lo que incurre en doble imposición. Asimismo se alude tangencialmente al posible carácter confiscatorio de dicho «impuesto», contra lo ordenado en el artículo 31.1 de la Constitución.

En su contestación a la demanda, el Presidente del Parlamento de Andalucía alega que el Impuesto sobre Tierras Infrautilizadas es un verdadero impuesto, con independencia de que tenga una finalidad no fiscal, lo que es coherente con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley General Tributaria. Tras el esfuerzo unificador que esta Ley supuso, los arbitrios con fines no fiscales no constituyen ya una categoría distinta de los impuestos, como lo demuestra el ejemplo del Impuesto Municipal de Solares. Pero aunque ello no fuera así, la competencia de la Comunidad Autónoma para crear este nuevo tributo encuentra pleno respaldo en el artículo 64.1 del Estatuto de Autonomía, que prevé expresamente la posibilidad de que el Parlamento andaluz establezca «exacciones con fines no fiscales». Por otra parte, el impuesto autonómico impugnado no grava un hecho imponible ya gravado por el Estado, pues el contemplado por aquél no es la propiedad de un patrimonio ni la obtención de una renta, sino el rendimiento de una finca considerado no suficiente. No se infringe por ello el artículo 6.2 de la LOFCA, que no prohíbe que diversos tributos recaigan sobre una misma materia impositiva o fuente de riqueza gravable, pues ello supondría negar de hecho a las Comunidades Autónomas toda capacidad para establecer tributos. Por último, el impuesto en cuestión no es confiscatorio, sin que pueda confundirse confiscatoriedad con progresividad del sistema impositivo.

De manera semejante, los representantes del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía rechazan que el Impuesto sobre Tierras Infrautilizadas no sea un impuesto, pues así se infiere de la definición del artículo 26

de la Ley General Tributaria, que no exige que los hechos positivos sean los únicos capaces de generar impuestos, como es el caso del Impuesto Municipal de Solares. De otra parte, la regulación de aquel impuesto por la Ley autonómica no infringe el artículo 6.2 de la LOFCA, pues el hecho imponible que establece —la no obtención durante el periodo impositivo del rendimiento óptimo fijado para cada comarca es distinto del hecho imponible del Impuesto sobre el Patrimonio y del de la Contribución Territorial Rústica. Finalmente, para contrarrestar el alegato de la confiscatoriedad, basta con examinar la escala de los tipos de gravamen que establece el artículo 39 de la Ley recurrida.

También el Abogado del Estado entiende que la figura tributaria en cuestión es un auténtico impuesto, en el sentido del artículo 26 de la Ley General Tributaria, siendo evidente que la propiedad de terrenos infrautilizados implica capacidad contributiva, como posesión de un patrimonio, sin que a ello sea obstáculo la persecución de fines no recaudatorios, ya que tales fines están previstos y permitidos por el artículo 4 de la citada Ley General Tributaria. En segundo lugar, considera el representante del Estado que el artículo 6.2 de la LOFCA no prohíbe la imposición autonómica sobre la misma fuente de riqueza o materia impositiva ya gravada por el Estado, sino sólo la duplicidad del mismo hecho imponible, que en el presente caso no concurre, ya que lo que el nuevo impuesto grava es la renta virtual de la propiedad, con los efectos de apropiación de plusvalías especulativas y costes sociales que comporta, hecho imponible cuya diferenciación es conforme a los principios de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad.

13. Examinados los términos en que las partes han planteado la controversia y delimitado así el objeto del presente motivo de impugnación, conviene centrar ahora la atención en el argumento principal alegado por los recurrentes, según el cual la figura tributaria que la Ley de Reforma Agraria establece, por no responder a finalidades estrictamente recaudatorias, no es ni puede ser un verdadero impuesto, sino que se trata más bien de una exacción o arbitrio con finalidad no fiscal que, en su criterio, carece de cobertura constitucional como fuente de financiación propia de las Comunidades Autónomas.

Es cierto que la función extrafiscal del sistema tributario estatal no aparece explícitamente reconocida en la Constitución, pero dicha función puede derivarse directamente de aquellos preceptos constitucionales en los que se establecen principios rectores de política social y económica (señaladamente, arts. 40.1 y 130.1), dado que tanto el sistema tributario en su conjunto como cada figura tributaria concreta forman parte de los instrumentos de que dispone el Estado para la consecución de los fines económicos y sociales constitucionalmente ordenados. Por otra parte, dicha función está expresamente enunciada en el artículo 4 de la vigente Ley General Tributaria, según el cual «los tributos, además de ser medios para recaudar ingresos públicos, han de servir como instrumentos de la política económica general, atender a las exigencias de estabilidad y progreso sociales y procurar una mejor distribución de la renta nacional». A ello no se opone tampoco el principio de capacidad económica establecido en el artículo 31.1 de la Constitución, pues el respeto a dicho principio no impide que el legislador pueda configurar el presupuesto de hecho del tributo teniendo en cuenta consideraciones extrafiscales.

Sentado lo anterior, es preciso determinar si la función extrafiscal de los tributos tiene o no lícito acomodo en el ámbito del poder tributario autonómico. La respuesta ha de ser también afirmativa. Pues, en efecto, ni en la Constitución ni en la LOFCA existe precepto alguno que prohíba a las Comunidades Autónomas actuar su potestad tributaria —y, en concreto, su poder de imposición— en relación con la consecución de objetivos no fiscales. Antes bien, la Constitución concede autonomía financiera a las Comunidades Autónomas «para el desarrollo y ejecución de sus competencias» (art. 156.1), lo que permite admitir la facultad de aquéllas para utilizar también el instrumento fiscal —como parte integrante de su autonomía financiera— en la ejecución y desarrollo de todas las competencias que hayan asumido en sus respectivos Estatutos de Autonomía y respecto de las cuales dicha utilización sea necesaria. Con ello hay, en definitiva, un implícito reconocimiento constitucional del principio de instrumentalidad fiscal en la esfera de la imposición autónoma. En consecuencia, las Comunidades Autónomas pueden establecer impuestos de carácter primordialmente extrafiscal, pero ello ha de llevarse a cabo dentro del marco de competencias asumidas y respetando las exigencias y principios derivados directamente de la Constitución (art. 31), de la Ley Orgánica que regula el ejercicio de sus competencias financieras (art. 157.3 de la Constitución) y de los respectivos Estatutos de Autonomía.

Por lo que al impuesto ahora cuestionado concierne, hay que convenir, desde luego, y en ello todas las partes son conscientes, que la Ley de Reforma Agraria lo ha configurado como un tributo con finalidad no predominantemente recaudatoria o extrafiscal, como lo prueban, al menos, dos circunstancias. La primera es que, a medida que se logra la finalidad perseguida, es decir, la correcta utilización de las fincas rústicas, disminuye su virtualidad recaudatoria; la *intentio legis* del tributo no es crear una nueva fuente de ingresos públicos con fines estrictamente fiscales o redistributivos, sino disuadir a los titulares de propiedades o de empresas agrícolas del incumplimiento de las obligaciones inherentes a la función social de la propiedad de la tierra que la propia Ley define o, dicho en términos positivos, estimular a aquéllos para que obtengan de sus propiedades los rendimientos económicos y sociales que les son legalmente exigibles. La segunda consiste, en coherencia con la anterior, en que la Ley exige precisamente del pago del tributo las fincas rústicas o explotaciones agrarias que se encuentren ya «sometidas a un plan de mejora o intensificación de cultivos, tanto de carácter forzoso como voluntario, aprobado por la Administración autónoma y en fase de ejecución» (artículo 36.7).

Los recurrentes sostienen, sin embargo, que los impuestos, para merecer dicha calificación han de gravar hechos positivos, no hechos negativos, como es el caso del, a su juicio, «mal llamado impuesto sobre tierras infrautilizadas», que no grava «la percepción de una renta, sino la no producción de una renta». Con esta tesis se viene a cuestionar, por tanto, no sólo la naturaleza impositiva de este nuevo tributo autonómico, sino también su licitud constitucional a la luz de lo dispuesto en el artículo 31.1 de la Constitución en relación con el principio de capacidad económica.

Por las razones antes dichas, el Tribunal no puede compartir el argumento de los recurrentes ni la conclusión de inconstitucionalidad del tributo creado por la Ley andaluza. Como ya hemos señalado, es constitu-

cionalmente admisible que el Estado, y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias, establezcan impuestos que, sin desconocer o contradecir el principio de capacidad económica o de pago, respondan principalmente a criterios económicos o sociales orientados al cumplimiento de fines o a la satisfacción de intereses públicos que la Constitución preconiza o garantiza. Basta que dicha capacidad económica exista, como riqueza o renta real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador al crear el impuesto, para que aquel principio constitucional quede a salvo.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, no resulta difícil concluir que el Impuesto sobre Tierras Infrautilizadas no lesiona el principio de capacidad económica sólo porque recaiga sobre la utilización insuficiente o la obtención de rendimientos inferiores al óptimo legalmente señalado para las fincas rústicas, pues este hecho de significado social y económicamente negativo —que el legislador andaluz pretende combatir o corregir, entre otras medidas, a través del instrumento fiscal— es por sí mismo revelador de la titularidad de una riqueza real o potencial o, como señala el Letrado del Estado, de una renta virtual cuya dimensión mayor o menor determina la mayor o menor cuantía del impuesto. Este hecho excluye también por sí solo el pretendido carácter confiscatorio del tributo, objeción en la que los recurrentes no insisten y que, careciendo de todo fundamento, nos exime de mayores consideraciones.

14. Como ya queda dicho, en el escrito de recurso se reprocha también al Impuesto sobre Tierras Infrautilizadas la violación de la prohibición de doble imposición, que el artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas enuncia en los siguientes términos: «Los tributos que establezcan las Comunidades Autónomas no podrán recaer sobre hechos imponible gravados por el Estado». La doble imposición se produciría, según los recurrentes, en relación con el Impuesto sobre el Patrimonio, de un lado, y con la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria, de otro.

En nuestro análisis debemos descartar, de entrada, la referencia que los recurrentes hacen a la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria, puesto que desde la vigencia de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, el mencionado gravamen es un tributo local (regulado hoy en los arts. 232 y siguientes del Texto Refundido del Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril) al que no es aplicable, por tanto, el citado artículo 6.2 de la LOFCA, que sólo prohíbe la duplicidad de tributación, por los mismos hechos imponible entre tributos autonómicos y tributos estatales, pero no entre aquéllos y los tributos propios de las Haciendas Locales.

Sentado lo anterior, la representación actora estima que la finalidad del artículo 6.2 de la LOFCA consiste en evitar «una doble imposición económica», lo que le permite sostener que «el hecho de que exista un impuesto estatal que tome como hecho imponible una determinada materia impositiva imposibilita el que las Comunidades Autónomas establezcan impuestos que recaigan sobre esta misma materia, ya sea total o parcialmente». Y ésta sería cabalmente la interdicción que ha resultado vulnerada, a su entender, por el nuevo tributo autonómico, confrontado con el impuesto estatal que grava el patrimonio de las personas físicas. Mas tales afirmaciones resultan infundadas, porque arrancan de una identificación

entre los conceptos de materia imponible y hecho imponible, que conduce a una interpretación extensiva del artículo 6.2 de la LOFCA, notoriamente alejada del verdadero alcance de la prohibición que en dicha norma se contiene. Por materia imponible u objeto del tributo debe entenderse toda fuente de riqueza, renta o cualquier otro elemento de la actividad económica que el legislador decida someter a imposición, realidad que pertenece al plano de lo fáctico. Por el contrario, el hecho imponible es un concepto estrictamente jurídico que, en atención a determinadas circunstancias, la Ley fija en cada caso «para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria», según reza el artículo 28 de la vigente Ley General Tributaria. De ahí que, en relación con una misma materia impositiva, el legislador pueda seleccionar distintas circunstancias que den lugar a otros tantos hechos imponibles, determinantes, a su vez, de figuras tributarias diferentes.

De acuerdo con las precisiones anteriores, parece incuestionable, según resulta incluso de los propios términos literales del precepto, que el artículo 6.2 de la LOFCA no tiene por objeto impedir a las Comunidades Autónomas que establezcan tributos propios sobre objetos materiales o fuentes impositivas ya gravadas por el Estado, porque, habida cuenta de que la realidad económica en sus diferentes manifestaciones está toda ella virtualmente cubierta por tributos estatales, ello conduciría, como se destaca por los representantes del Parlamento y Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía y por el Letrado del Estado, a negar en la práctica la posibilidad de que se creen, al menos, por el momento, nuevos impuestos autonómicos. Lo que el artículo 6.2 prohíbe, en sus propios términos, es la duplicidad de hechos imponibles estrictamente.

Planteadas así la cuestión, la comparación del artículo 31.1 de la Ley andaluza con el artículo 2, párrafo 1.º, de la Ley 50/1977, reguladora del Impuesto sobre el Patrimonio, pone de manifiesto que los hechos imponibles que ambas normas contemplan son notoriamente distintos.

En el primer caso, «constituye el hecho imponible del impuesto la infrutilización de las fincas rústicas, por no alcanzar en el período impositivo el rendimiento óptimo por hectárea fijada para cada comarca en el correspondiente Decreto de Actuación Comarcal», excluyéndose del mismo, por no considerarse legalmente infrutilizadas, «las fincas rústicas durante los períodos impositivos en los que pueda técnicamente realizarse, total o parcialmente, un ciclo de producción agraria». En el segundo caso, «constituye el hecho imponible del impuesto la propiedad de toda clase de bienes y la titularidad de derechos de contenido económico atribuibles al sujeto pasivo, conforme a los preceptos de esta Ley, en el momento del devengo». Estos dos conceptos legales, que se refieren predominantemente al elemento objetivo del presupuesto de hecho de cada tributo, marcan las diferencias existentes entre el impuesto autonómico y el impuesto estatal, pues es obvio que no cabe identificar la «infrutilización» de fincas rústicas —hecho imponible del impuesto andaluz— con la «propiedad» de todo tipo de bienes, aunque entre ellos se encuentren las fincas rústicas, que es el hecho que grava el impuesto estatal. De todo lo cual se deduce que la Ley andaluza no ha infringido el artículo 6.2 de la LOFCA, debiendo ser rechazada, en consecuencia, la imputación de inconstitucionalidad que por este motivo formulan los recurrentes.

## II. Resoluciones de la Dirección General

POR RICARDO EGEA IBÁÑEZ  
y FERNANDO CANALS BRAGE

### *DISOLUCION, LIQUIDACION, EXTINCION Y CANCELACION DE SOCIEDAD MERCANTIL* (RESOLUCIÓN DGRN DE 28 DE JULIO DE 1986).

I. *Supuesto de hecho*.—1. En escritura autorizada por Notario el 18 de abril de 1982, A. S., A. G. S., M. G. y F. R., como únicos socios de la Sociedad «Tejera de Santoveña, S. L.», ejecutando un acuerdo de la Junta Universal declaran disuelta la Sociedad, aprueban el balance de situación y se adjudican el único inmueble que tenía la Sociedad como patrimonio social. Presentada esta escritura en el Registro Mercantil de Santander, se suspende la inscripción de la disolución de la Sociedad, ya que el balance de situación revela la existencia de acreedores y en tal caso se adjudica el activo a los socios prescindiendo del pasivo, es decir, de los derechos de los acreedores.

2. Recurrida esta calificación, a efectos doctrinales, y vistos los artículos 227 del Código de Comercio, 30 y 32 de la Ley de Sociedades Limitadas y 86, 90, 140 y 143 del Reglamento del Registro Mercantil, la resolución citada aporta la siguiente doctrina en los considerandos que vamos a transcribir:

II. *Fundamentos de Derecho*.—Considerando que la cuestión debatida a efectos doctrinales es si procede la constancia registral de la disolución y liquidación de la Sociedad cuando se presenta escritura pública de la que resulta: 1.º Los cuatro únicos socios han acordado en Junta Universal la disolución. 2.º El único bien social ha sido adjudicado *pro indiviso* a los cuatro socios antes de ser pagada la deuda social que resulta del balance que se acompaña.

Considerando que para resolver la cuestión deben distinguirse dos momentos y dos conceptos que dan lugar a asientos diversos: El de disolución y el de liquidación. La disolución de la Sociedad no determina la extinción de la personalidad jurídica de la Sociedad, sino que ésta subsiste con un fin distinto del establecido en el objeto social. La Sociedad pasa a ser una Sociedad en liquidación. Cesan, por tanto, los poderes de los Administradores para hacer nuevos contratos. Los Administradores se transforman en liquidadores y sus facultades quedan limitadas a las funciones de liquidación, percibir los créditos, extinguir las obligaciones se-

gún se vayan venciendo y realizar las operaciones pendientes (art. 228 del Código de Comercio). La liquidación termina con el cumplimiento de estas funciones, y en particular cuando se agotan las relaciones jurídicas de que la Sociedad es titular, porque hasta entonces ha de persistir la personalidad de la Sociedad como sujeto de derecho y obligaciones y han de persistir las facultades de los liquidadores en relación con terceros; terminada la liquidación pierde su razón de ser la personalidad jurídica de la Sociedad y queda, por tanto, totalmente extinguida.

Considerando que para inscribir la disolución son suficientes los títulos presentados, pues en ellos consta debidamente por escritura pública que se ha producido una de las causas legales de disolución: El acuerdo de los socios adoptado con arreglo a la Ley por unanimidad. En cambio, no puede hacerse constar en el Registro la total extinción de la Sociedad porque de los títulos presentados aún no han quedado extinguidas todas las deudas sociales (ni, al menos, ha quedado especialmente asegurado el pago si se trata de deuda aún no vencida). Mientras esto no ocurra, no puede el Registro reflejar la liquidación y extinción de la personalidad jurídica de la Sociedad.

Considerando que para resolver las cuestiones registrales planteadas no es necesario ni procedente (a fin de no prejuzgar inoportuna ante la calificación del respectivo Registrador de la Propiedad) decidir ahora si, no obstante lo dispuesto en el artículo 235 del Código de Comercio, los socios pueden acordar la división del caudal común antes que queden salvas todas las deudas sociales. Para negar el asiento de liquidación basta el dato de que todavía persiste la Sociedad, ya que en el balance presentado resulta que aún no ha terminado la liquidación porque no han quedado extinguidas todas las deudas sociales contabilizadas.

Esta Dirección General ha acordado revocar parcialmente la nota de calificación en cuanto suspende la inscripción de la disolución de la Sociedad, y confirmarla en cuanto no accede a la cancelación por liquidación.

III. COMENTARIO.—En materia de Sociedades Anónimas, donde los textos son más rigurosos en estas cuestiones de disolución, liquidación y extinción, podemos, en principio, plantear las siguientes cuestiones:

La disolución de las Sociedades Anónimas y las Sociedades de Responsabilidad Limitada se inscriben en el Registro Mercantil presentando la correspondiente escritura, en la que consta el cumplimiento de las formalidades y requisitos legales (art. 30 de la Ley de Sociedades Limitadas y arts. 150 de la Ley de Sociedades Anónimas y 140 del Reglamento del Registro Mercantil). El efecto fundamental de la disolución es la apertura del proceso de liquidación (art. 155 de la Ley de Sociedades Anónimas). Los órganos de gestión son los liquidadores (art. 159 de la Ley de Sociedades Anónimas y art. 228 del Código de Comercio). El nombramiento de liquidadores, con sus nombres, apellidos, domicilio y nacionalidad, se inscribirá en el Registro Mercantil (art. 142 del Reglamento del Registro Mercantil). La liquidación lleva consigo el reparto del haber social, es decir, que se han pagado a los acreedores sociales o se ha consignado, en su caso, el importe de los créditos (art. 162 de la Ley de Sociedades Anónimas y art. 235 del Código de Comercio), y que el balance final es firme (art. 167 de la Ley de Sociedades Anónimas), porque ha transcurrido el término para impugnar

o es firme la sentencia que hubiera resuelto las impugnaciones (art. 167 de la Ley de Sociedades Anónimas).

La extinción de la Sociedad, dice SÁNCHEZ CALERO (*I. D. Mercantil*, página 291), se produce cuando se ha terminado el proceso liquidatorio, pagado a los acreedores sociales y distribuido el haber social entre los socios, se solicita la cancelación en el Registro Mercantil y se produce la extinción de la Sociedad. Pero este autor señala que la cancelación de los asientos del Registro Mercantil no determina necesariamente la extinción de la Sociedad, ya que si no se han terminado las operaciones de liquidación se podría pedir la reapertura del proceso de liquidación y proceder contra la Sociedad (art. 143 del Reglamento del Registro Mercantil y Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1961).

Los derechos de los acreedores sociales respecto a la Sociedad Anónima cancelada, pero no extinguida porque precisamente para que se verifique la extinción hace falta el pago o la garantía de pago a favor de los acreedores sociales que aparecen en el balance final, plantea una serie de problemas que vamos a examinar:

1. *Italia*: BONELLI y otros (*Casi e materiale di D. Commerciale*, tomo II, página 1737). El Derecho italiano ha estudiado este tema, como vamos a ver, con un divorcio entre la dogmática jurídica y la práctica. FERRARA dice que el reglamento legislativo de la extinción de la Sociedad es fragmentario y no está informado del mismo pensamiento que la constitución de la Sociedad; así como el nacimiento de la persona jurídica está perfectamente reglamentado, no existe un orden tan riguroso para decir cuándo se produce la extinción de la persona jurídica. He ahí el origen de muchos problemas. A) Los temas fundamentales en el Derecho italiano son tres, si la cancelación en el Registro Mercantil es una condición necesaria para la extinción de la Sociedad. Hay una opinión doctrinal: FERRARA, SANTINI, GRAZIANI, para los cuales la cancelación en el Registro Mercantil tiene como efecto la extinción de la Sociedad Anónima. Antes de la cancelación, los acreedores sociales pueden ejercitar las acciones contra la Sociedad Anónima, pero una vez cancelada dicha Sociedad, los acreedores sociales sólo pueden dirigirse contra los socios o contra los liquidadores, y contra estos últimos en el caso de que existiera culpa en el proceso de liquidación. B) La segunda cuestión es contra quién pueden actuar los acreedores sociales: contra los socios, contra los liquidadores o contra la propia Sociedad después de la cancelación de dicha Sociedad en el Registro Mercantil. En el apartado anterior hemos visto que antes de la cancelación de la Sociedad, los acreedores sociales podían dirigirse contra ésta; esta es una cuestión que no ofrece problema. Pero el problema nace respecto a la tutela judicial a que tienen derecho los acreedores sociales una vez que se ha hecho constar la cancelación de la Sociedad. Sobre la base del artículo 2.456 del Código Civil Italiano, la doctrina estima que la cancelación produce la extinción de la Sociedad; aplicando el texto de este artículo, FERRARA, FERRI y PORZIO señalan que después de la cancelación en el Registro Mercantil los acreedores sociales pueden dirigirse contra los socios y los liquidadores, pero no pueden eliminar el asiento de cancelación en el Registro Mercantil. Por el contrario, la jurisprudencia italiana ha seguido un criterio distinto. Para esta jurisprudencia no puede considerarse extinguida una Sociedad mientras existan deudas sociales, fuesen

conocidas o no fuesen conocidas por el liquidador; una serie de sentencias recogen esta solución: el pago del pasivo de la Sociedad es un elemento esencial en la extinción de ésta, y mientras no se extinga el pasivo social no puede considerarse extinguida la Sociedad. Se supone que los acreedores sociales pueden demandar a la Sociedad, no obstante su cancelación en el Registro Mercantil. C) La tercera cuestión es por qué título jurídico están obligados los socios con relación a los acreedores sociales después de cancelada la Sociedad en el Registro Mercantil. Se considera por autores como BRUNETTI que hay una acción por un enriquecimiento injusto que tienen los socios en relación con los acreedores sociales. Para otro autor, ROMANO-PAVONI, la responsabilidad de los socios es que éstos suceden a la Sociedad como sucesores universales y, por tanto, le suceden en su activo y su pasivo. Para otro grupo, MIRONE mantiene la responsabilidad de los socios en relación con los acreedores sociales; se basa en la existencia del contrato de Sociedad. Como resumen de esto podemos decir que concluida la liquidación y aprobado el balance final, el liquidador solicita la cancelación de la Sociedad (art. 2456-2 del Código Civil italiano). Cancelada la Sociedad en el Registro Mercantil, no existe más que un patrimonio social distinto del patrimonio de los socios y sujeto a la acción de los acreedores sociales; ésta es, en general, la opinión de la doctrina. Ahora bien, la jurisprudencia italiana ha hecho, como dice GALGANO, una interpretación completamente derogatoria del artículo 2456 del Código Civil Italiano. Para la jurisprudencia, la cancelación en el Registro Mercantil no es sino una presunción de extinción de la Sociedad, susceptible de prueba en contrario. La jurisprudencia ha reconocido el derecho de los acreedores sociales a obrar contra la Sociedad cancelada.

2. *En el Derecho suizo*, el tema de la extinción en relación con la cancelación de Sociedades también se plantea. El artículo 746 del *Code de Obligations* dice que después de la liquidación los liquidadores están obligados a poner en conocimiento del Registro de Comercio que la Sociedad está extinguida. Sin embargo, la doctrina rechaza considerar la cancelación en el Registro de Comercio como constitutiva, ya que sólo tiene efectos declarativos. Con la cancelación, en principio, la Sociedad Anónima desaparece de la vida jurídica, pero puede suceder que después de la cancelación en el Registro de Comercio aparezcan activos o pasivos que no han sido tenidos en cuenta en la liquidación. Para que un acreedor social pueda dirigirse contra la Sociedad una vez cancelada, es necesario que esta Sociedad sea nuevamente inscrita en dicho Registro de Comercio; los acreedores sociales pueden pedir nuevamente la inscripción de una Sociedad cancelada en el Registro de Comercio cuando son titulares de un crédito contra dicha Sociedad (PATRY: *Precis de Droit Suisse des Sociétés*, tomo II, pág. 283).

3. *Derecho francés*: Sobre este tema, HEMARD, TERRE, MABILAT (*Sociétés Commerciales*, tomo III, págs. 95 y sigs.). Cuando la operación de liquidación se ha terminado, el liquidador establece una cuenta definitiva de dicha liquidación. Esta cuenta o balance definitivo es sometida a la aprobación de los socios. La aprobación de esta cuenta señala el final de la liquidación (*Cloture de liquidation*). Esta Junta que aprueba la cuenta final tiene una triple misión: fijar la cuenta definitiva, dar por aprobada

la gestión del liquidador y constatar formalmente el final de la liquidación. Este fin de liquidación se hace constar públicamente por medio del *Diario de Anuncios Legales*.

Ahora bien, con la aprobación y publicación de la cuenta o balance final de liquidación desaparece la personalidad jurídica de la Sociedad. HEMARD dice que conviene insistir sobre este punto; no es cierto que la Sociedad Anónima aparezca a la vida jurídica con la inmatriculación en el Registro Mercantil y desaparezca de la vida jurídica con la cancelación en el Registro Mercantil; parece claro, dice HEMARD, que la personalidad jurídica de la Sociedad Anónima desaparece con el cierre de la liquidación (*Closure de liquidation*), y que la cancelación en el Registro Mercantil normalmente es posterior a este cierre de liquidación.

En el caso excepcional, dice HEMARD, en que después de la cuenta de liquidación aparezca activo o pasivo en la Sociedad, no puede decirse que se abra nuevamente la liquidación; en el Derecho actual esto es un error. La Sociedad que ha quedado disuelta ya no existe, y esta Sociedad no puede volver a existir de nuevo. Los bienes que no han pertenecido a la Sociedad o no han figurado en las cuentas, y que como consecuencia no han sido divididos y adjudicados a los socios, son propiedad indivisa de los socios. Cuando a los acreedores sociales no les han prescrito sus derechos, pueden exigir el pago de las deudas sociales de los socios; se trata, por tanto, de una relación entre acreedores sociales y socios, y no de una contienda jurídica entre acreedores personales y socios.

Efectuado el depósito de la cuenta o balance final de liquidación en el Tribunal de Comercio, y publicado este balance en el *Diario de Anuncios Legales*, el liquidador puede pedir la cancelación de la Sociedad en el Registro de Comercio.

4. *Países anglosajones*: Cuando una Sociedad ha sido disuelta, se procede a su liquidación. *Winding up* es liquidación en general. Hay tres medios de liquidación: *Winding up by the court*, o sea, liquidación judicial; *voluntary winding up*, o liquidación voluntaria, y liquidación voluntaria bajo control judicial, *winding up the supervision of the court*. Después de una liquidación voluntaria y junta o balance final, se envía un ejemplar de este balance a registrar. Tres meses más tarde, la Sociedad es disuelta y cancelada, salvo orden en contrario del Tribunal (TUNC: *Le Droit anglais des Societes Anonymes*, 1978, pág. 250).

Pero el problema es si una Sociedad disuelta y cancelada en el Registro puede ser nuevamente inscrita por decisión de un Tribunal.

La revocación de la disolución de la Sociedad inscrita es examinada por *Pennigton's Company Law*, 1985, pág. 969. Cuando una Sociedad ha sido disuelta y cancelada en el Registro, el liquidador u otros interesados pueden pedir la cancelación de la disolución de la Sociedad en el plazo de dos años. El Tribunal puede anular la disolución de la Sociedad que es nuevamente constituida. En otro supuesto (art. 353), los acreedores sociales y los socios de la compañía pueden pedir que se declare nula la cancelación de la Sociedad y que ésta sea nuevamente constituida. Hay que tener en cuenta que solamente tienen este derecho los acreedores sociales y los accionistas que lo eran en la fecha de la cancelación de la Sociedad.

Sin tratar de analizar esta cuestión, de lo que queremos dejar constancia es de que en el Derecho anglosajón cabe que el Tribunal bajo ciertos casos pueda anular la cancelación de la Sociedad en el Registro y ésta

quede nuevamente constituida para pagar a los derechos de los agraviados y, en su caso, a los acreedores sociales y a los accionistas.

Si examinamos el tercer considerando la resolución comentada, se plantea en él toda la problemática expuesta. En la resolución citada se dice que para inscribir la disolución de una Sociedad de Responsabilidad Limitada es suficiente los títulos presentados, pues en ellos consta debidamente, por medio de escritura pública, que se ha producido la causa legal de disolución. En cambio, para que pueda constar en el Registro la extinción de la Sociedad, es necesario que se haga constar que quedan extinguidas todas las deudas sociales, y mientras esto no ocurra, no se puede reflejar en el Registro la extinción de la personalidad jurídica de la Sociedad. Como vemos, el texto de la resolución no se plantea, porque no podía plantearse el tema de la cancelación de la disolución de una Sociedad, la nulidad de ésta y nuevamente la inscripción de esta Sociedad en el Registro, ya que esta cuestión no es objeto del recurso; pero la resolución sigue el criterio que hasta que no hayan quedado extinguidas las deudas sociales, el Registro Mercantil no puede reflejar la cancelación de la Sociedad y, como consecuencia, la extinción de ella.

*A. Balance final, extinción de la Sociedad y cancelación.*—El artículo 165 de la Ley de Sociedades Anónimas dice que terminada la liquidación, los liquidadores formarán el balance final, será censurado por los interventores y se determina la cuota del activo social para cada acción. Este balance se somete para su aprobación a la Junta General de Accionistas, se publica en el *Boletín Oficial del Estado* y en uno de los periódicos de mayor circulación del domicilio social; por otra parte, este balance podrá ser impugnado por el socio que se sienta agraviado (art. 166 de la Ley de Sociedades Anónimas). Transcurrido el término para impugnar el balance sin que se haya formulado reclamación o firme la sentencia que la hubiera resuelto, se procede al reparto entre los accionistas del haber social ateniéndose a lo que del balance resulte (art. 167 de la Ley de Sociedades Anónimas), y según el artículo 168 de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado el balance final, los liquidadores deberán solicitar del Registrador Mercantil la cancelación de los asientos de la Sociedad extinguida.

Pero este balance final requiere las siguientes consideraciones:

1. Pasivo del balance final: Como señala BOTER (*Contabilidad de Sociedades Mercantiles*, 2.<sup>a</sup> edición, pág. 415), el balance final tendrá la misma forma que el balance ordinario, pero presenta una particularidad, que no resultará de él pasivo contra terceras personas, en virtud de que el artículo 160-7 de la Ley de Sociedades Anónimas dice que incumbe a los liquidadores pagar a los acreedores. En el balance final todos los acreedores han debido ser pagados por sus créditos. En este balance sólo figura la cuenta capital, reservas, beneficios pendientes y otras partidas cuya suma global constituye el activo social que deberá repartirse entre los accionistas. BATARDÓN (*Tratado práctico de Sociedades Mercantiles*, 4.<sup>a</sup> edición, pág. 545) dice que cuando el activo social no es suficiente para pagar a los acreedores, es necesario que los acreedores celebren un convenio amistoso sobre este tema con los liquidadores, y si no se llega a este acuerdo hay que declarar la quiebra o suspensión de pagos (art. 170 de la Ley de Sociedades Anónimas).

2. Activo del balance final: Aunque el artículo 169 de la Ley de Sociedades Anónimas dice que aprobado el balance final los liquidadores solicitarán del Registrador Mercantil la cancelación de los asientos de la Sociedad. GARRIGUES-URÍA (*Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2.ª edición, tomo II, pág. 911) dicen que no puede considerarse que una vez aprobado el balance final se puedan cancelar los asientos de la Sociedad en el Registro Mercantil. Cuando en el balance final aparezca activo, hay que repartir este activo entre los socios, y deberá hacerse el reparto entre ellos para que pueda pedir el liquidador la cancelación en el Registro Mercantil. Porque siendo la cancelación el acto final de la extinción de la Sociedad, ésta no puede quedar extinguida si no se ha repartido el activo social. Si bien el artículo 168 de la Ley de Sociedades Anónimas no dice nada respecto a ello, GARRIGUES-URÍA, sobre la base de los artículos 160-7, 162 y 167 de la Ley de Sociedades Anónimas entienden que las operaciones de liquidación no sólo son pagar a los acreedores sociales, sino también repartir el activo social entre los socios, y antes de hacer el reparto entre los socios del activo social, conforme determina el artículo 167 de la Ley de Sociedades Anónimas, no puede pedirse la cancelación de los asientos referentes a la Sociedad extinguida.

B. *Cancelación y extinción de la Sociedad.*—Pagado el pasivo y repartido el activo, se puede solicitar la extinción de la Sociedad. La cancelación —dicen GARRIGUES-URÍA— supone la extinción de la Sociedad Anónima, ya que desaparece su personalidad jurídica (*obra citada*, tomo II, página 912). Pero la cancelación sólo produce la extinción de la Sociedad cuando está de acuerdo con la situación real y económica de ésta, es decir, cuando no hay acreedores sociales y se ha extinguido el activo entre los socios. La cancelación es igual a extinción cuando ya no existe pasivo porque se ha pagado a los acreedores sociales, y no existe activo porque se ha repartido entre los socios; de acuerdo con esto, la resolución citada dice que no había extinción de la Sociedad y como consecuencia no procedía la cancelación, ya que de los documentos presentados en el Registro Mercantil no habían quedado extinguidas todas las deudas sociales, es decir, existía pasivo social.

C. *Anulación del asiento de cancelación en el Registro Mercantil.*—GARRIGUES y URÍA (*obra citada*, pág. 912, tomo II) dicen que cuando se ha cancelado una Sociedad en el Registro Mercantil, pero hay acreedores sociales que no han sido pagados en sus créditos, cabe que los acreedores sociales pidan la nulidad del asiento de cancelación y la reapertura de la liquidación. Ya hemos examinado este problema en el Derecho extranjero. En el Derecho español, SÁNCHEZ CALERO (*obra citada*, pág. 291) dice que la cancelación de los asientos del Registro no determina necesariamente la extinción de la Sociedad, ya que si no se han terminado las operaciones de liquidación puede solicitarse la reapertura del proceso de liquidación y proceder contra la Sociedad (art. 143 del Reglamento del Registro Mercantil y Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1961).

CARLÓN («La extinción de la Sociedad Anónima», *Revista de Derecho Privado*, febrero 1970), partiendo del carácter declarativo de la cancelación de la Sociedad en el Registro Mercantil, dice que los acreedores sociales deberán pedir conjuntamente la condena de la Sociedad y la can-

cancelación de la Sociedad en el Registro Mercantil; cita para esto el artículo 38-2 de la Ley Hipotecaria).

URÍA (*Derecho Mercantil*, 1982, pág. 342) se pregunta qué ocurre cuando los liquidadores han repartido el activo social, pero no han pagado a los acreedores de la Sociedad ni han asegurado el importe de sus créditos. Cuando los liquidadores han repartido el activo social y no se ha pagado o asegurado a los acreedores sociales cabe, según URÍA, dos situaciones: Primera. Si no se ha hecho la cancelación en el Registro Mercantil, los acreedores sociales pueden impugnar la liquidación de la Sociedad y actúan frente a la Sociedad y a los socios sin perjuicio de la responsabilidad de los liquidadores por el daño que se les haya causado (art. 169 de la Ley de Sociedades Anónimas). Segunda. El problema es más complejo cuando los acreedores no han sido pagados y se ha cancelado la inscripción en el Registro Mercantil. URÍA mantiene la tesis de que pese a la cancelación, en el Registro Mercantil los acreedores sociales tienen derecho a pedir la nulidad de las operaciones de la liquidación, y como consecuencia, los acreedores pueden pedir, a su vez, la reapertura de la liquidación y la nulidad de la cancelación en el Registro Mercantil. DE LA CUESTA RUTE considera que en este caso habrá que pedir la nulidad de la cancelación, la nulidad de las operaciones de liquidación con la consiguiente reapertura de esta liquidación y declaración de subsistencia de la Sociedad (*La Ley*, 29 de enero de 1982). Sobre este tema y con más extensión, CÁMARA: *Estudios de Derecho Mercantil*, tomo II, págs. 656 y sigs.

D. *Dos cuestiones ajenas al Derecho positivo español, pero que habría que tener en cuenta* (NICOLINI: «Scoglimento, liquidazione ed estinzione di Società di Capitale», *G. Commerciale*, mayo-junio de 1984).—La jurisprudencia italiana ha planteado el tema de la validez del consentimiento para la cancelación de una hipoteca por los liquidadores una vez que la Sociedad ha sido cancelada en el Registro Mercantil. La jurisprudencia italiana estimó que valía dicha cancelación hecha por los liquidadores en la situación creada cuando el crédito que tenía la Sociedad estaba enteramente pagado por el deudor. Parece que el criterio sea el de la posibilidad de liquidar relaciones pendientes, pese a la cancelación de la Sociedad. Y en este sentido, WYATT (*Business law*, 1966, pág. 663) señala que una vez disuelta una Compañía, puede hacerse constar en los Estatutos de dicha Compañía que a pesar de estar disuelta, los que fueron directores tengan poderes para defender ciertos intereses de la Compañía cobrando o pagando deudas y distribuyendo determinados activos entre los accionistas.

RICARDO EGEA IBÁÑEZ

**LIMITES A LA CALIFICACION REGISTRAL DE ACTOS ADMINISTRATIVOS** (RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1986.—BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO DE 3 DE DICIEMBRE).

I. *Hechos*.—El Ayuntamiento de La Seo de Urgel, en sesión del Pleno Municipal de 7 de noviembre de 1983, y previo expediente administrativo instruido al efecto, acordó aprobar la propuesta de la Comisión de Obras Públicas, Urbanismo y Servicios Municipales y adquirir por contratación

directa una finca urbana, autorizando al Alcalde a realizar las pertinentes gestiones tendentes a materializar dicha adquisición, incluyendo la formalización y firma de la correspondiente escritura de compraventa. En el citado expediente administrativo obró: a) informe pericial del Arquitecto municipal, exigido por el artículo 11, a), del Reglamento de Bienes de Corporaciones Locales de 27 de mayo de 1955, en el que se justifica la adquisición, la ponderación del precio y la trascendencia social de dicha adquisición; b) dictamen de la Comisión de Obras Públicas, Urbanismo y Servicios Municipales en el que se propone la adquisición de dicho terreno y se hace constar la oportunidad de la misma, debida a la concurrencia de varios factores urbanísticos favorables, y c) informe del Secretario del Ayuntamiento contrario a la adquisición por adjudicación directa, en el que se considera que el acuerdo que el Ayuntamiento pretende adoptar no es legal. El Alcalde del Ayuntamiento de La Seo de Urgel, en cumplimiento del mandato que se le confirió por el Pleno de la Corporación municipal, otorgó escritura pública de compraventa el día 23 de diciembre de 1983, ante don Javier López-Polín Méndez de Vigo, Notario de dicha localidad, en la que adquirió la finca descrita en la escritura.

Presentada dicha escritura en el Registro fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento por nulidad absoluta del acto, conforme al artículo 47, c), de la Ley de Procedimiento Administrativo, de no haberse seguido el procedimiento de contratación ordinario y no resultar justificada la excepción que ampare el procedimiento de contratación directa. Siendo insubsanable el defecto. No procede tomar anotación preventiva, que por lo demás no se ha solicitado. La Seo de Urgel, 12 de noviembre de 1986.—El Registrador, firmado Fructuoso Flores Bernal».

El Alcalde La Seo de Urgel, en representación de la Corporación municipal, interpuso recurso gubernativo contra la nota de calificación, y alegó: Que el acuerdo del Ayuntamiento de La Seo de Urgel de 7 de noviembre de 1983, que autorizó al Alcalde a adquirir directamente el solar afectado, es totalmente conforme al ordenamiento jurídico, y aunque el principio general de contratación de obras y servicios de las Corporaciones locales es la subasta o concurso-subasta público, según el artículo 13 del Reglamento sobre la Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953, tal principio tiene la excepción que preveía el citado Reglamento en su artículo 41 y que prevé el Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, en su artículo 117, que es aplicable a este supuesto, puesto que sólo existe un terreno incluido en el estudio de detalle 2 comprendido en el Plan General de Ordenación Urbana de La Seo de Urgel, y éste es que el Ayuntamiento aprobó adquirir, y dado que aquél viene obligado a respetar tal determinación del Plan General, es obvio que sólo existe un único poseedor o productor de dicho suelo, existiendo, por tanto, una clara unidad del bien adquirido, en cuanto que está situado en un único emplazamiento y no puede físicamente nadie ofrecer otro idéntico que sirva a los mismos fines urbanísticos, y al no poder existir concurrencia de ofertas sería ilógica la exigencia de la subasta o del concurso-subasta, y por ello la Ley exime de ellas. Que la finca adquirida por el Ayuntamiento está destinada para la construcción por la Generalidad de Cataluña de viviendas sociales, y sólo podía ser adquirida para dicho fin, al estar incluida en los límites del estudio de detalle 2, antes aludido. Que el informe del Secre-

rio municipal es disconforme a Derecho, por considerarse que el artículo 37, 4.º, del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953 no puede aplicarse sin tener en cuenta su artículo 41, reforzado por el Real Decreto, 3046/1977, de 6 de octubre, en concordancia con el artículo 13 del citado Reglamento, porque la contratación directa de la finca referida está justificada por la índole del bien adquirido, como previene el artículo 117 del Real Decreto de 1977, y por los argumentos apuntados en las alegaciones anteriores. Que no existe la nulidad absoluta del acto administrativo establecida en el artículo 47, apartado 1.º, c), de la Ley de Procedimiento Administrativo; para que se dé este motivo de nulidad no basta con que un acto administrativo incurra en la omisión de un trámite de procedimiento, por esencial que sea, sino que, como dice la Ley, es necesario que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento; así lo han confirmado innumerables Sentencias del Tribunal Supremo, destacando la de 21 de octubre de 1980, cuyo criterio ha sido corroborado principalmente por la de 9 de diciembre de 1980. Que tampoco existe anulabilidad del acto administrativo, ya que es evidente que el Ayuntamiento de La Seo de Urgel actuó plenamente conforme a Derecho y no existe infracción alguna, conforme a lo establecido en los artículos 48 y 49 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó: Que la contratación directa por las Corporaciones locales tiene un carácter excepcional y ha de interpretarse restringidamente, de acuerdo con los artículos 115 y 117 del Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, complementado este último por los artículos 20, 41, 42, 43 y 50 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, estableciendo el citado artículo 42 una serie de requisitos que garanticen la procedencia de la contratación directa. Que el artículo 50 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales exige que la escritura recoja el informe del Secretario del Ayuntamiento, relativo a si ha quedado o no justificada la contratación directa, conforme se establece en el artículo 20 del citado Reglamento, que continúa vigente al no derogarse por el Real Decreto 183/1981, de 29 de diciembre, que desarrolla la Ley 46/1981, de 28 de octubre, exigencia a la que no se da cumplimiento directo en la escritura de compraventa otorgada el 23 de diciembre de 1983 por el Notario don Javier López-Polín. Que la cuestión se halla en determinar si existe o no el supuesto de hecho que fundamente y justifique la procedencia de la adquisición directa efectuada por el Ayuntamiento, y la excepcionalidad no aparece clara ni en la escritura ni en los documentos presentados; del dictamen de la Comisión de Obras Públicas, Urbanismo y Servicios Municipales se desprende un destino del solar a adquirir, dado más bien para facilitar la valoración del terreno que como destino único y determinante; el Arquitecto municipal se limita a certificar que la finca en cuestión se halla dentro del estudio de detalle 2, pero no que sea la única; el recurrente habla de la «unicidad del bien», pero ésta no resulta de ningún documento, y, por último, el informe del Secretario municipal es negativo y no encuentra justificada dicha excepcionalidad, coincidiendo con la calificación registral. Que la consecuencia jurídica de no haberse observado la forma ordinaria de contratación es la nulidad absoluta o de pleno derecho del acto administrativo, que viene sancionado en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, precepto que es aplicable a los supuestos en que aun

habiéndose seguido un determinado procedimiento, éste no es el concretamente establecido por la Ley para los mismos; en este sentido se pueden citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1969 y 5 de enero de 1968, entre otras, y, por tanto, dicha nulidad absoluta no puede ser objeto de convalidación, tiene carácter imprescriptible, es de orden público y susceptible de ser declarada de oficio, por lo que un acto de dichas características no puede tener acceso al Registro. Que en cuanto a la actuación del Notario autorizante de la escritura, cabe citar el artículo 145 del Reglamento Notarial y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de noviembre de 1974. Que, finalmente, en cuanto a la competencia del Registrador, hay que citar los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento.

El señor Notario autorizante de la escritura de compraventa informó: Que al documento a calificar se le debe aplicar el límite del ámbito de calificación que la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado establece respecto a los documentos administrativos. Que tanto al otorgarse la escritura como al calificar la misma, el Notario y el Registrador deben atenerse a lo establecido en el párrafo 3.º del artículo 145 del Reglamento Notarial. Que en el caso concreto objeto de este recurso no se da una «ausencia total y absoluta» del procedimiento legalmente establecido, sino que el procedimiento existe, por lo que no hay contravención alguna del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Que la contratación directa viene justificada por la existencia de un solo poseedor, y de nada serviría una oferta pública para la compra de un terreno con unas condiciones determinadas que sólo reúne uno en concreto, y si de ello, presuntamente, llegara a implicar desviación de poder, ésta escapa del ámbito de calificación registral.

El Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó auto en el que revoca la nota de calificación registral y ordena la inscripción solicitada, fundándose en que no puede estimarse que se haya omitido el procedimiento a que se refiere el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, debiendo tenerse en cuenta que la contratación directa es posible cuando no se puede promover concurrencia en la oferta por versar sobre cosas en las que hay un solo poseedor, y que el Registrador de la Propiedad en las resoluciones administrativas judiciales debe limitarse a examinar la competencia, sin enjuiciar cuestiones de fondo, y solamente en el supuesto de que no se permitiere por la Ley de Contratación directa, el Registrador de la Propiedad podría denegar la inscripción por ser el acto radicalmente nulo.

II. *Fundamentos de Derecho.*—Vistos los artículos 45 y 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo; 121 y 341 de la Ley de Régimen Local; 75 y 117 del Texto articulado parcial de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local; los artículos 9.º y 11 del Reglamento de Bienes de Corporaciones Locales; 13, 20, 41, 42 y 50 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales; 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento; 45 del Reglamento Notarial; las Sentencias de 30 de septiembre de 1964 y 5 de enero de 1968, y las Resoluciones de este Centro de 5 de marzo de 1953, 4 de abril de 1957, 2 y 21 de noviembre de 1974, 15 de marzo de 1975 y 29 de noviembre de 1978.

1. El presente recurso plantea la cuestión del alcance de la calificación registral respecto del acuerdo de una Corporación local por el que a través del procedimiento de concierto directo se decida la adquisición de un determinado terreno.

2. El Registrador calificador estima que, dada la excepcionalidad del concierto directo como forma de contratación administrativa, sólo admisible en los casos taxativamente previstos (arts. 13, 20, 41 y 42 RCCL v 117 LBERL), y dado que el dictamen del Secretario de la Corporación adquirente resulta contrario a la utilización de dicho mecanismo por no aparecer suficientemente justificada la excepción licitatoria alegada (existencia de un solo poseedor), debe reputarse nulo de pleno derecho el acuerdo adquisitivo por inobservancia total del concreto procedimiento previsto por la Ley para tal hipótesis (arts. 47, 1, c, LPA, y Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1964 y 5 de enero de 1968) y, por tanto, no procederá la práctica de la inscripción solicitada, de conformidad con lo previsto en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario.

3. Sin embargo, tal posición debe ser analizada desde la perspectiva de los márgenes genéricos de la calificación registral (art. 18 LH) y de la presunción de validez de los actos administrativos (art. 45 LPA). Esta última precisión implica, como ha declarado reiteradamente este Centro Directivo, el reconocimiento a las decisiones de autoridad administrativa dictadas en asuntos de su competencia y en forma legal, de fuerza análoga a la que gozan las emanadas de los Tribunales de Justicia, de modo que en sede de calificación registral deberán aplicárseles iguales reglas, si bien con algunas matizaciones derivadas del distinto carácter y grado de imparcialidad que preside sus respectivas funciones. Por otra parte, el Registrador deberá ceñirse en la calificación a los datos resultantes del título presentado y de los asientos registrales, sin que pueda tener en cuenta cualquier otro elemento a cuyo conocimiento acceda por vías distintas a las especificadas.

4. En el presente recurso, el señalamiento como defecto de forma —susceptible de calificación (art. 99 RH)— de la inobservancia absoluta del procedimiento adecuado implica una previa valoración de fondo en cuanto a la decisión por la que se elige dicho procedimiento, decisión que encaja en el ámbito competencial de la Corporación local (art. 20, 1, RCCL), y que aun cuando deba ajustarse a determinadas exigencias (arts. 41 y 42 RCCL), la comprobación de su respeto presupone: a) la toma en consideración de elementos fácticos que trascienden al título presentado, y b) la verificación de un juicio sustancial sobre la actuación administrativa, propia de los órganos jurisdiccionales en vía de impugnación.

Ni siquiera el informe contrario del Secretario de la Corporación puede diluir esa presunción de validez e inmediata eficacia del acto administrativo considerado, toda vez que sus funciones se limitan al asesoramiento y autenticación de la actividad de aquélla, sin potestades obstativas o censoras.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado.

III. COMENTARIO.—I. Conocido es que fue una Orden de 24 de noviembre de 1874, la que extendió a toda clase de documentos la calificación que a las «escrituras» se refería por el artículo 18 de la primitiva Ley de Hipotecas, y que fue el Real Decreto de 3 de enero de 1876 —todavía en plena

iluminación hipotecaria— el que situó a documentos judiciales y administrativos en un mismo plano de una calificación limitada a garantizar la bondad de un título para el aseguramiento del crédito territorial (1), y que por ello no conocía más límite que «no examinar los fundamentos de la sentencia, auto o providencia o diligencia».

La Ley de 1909 lo incorpora a su articulado. Artículo 18: «Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase...», que hoy conserva su redacción; sólo en las escrituras públicas podrá el Registrador calificar la «validez de las obligaciones» —Ley de 1909—, la «validez de los actos dispositivos» —redacción actual—.

Dentro de este ámbito legal tan sólo en 1982 —Real Decreto de 12 de noviembre— se sintió, sintomáticamente, la necesidad de fijar el «mínimo» (2) de la calificación registral de los actos administrativos. Artículo 99 del Reglamento Hipotecario: «La calificación registral de los documentos administrativos (3) se extenderá, en todo caso, a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento presentado, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de éste con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro».

La redacción de la norma tiene, pues, la estimulante dosis de ambigüedad como para defender que, en principio, todo vale, ya que fondo y forma se imbrican en una relación difícilmente desentrañable. La resolución que se comenta —fundamento 4 de Derecho (4)— es suficientemente expresiva.

II. La postura clásica de la Dirección General viene fijada en la Resolución de 8 de julio de 1911: «Las providencias dictadas por los Tribunales y autoridades administrativas en los asuntos de su competencia, mediante los procedimientos establecidos por las leyes, tienen la misma fuerza que las de los Tribunales ordinarios, siempre que dichos acuerdos tengan el carácter de firmes o ejecutorios, por haberse agotado los recursos concedidos contra los mismos o por no haberse entablado éstos por los interesados».

(1) El «Registro», sin calificativos, no tiene más mira en 1861 que proteger los intereses de los acreedores hipotecarios; las mutaciones dominicales y jurídico-reales son mera mecánica interna a tal fin (la Ley se dice Hipotecaria). Ver Díez PICAZO: «Los principios de inspiración y los precedentes de las leyes hipotecarias españolas», en *Leyes hipotecarias y registrales en España*, Madrid, 1974, págs. 3 y sigs. Quizá no haya sido estudiada como merece la evolución a la protección del mercado inmobiliario y de los adquirentes del dominio, consolidación sangrada por una triste desnaturalización del sistema vaticinada por la clarividente Exposición de Motivos de la primitiva Ley: «Salir de este terreno, considerar los registros principalmente como un censo de la riqueza inmueble, dar intervención directa en ellos a la Administración, conduce irremediablemente a desconocer su carácter social, económico y civil, y a sacrificar lo principal a lo accesorio».

(2) Ver Pedro AVILA: *Comentarios a las reformas de 1982 a 1984*, CEH, 1985.

(3) J. GONZÁLEZ PÉREZ, en *Los efectos de la inscripción de los actos administrativos*, recogido II Congreso de Derecho Registral, ha destacado las diferencias a tales efectos entre actos y documentos administrativos. Por principio —obviemos el problema del silencio administrativo, susceptible en algún caso de control registral, así la verificación de inversiones extranjeras (arts. 17 y 25 RIE)—, todo acto administrativo es escrito y documentado a efectos de calificación. De la práctica se puede, pues, inducir la teoría del «documento administrativo separable», como expresión formal del acto separable.

(4) La Dirección General ha acomodado recientemente la analogía con los autos que le impone el artículo 123 del Reglamento Hipotecario a la fórmula que para éstos ha venido a establecer el artículo 248, 2, LOPJ, sustituyendo los tradicionales resultandos y considerandos por hechos y fundamentos de derecho numerados romana y a ábicamente, respectivamente. Personalmente siento que se pierde sonoridad y sutileza. El número 2 de la resolución comentada encaja ariscamente en los fundamentos de derecho.

Sin embargo, esta idea va a ser suavizada, tratándose de expedientes de apremio fiscal, desde la Resolución de 7 de septiembre de 1926: «En atención a las distintas condiciones de idoneidad e imparcialidad de los funcionarios encargados de los procedimientos de apremio judiciales y administrativos, a la garantía que para los particulares presenta y a la complejidad técnica de los pronunciamientos..., ha concedido a los Registradores mayores atribuciones en la censura de ejecuciones administrativas». Fórmula que va a devenir estereotipo en un sinnúmero de resoluciones posteriores, entre ellas las citadas en los vistos de 5 de marzo de 1953, 4 de abril de 1957 y 15 de marzo de 1975.

En tiempo más reciente y más que probablemente como declaración programática, esta mayor libertad en la calificación, muy precisada en su nacimiento por la naturaleza del expediente, se extiende a toda actuación administrativa. Así, en la Resolución citada en los vistos de 29 de noviembre de 1978 y también en la de 30 de septiembre de 1980.

De las resoluciones citadas en el visto se nos ha quedado, pues, descolgada, por más de un motivo, la de 2 de noviembre de 1974 —mencionada más como puntada que como argumento por el Registrador en su informe—, que confirmó la negativa del Notario a autorizar, conforme al artículo 145 del Reglamento Notarial, escritura de enajenación de terrenos por un Ayuntamiento en favor de una Cooperativa de Viviendas, entendiéndose que éstas no estaban exceptuadas del requisito de subasta pública.

III. El tema de la calificación de los documentos administrativos es tocado, por lo general, en la doctrina en forma harto parca y vaga.

GALINDO y ESCOSURA (5) tratan de la calificación de las formas extrínsecas de los documentos administrativos —que son: papel sellado o timbre, fecha y firma, omisión de las circunstancias necesarias para la validez de la inscripción y falta de claridad—, pero nada dicen de las formas intrínsecas, aunque lo hagan respecto de las escrituras y de las sentencias y actos judiciales.

MORELL y TERRY (6) entiende que los Registradores se han de abstener de calificar los fundamentos de las decisiones de carácter administrativo. «En general, las resoluciones de la Administración en los asuntos de su competencia no han de ser nunca discutidas por el Registrador, pero, en cambio, ha de apreciar siempre la competencia del funcionario, la autenticidad del documento y su naturaleza en relación con el acto que ha de inscribirse, que puede exigir ya una Ley, un Real Decreto o una Real Orden; o el acuerdo de determinado Ministro, autoridad o funcionario; o el cumplimiento de determinadas formalidades, como la subasta, el concurso, la escritura, el acta, etc..., y apreciará también, en general, toda clase de formas extrínsecas del documento, y los obstáculos que puedan derivarse del Registro, de la Ley Hipotecaria o de leyes especiales».

BERAUD y LEZÓN (7) fijan los límites de la calificación con su chispeante estilo habitual: «En orden a la extensión y límites de la facultad calificadora del Registrador, una visión en conjunto de las precedentes disposiciones legales y reglamentarias, eslabonadas por el doble nexo lógico y jurídico y subordinadas a los superiores vínculos del elemento sistemático de la hermenéutica legal a que hoy se denomina por algunos interpretación

(5) *Comentarios*, Madrid, 1890, art. 18, págs. 166 y sigs., tomo I.

(6) *Comentarios*, Madrid, 1927, tomo I, art. 18, págs. 247 y sigs.

(7) *Tratado de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1927.

finalista, pone bien de relieve el fundamental sentido que informa el todo orgánico de las tales disposiciones, en cuanto orientadas cual están, cual no pueden menos de estar, al pleno desarrollo del postulado de legalidad, prefijando la extensión y límites de la función calificadora del Registrador».

Don JERÓNIMO GONZÁLEZ (8), en cuanto a la forma, afirma: «Mayor libertad parece existir en la calificación externa de los documentos administrativos, que alcanza, en todo caso, la forma, autenticidad y competencia del Agente, como si el Centro Directivo, que así lo ha resuelto, hubiera tenido presente la característica de arbitrariedad que a principios del pasado siglo se atribuía al Derecho administrativo», y en cuanto al fondo: «Acaso en los documentos administrativos, y mientras esta rama jurídica no se coloque al nivel de sus hermanas, puede aconsejarse una mayor intromisión a fin de evitar extralimitaciones en los procedimientos e imponer una escrupulosa observancia en los trámites reglamentarios o conseguir, al menos, que se cumplan sus requisitos esenciales».

CAMPUZANO (9) y CASSO (10) se limitan a reproducir la expresada doctrina de la Dirección General.

SANZ FERNÁNDEZ (11) entiende que la calificación debiera, en principio, moverse dentro de límites análogos a los de los documentos judiciales —«quedan, pues, fuera de la calificación los fundamentos de las resoluciones judiciales y la observancia de los trámites del procedimiento»—, si bien la jurisprudencia ha admitido una mayor amplitud en atención a la diversa idoneidad de unos y otros funcionarios.

Cossío (12) no la menciona.

ROCA SASTRE (13) es citado como el paradigma de la ambigüedad: «En principio, los documentos administrativos deben ser tratados de la misma manera que los documentos judiciales. No obstante, el Registrador goza de mayor libertad, sobre todo tratándose de documentos de ejecución o apremio administrativo». Sin embargo, por nota al pie, perfila: «La calificación del Registrador en materia de contratación administrativa tiene la amplitud propia de las escrituras públicas cuando haya de provocar ésta algún asiento en el Registro. En este aspecto, el Registrador puede comprobar las facultades de un Ayuntamiento para otorgar un contrato determinado; ver Resolución de 16 de marzo de 1929».

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (14), también por nota al pie, dice: «Estas restricciones a la potestad de calificar (documentos judiciales) se extienden, por reiterada jurisprudencia, a documentos administrativos, si bien en ellos debe emplearse un mayor rigor en la calificación».

BUENAVENTURA CAMY (15), en lo que propiamente constituye su comentario, se limita a reiterar la doctrina jurisprudencial y a reproducir el artículo 98 del Reglamento Hipotecario.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (16) recogen simplemente los artículos 98, 99 y 100 del Reglamento Hipotecario, sin más que añadir,

(8) *Principios hipotecarios*, Madrid, 1931, págs. 281 y 287.

(9) *Elementos de Derecho hipotecario*, 2.ª ed., Madrid, 1931, tomo II, págs. 40 y sigs.

(10) *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 3.ª ed., Madrid, 1946, págs. 165 y 166.

(11) *Instituciones de Derecho hipotecario*, Madrid, 1953, tomo II, págs. 151 y sigs.

(12) *Instituciones de Derecho hipotecario*, 2.ª ed., Barcelona, 1956.

(13) *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1979, tomo II, págs. 274 y 275.

(14) *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, pág. 553.

(15) *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Pamplona, 1983, tomo I, págs. 587 y sigs.

(16) *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1984, pág. 307.

igualmente por nota al pie: «El examen de la capacidad de los otorgantes se limita a las escrituras públicas»... «Debe entenderse también referido a los contratos civiles y administrativos en que intervenga Juez o funcionario público».

JOSÉ MARÍA CHICO (17) es sin quizá quien más ha escrito sobre el tema. En principio, admite la extensión de la calificación no sólo a la «legalidad de las formas extrínsecas», sino también a la «validez», concretada a los tres supuestos de nulidad del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y a la capacidad y legitimación del órgano administrativo interviniente. En el segundo de sus trabajos afirma: «Por legalidad hemos de entender que el documento reúna los requisitos que las leyes establecen para su validez, perfección y eficacia. Dando esta interpretación a la palabra legalidad (interpretación que avala el art. 98 RH al aclarar la frase 'legalidad de las formas extrínsecas'), se debe admitir que tanto el documento judicial como el administrativo quedan sujetos no sólo al examen de sus formalidades extrínsecas, porque así lo dice el artículo 18, sino a la posible validez o nulidad de los mismos, así como a la capacidad de los otorgantes». Y en el último insiste en la posible calificación de los actos administrativos por razón de su validez o nulidad, ya que su exclusión en base a la presunción de validez conlleva la exclusión del principio de legalidad y la conversión de la Administración en poder soberano dotada de potestad discrecional, por razón de la exclusión de la jurisdicción contencioso-administrativa de la «jurisdicción hipotecaria», por la propia entidad de los casos de nulidad del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo y por la aplicación de los dos últimos párrafos del artículo 98 del Reglamento Hipotecario (antes de su supresión).

JOSÉ LUIS LASO (18), por último, defiende una tesis totalmente contraria: «Como principio general puede sentarse la afirmación de que los documentos administrativos, a los efectos de la calificación registral, tienen el mismo carácter que los judiciales, es decir, como en estos últimos, la presunción de validez de los actos de la Administración, como emanados de un poder jurídico, no puede ser destruida si no es en virtud de una decisión judicial, o sea, la calificación registral no puede entrar en la validez o nulidad del acto».

Falta, pues, en la doctrina un estudio sistemático de la calificación del documento administrativo en función de su naturaleza. El mismo ROCA SASTRE (19), por toda explicación, nos dice: «Son numerosos los documentos administrativos que pueden provocar asientos en el Registro de la Propiedad por sí solos, cuya explicación nos haría interminables».

GONZÁLEZ PÉREZ, al estudiar, como hemos dicho, los efectos de la inscripción (20), distingue:

1. Actos por los que la Administración pública dispone de sus bienes patrimoniales. La nota esencial es que se trata de contratos, y contratos

(17) «La calificación registral. Problemas», *RCDI*, núm. 488, 1972; «Presente y futuro de la calificación registral», *RCDI*, núm. 496, 1973; «Esencia y extensión de la función calificadora», en *Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral*, Madrid, 1977-78, págs. 183 y sigs. Cuando escribo estas líneas se anuncia que ataca de nuevo.

(18) «Algunos aspectos registrales de la acción administrativa en general y de los actos de reparcelación en particular», *RCDI*, núm. 510, septiembre-octubre 1975, y «Dictamen sobre el contenido de un proyecto de compensación respecto a los propietarios no adheridos a la Junta», *RCDI*, núm. 573, marzo-abril 1986.

(19) *Ob. cit.*, tomo II, pág. 592.

(20) *Ob. cit.*, pág. 12.

de naturaleza civil. A ellos podríamos añadir aquellos de adquisición de bienes (21).

2. Actos dictados en el ejercicio de funciones administrativas que inciden en los derechos sobre bienes inmuebles de los administrados. Fundamentalmente son los actos en materia agraria y urbanismo; en otra esfera, la expropiación forzosa. Quizá pudiera añadirse en esta categoría los actos de ejecución en ejercicio de su autotutela (procedimiento de apremio).

3. Actos relativos a los derechos reales administrativos; esencialmente concesiones administrativas.

A nuestros efectos, sin embargo, aún pudiera añadirse algún supuesto más:

4. Actos no dispositivos relativos a sus propios bienes. Entre los que se incluyen: certificaciones administrativas de dominio (art. 206 LH), actos de afectación y desafectación (art. 5 RH y Ley y RPE)...

5. Actos administrativos con incidencia en las relaciones entre particulares. Esto es, fundamentalmente, las licencias, autorizaciones y permisos a que se referían los últimos párrafos del artículo 98 del Reglamento Hipotecario, volatilizados hasta en el recuerdo tras la reforma de 1982. Sobre ellos, o más bien sobre su inexistencia, presupuesto que le hace escapar de nuestro análisis, ha realizado José Luis Laso un importante trabajo (22), que abre nuevas vías a la fusión público-privado.

Amén de los distintos supuestos, los distintos sujetos. Los recaudadores son el ejemplo clásico, pero la proliferación de administraciones *minus quam perfectas* ha obligado a poner sordina a las cuerdas más rígidas (23). Queda, pues, justificada la ambigüedad de norma, doctrina y jurisprudencia, y obviamente de las líneas que siguen.

IV. Dos son los argumentos básicos de la Dirección para admitir el recurso: la presunción de validez de los actos administrativos (art. 45 LPA), que les otorga fuerza análoga a las decisiones emanadas de los Tribunales de Justicia, y la extralimitación, que supone una necesaria valoración de fondo en cuanto a la decisión por la que se elige el procedimiento de contratación.

El artículo 45, 1, de la Ley de Procedimiento Administrativo establece: «Los actos de la Administración serán válidos y producirán efecto desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa».

Por tanto —ha escrito José Luis Laso (24)—, «todos los actos de la Administración, porque lo dice expresamente la Ley, se presumen válidos y eficaces, y esta presunción de validez no puede ser destruida más que por los procedimientos establecidos por la Ley, entre los cuales, evidentemente, no se encuentra la decisión del Registrador».

Sin embargo, y prescindiendo ahora de si la calificación del Registrador

(21) Como es precisamente el contrato del recurso que se comenta, en cuya naturaleza, civil o administrativa, no me atrevo a entrar. Su finalidad, adquisición de solar para la construcción de viviendas sociales, bien puede integrar el «giro o tráfico administrativo» (arts. 4 LCE y 3 LJCA). Las consecuencias que se derivan, en orden sustancialmente a la competencia jurisdiccional, fuerzan a reiterar la dificultad de discernir fondo y forma en sede de calificación registral.

(22) «Ilicitud administrativa y validez civil», en *Estudios en homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985, págs. 1167 y sigs.

(23) Así, el mismo J. L. LASO quiere suavizar su tesis cuando el sujeto del acto sea una Junta de Compensación, *ob. prim. cit.*, págs. 1064 y sigs. Y en la misma línea, RDG de 30 de septiembre de 1980.

(24) *Dictamen cit.*, pág. 413

constituye o no un juicio de valor sobre el acto administrativo, parece excesivo que aquella presunción constituya, por sí sola, una patente de corso a modo de salvoconducto en la frontera hipotecaria, singularmente en momentos en que, nuevamente, la «eficacia» aparece como valor supremo del Derecho administrativo, frente a los «formalismos legalistas y liberales», sin que hoy exista, como entonces (25), el freno de una «mala conciencia», adormecida como está por el éxito.

No es una coincidencia que la columna vertebral en que se apoyan tanto el Derecho administrativo, como el Derecho hipotecario, se definan por el mismo principio: legalidad (26), y aun cuando el principio se explique de diversa manera en los distintos ámbitos, hoy, que asistimos aceleradamente al desagüe de la estanqueidad de los campos jurídicos, no cabe duda que el trasfondo del principio es común, y hasta desolador en su simplicidad: respeto absoluto al Derecho; de aquí que incluso pudiera decirse que la calificación registral de la adecuación del acto administrativo a la legalidad debiera ser aún más rigurosa, por cuanto, a diferencia del ámbito privado, todo acto administrativo necesita previamente el soporte de una norma que lo permita nacer.

El artículo 45, 1, de la Ley de Procedimiento Administrativo se interpreta unánimemente como una presunción de validez, presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario; probablemente se ha producido una inversión de papeles cuando una «presunción» se aduce como fundamento del principio de ejecutividad de los actos administrativos. Al contrario, la presunción de validez no pasa de ser una consecuencia del principio de autotutela administrativa. La ejecutividad directa, inmediata, de los actos administrativos nace como imperativo para evitar su paralización judicial corporativa, estamentaria, asociada a la nobleza en el momento de la definición de la separación de poderes. No debe decirse, pues, que porque se presumen válidos, los actos administrativos son ejecutivos, sino que porque son ejecutivos han de presumirse válidos: «No tiene, pues, el acto de la Administración el valor definitivo de una sentencia declarativa, de modo que es erróneo hablar de fuerza de cosa juzgada o cosa decidida; se trata de una técnica formal para imponer el inmediato cumplimiento de las decisiones administrativas, pero no desplaza la carga de la prueba —que con normalidad corresponde a la Administración—, sino la carga de accionar, al administrado» (27).

Por ello, lo intrínseco en el acto administrativo es su ejecutividad (28),

(25) E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, 1986, prólogo a la 3.<sup>a</sup> ed.

(26) «El principio de legalidad es una de las consagraciones políticas del Estado de Derecho y, al mismo tiempo, la más importante de las columnas en que se asienta el total edificio del Derecho administrativo». GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, 1964, pág. 400.

(27) ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso cit.*, tomo I, págs. 477 y sigs.

(28) «Firmeza» podríamos decir con sentido plenamente hipotecario. Quizá por ello, a diferencia de los documentos judiciales, en los que hay una notable preocupación por la expresión formal de su firmeza (reiteradamente exigida por la Ley Hipotecaria arts 3, 4, 42-3.º, 82, 83, y el Reglamento Hipotecario, arts 165, 174, 390 ), tiende a pasar desapercibida en las actuaciones administrativas. No obstante, parece natural que en aquellos casos en que así proceda —hay supuestos en que la propia Administración debe reservar la presentación de la documentación en el Registro al momento de la firmeza del acto, así art. 222 LRDA— debe expresarse que el acto administrativo cuya inscripción o en base al cual se solicita una inscripción, es firme por no haberse interpuesto recurso alguno o que pese a haberse interpuesto no ha causado la suspensión del acto (arts 116 LPA y 122 LJCA). Dada la brevedad de los plazos no se ve que la espera sea entorpecedora. Imprescindible lo estimo en las actuaciones administrativas de las llamadas Corporaciones sectoriales de base privada, por ejemplo, Juntas de Compensación, sometidas a la tutela —recurso de alzada impropio— del Estado o de alguna entidad local.

y ésta lo adorna extrínsecamente de validez, de aquí que la apariencia exterior del acto pueda hacer decaer ésta subsistiendo aquélla, esto es, para que la presunción legal de validez opere es necesario que el acto reúna unas condiciones externas mínimas de legitimidad, y éstas no las reúnen los actos nulos —nulidad de pleno Derecho (art. 47 LPA) (29)—. Como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ (30): «En la base de esta determinación legal está, pues, la idea de que la presunción de validez sólo opera a partir de unas condiciones externas mínimas, que, por hipótesis, no reúnen los actos nulos de pleno Derecho, a los que, en consecuencia, no se puede reconocer eficacia jurídica alguna». Problema distinto es que el acto sea materialmente eficaz —privilegio de ejecución forzosa o acción de oficio—, pero son planos distintos: el material y el jurídico.

Así pues, no basta que el acto administrativo se presuma válido, debe además parecerlo, y no lo parecerá si incurre en cualquiera de los supuestos de nulidad del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Que la calificación registral se extiende a esta apariencia de validez es constatable imaginando cualquier reducción al absurdo. El problema es de equilibrio en la ostensibilidad de la apariencia. La mera apariencia de anulabilidad, dados los términos en que se emplea el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo, debe resolverse normalmente con la constancia de firmeza, habida cuenta que «el vicio de forma carece de virtud en sí mismo; su naturaleza es estrictamente instrumental; sólo adquiere relieve propio cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo » (31) —así, excepcionalmente, notificaciones a los deudores en el procedimiento de apremio—.

Por tanto, la calificación del Registrador que motiva el recurso que se comenta no es, en principio, extemporánea (32), y además parece venir avalada por la opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, quienes, tras recordar que la nulidad de pleno Derecho es de orden público, apuntan: «Por la misma razón hay que entender aplicable la sanción de nulidad de pleno Derecho a todos aquellos casos en que la Administración ha observado, en efecto, un procedimiento, pero no el concreto procedimiento previsto por la Ley para ese supuesto. Así, por ejemplo, cuando contrata por concierto directo y lo que procede legalmente es la subasta (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1964 y 5 de enero de 1968)» (33).

El valor jurídico de la apariencia es tema merecedor del más profundo estudio. El Registro de la Propiedad nace para publicar, para dar apariencia, a derechos no ostensibles, no manifiestos; es la confianza en la apariencia registral la que deviene protección inatacable, de aquí que al

(29) «Los actos de la Administración son nulos de pleno Derecho en los casos siguientes: a) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente b) Aquellos cuyo contenido sea imposible o sean constitutivos de delito c) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.»

(30) *Curso cit.*, tomo I, págs. 536 y sigs.

(31) GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso cit.*, tomo I, pág. 594.

(32) Aunque invita a reflexionar sobre la expresión formal de la calificación registral, la conveniencia de desarrollar notas de calificación provisionales cuando no se aportan, voluntaria o deliberadamente, los documentos que aseguren una definitiva, y la difícil conciliación de una nota de finalidad estrictamente tabular con la reserva del juicio de valor sobre la validez o nulidad objetivas a los Tribunales de Justicia (arts. 66 de la Ley Hipotecaria y 101 del Reglamento Hipotecario).

(33) *Curso cit.*, tomo I, pág. 576. Dicho sea sin asomo de demérito, según puede verse del número de citas.

título se le exija que sea apto para crearla. «En el Registro sólo tienen acceso los títulos perfectos», decía ROCA SASTRE; SANZ FERNÁNDEZ: «La enérgica protección de los principios de legitimación y fe pública registral debe aplicarse normalmente confirmando o asegurando derechos perfectos», y NÚÑEZ LAGOS: «El título no es válido porque se inscribe, sino que se inscribe porque es válido» (34). Ahora bien, el artículo 33 de la Ley Hipotecaria —la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes— nos obliga a descender del perfecto étéreo al título aparentemente válido, pero con la suficiente apariencia de validez como para que el Registrador lo estime publicable, exteriorizable, apto para crear la apariencia registral en cuya confianza, nuevo título aparentemente válido, la adquisición es segura. Evidentemente es un juego de palabras, pero si bien se mira, se reduce al distinto grado de valoración de la apariencia en función de su finalidad, de la condición jurídica de la persona a que se dirige. El Registrador publica para todos una apariencia privada que él estima, por tanto, no tan sólo merecedora de la protección registral, sino además, y por ello, idónea para engendrar la confianza y la tranquilidad del tercero.

Ahora bien, ¿el acto administrativo es susceptible de protección registral? ¿La inscripción atribuye al acto administrativo una eficacia que éste no tuviera ya por sí?

La primitiva Ley Hipotecaria fue, como ninguna, consciente de sí misma; su Exposición de Motivos expresaba: «Si la legislación hipotecaria estuviera comprendida en un Código Civil cuyas partes guardasen entre sí la unidad y la correspondencia necesarias, sin duda muchas de las disposiciones que están escritas en el proyecto no se encontrarían en el título del Código consagradas especialmente a las hipotecas, sino que estarían discriminadas en toda la obra. Si existiendo un Código Civil homogéneo en todas sus partes, se tratara para completarlo de establecer una Ley especial de hipotecas, tampoco sería necesario dar tanta extensión a la obra; en el Código Civil se encontraría considerable número de las disposiciones a que se da cabida en el proyecto».

No menos consciente fue el Código Civil cuando, para sentirse fortalecido, se atrajo el contenido de aquella, recibiendo expresamente (artículo 608) (35).

No se trata de terciar en la polémica sobre la naturaleza del Registro de la Propiedad ni del Derecho hipotecario, inmobiliario o registral, sino de evitar que enmarañados en una disputa dogmática de altos vuelos, por negar lo más neguemos el todo reduciéndolo a pura organización formal o adjetiva. No tan sólo el principio de la fe pública registral, sino también el principio de legitimación registral, tienen un contenido esencialmente sustantivo. La posición jurídica del contratante, «actuante» en un sentido amplio, se altera sustancialmente cuando pasa a ser titular registral: legitimación incluso para crear la protección inatacable. Ahora bien, entre las cargas que ese beneficio sustantivo conlleva está la no menos importante de someterse a la calificación del Registrador.

Sin embargo, y por ello mismo, este Derecho hipotecario, que probablemente nació, según se ha dicho, como el derecho de las tierras suscep-

(34) Todos v tradición oral.

(35) Quien con más ahínco ha estudiado el tema es Ramón de la RICA y ARENAL. Puede verse: «Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario», «Meditación del centenario: una legislación genuinamente española» y otros, recogidos en el libro en su homenaje, CEH, 1976, tomo II.

tibles de crédito hipotecario, cuya protección se solicita voluntariamente y, en consecuencia, voluntariamente se somete a la apreciación del Registrador que, sin condenar intrínsecamente el acto puede relegarlo a la vida extratabular, se ha consolidado de tal modo que pudiera decirse que de hecho el Registro es constitutivo del derecho de propiedad, y paradójicamente este crecimiento se vuelve contra sí mismo cuando se ha podido afirmar, con palpable veracidad, que no es quién el Registrador para suspender las decisiones de la Administración.

GONZÁLEZ PÉREZ ha estudiado la aplicación de los principios hipotecarios a los actos administrativos: «Los asientos del Registro que reflejan el acto administrativo producirán todos los efectos de los asientos, abstracción hecha de la naturaleza especial del derecho objeto de ellos»; ahora bien, estima que si en el aspecto jurídico-material no ofrece especialidades la eficacia de la inscripción, por el hecho de que proceda de un acto administrativo, sí las ofrece —e importantes— en el aspecto jurídico-procesal, que se traducen en que «normalmente será un nuevo acto administrativo dictado en virtud de la potestad administrativa anulatoria —de oficio o a instancia del interesado— el que privará de efecto al acto inválido registrado», esto es, «es un acto administrativo y no una resolución judicial el vehículo de rectificación en el supuesto del artículo 40, *d*), de la Ley Hipotecaria, siendo, en consecuencia, inaplicable el artículo 38, párrafo 2, de la misma» (36).

Sin embargo, no dejo de tener mis prevenciones al respecto (37), no tanto por el hecho de que me resulte más seductor confiar a los Tribunales ordinarios si la legitimación registral resultante de la apreciación cualificada de validez realizada por el Registrador es susceptible de especial protección (38), cuanto por la brecha que puede abrir en la coherencia del sistema. El derecho de reversión en la expropiación forzosa constituye un tal bochorno para la Administración que por vía reglamentaria (artículo 69 REF) se le ha otorgado primacía sobre el principio de fe pública registral (art. 34 LH). Y si autores de la talla de GONZÁLEZ PÉREZ (39) o GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ (40) entienden que «la reversión es legalmente una condición resolutoria implícita en toda adquisición expropiatoria (así, STS de 9 de junio de 1933, 25 de junio de 1957...) que surge, pues,

(36) *Ob. cit.*, págs. 22 y sigs. No es absolutamente claro si defiende la misma idea en casos como el del presente recurso, que podríamos llamar de «documento bilateral», aplicando la teoría del «acto separable» al acto administrativo de formación de voluntad que arrastra, en su nulidad, al contrato. El tono del trabajo es ciertamente más «administrativo» que el que respira su precedente: «La impugnación de actos registrales», en *RCDI*, núms. 328-329, septiembre-octubre 1955, págs. 513 y sigs., aunque mantiene cierta reserva y cita la STS de 27 de mayo de 1972, que en un problema de permuta de parcela sobrante de vía pública sentó: «si bien la anulación o cancelación sea atribución de la jurisdicción ordinaria, ésta no podrá decidir la cuestión previa administrativa». Con el único requisito de la intervención del titular registral, la Dirección General ha admitido la cancelación de la inscripción causada por la enajenación de una finca por el Estado (7 de octubre de 1882) o en expediente de apremio (30 de abril de 1903, 9 de marzo de 1906 y 27 de agosto de 1941) por nulidad del expediente declarada por la autoridad administrativa; exige, en cambio, sentencia firme para cancelar asientos de transmisión otorgados por titulares registrales adquirentes del Estado (26 de enero de 1900).

(37) Excesiva me parece, sin embargo, la postura de los que hacen intervenir al titular registral en la rectificación de títulos «unilaterales» expresivos de un procedimiento extrarregistral, por ejemplo, rectificaciones en las fincas y aun en los titulares en materia de concentración parcelaria.

(38) Evidentemente, en el estado actual de la cuestión, el artículo 38, párrafo 2, de la Ley Hipotecaria, no pasa de ser un premioso formalismo procesal alegable —que no prescindible— ante o por el órgano administrativo o jurisdiccional que haya de declarar la nulidad del título. El mismo peso del artificio me hace pensar, con cierta alegría probablemente, no en vía jurisdiccional de excepcional excepción al artículo 33 de la Ley Hipotecaria, pero sí en una «cualificación» judicial de la nulidad de un título con apariencia «cualificada» de validez.

(39) *Ob. prim. cit.*, págs. 34 y 35.

(40) *Curso cit.*, tomo II, pág. 295.

de la propia expropiación y ésta constará normalmente en el Registro», habrá quien quiera defender que en toda actuación administrativa opera como condición resolutoria implícita la facultad revocatoria de la Administración (arts. 109 y sigs. LPA). Y estarán asistidos de razón cuando utilicen la coherencia con la restricción de las facultades de calificación del Registrador: no debe aparecer registralmente legitimado para crear el tercero protegido quien ingresó con menguado control en el Registro. La conclusión, parafraseando a CHICO (41), no deja de ser sonrojante: deben ponerse «cautelos» en las adquisiciones que se realicen de bienes en cuya inscripción se haya producido alguna actuación administrativa.

Así pues, el verdadero motivo de resolución del recurso debe hallarse en el fundamento cuarto de Derecho: la calificación del Registrador «implica una previa valoración de fondo en cuanto a la decisión por la que se elige dicho procedimiento», esto es, en puridad, el «fundamento de la sentencia, auto o providencia o diligencia» del Real Decreto de 1876.

Ahora bien, no dejo de tener mis reservas a que se pueda considerar que el procedimiento administrativo seguido para dictar un acto, que lo concluye, constituye el fundamento de ese acto, por tanto, no ya calificable, sino ni tan siquiera visible para el Registrador. Dentro de los mínimos del artículo 99 del Reglamento Hipotecario se incluyen: «La congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido» y «los trámites e incidentes esenciales del procedimiento». Si esto es así, es difícilmente concebible que existan «elementos fácticos» que trasciendan al título en que el procedimiento administrativo se recoge. Una cosa es la expresión de la existencia de un hecho o de un trámite, y otra muy distinta es su veracidad o las consecuencias que de él pueden extraerse. Aquello es perfectamente calificable; esto, obviamente, no.

Si nos fijamos en la resolución comentada resulta que el hecho determinante de la excepción de subasta resulta del escrito de recurso interpuesto por el Alcalde: la «unicidad» del bien adquirido que habría la posibilidad de aplicar el número 2 del artículo 41 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales: «Los que no puedan ser objeto de concurrencia por versar sobre efectos o materias... de los que sólo hay un productor o poseedor». Su alegación en tal escrito es cuanto menos algo muy próximo a una cuestión nueva, que probablemente hubiera hecho cambiar el parecer del Registrador, pues se limita a decir que «ésta —la unicidad— no resulta de ningún documento», aunque nada es demasiado seguro si, como al desaire deja caer la Dirección, se ciñó en su «calificación a elementos cuyo conocimiento accedió por vías distintas a los datos resultantes del título presentado y de los asientos registrales».

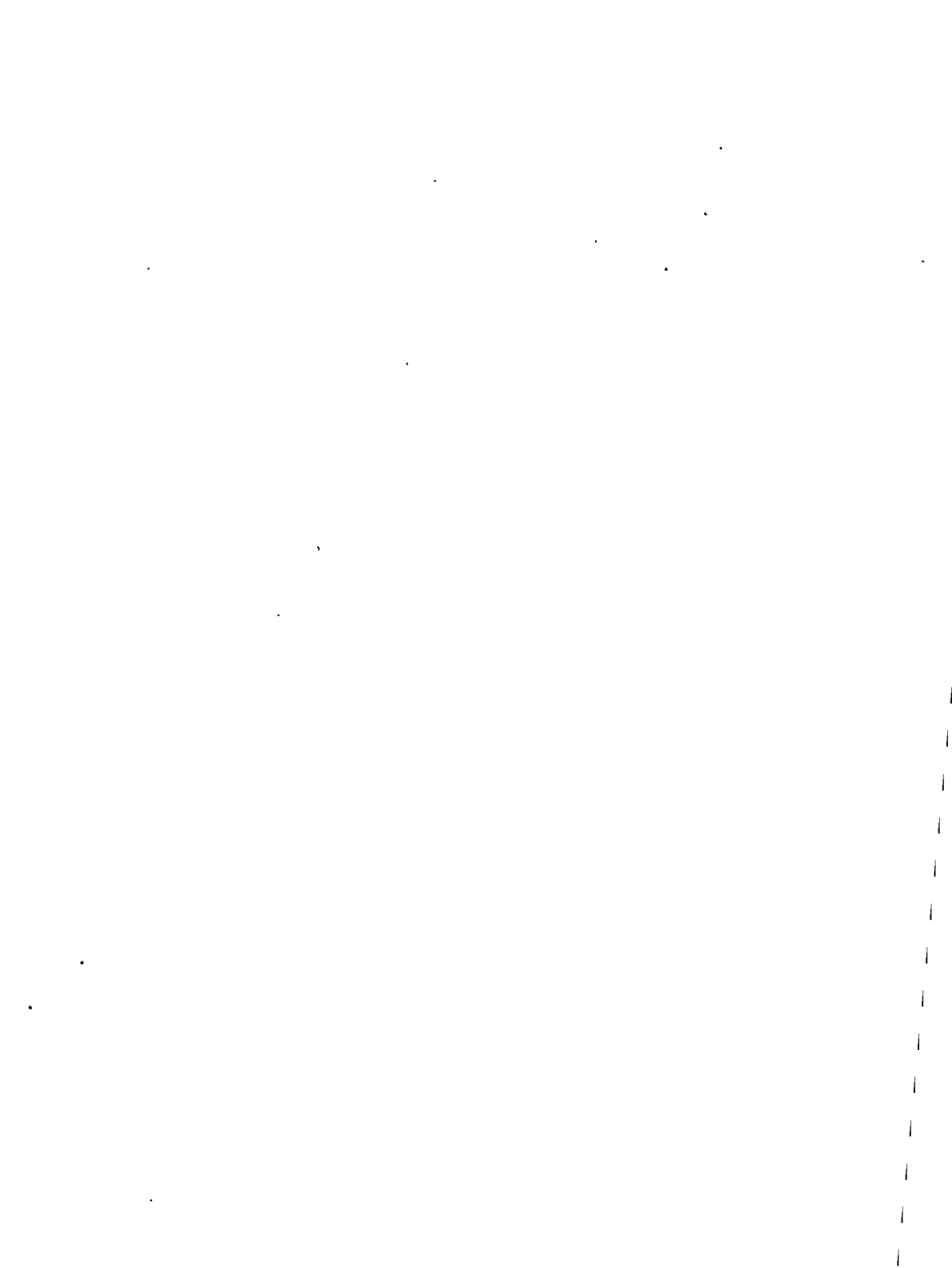
Por otra parte, no duda, o, al menos, no refleja tal, el Alcalde de la congruencia, en cuanto a sus límites, de la calificación del Registrador —como sí lo hace el Notario informante en respuesta a la aséptica y sibilina referencia de que es objeto—, sino que opta con buen sentido por la defensa del acto dictado en una especie de motivación *a posteriori* (42).

(41) «La expropiación forzosa, las urgencias urbanísticas y el Registro de la Propiedad», en *Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral*, pág. 352.

(42) La Dirección General, manteniendo criterios del Tribunal Supremo, no atribuye eficacia vinculante al informe del Secretario; sin embargo, a mi juicio, la motivación era obligada, art. 43 LPA: «Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: c) los actos que se separen del dictamen de órganos consultivos».

En cualquier caso, obligada por sus propios términos, la resolución en el recurso comentado hubiera sido la misma si el expediente administrativo se hubiera limitado al «acuerdo de comprar», y esta simplificación es la que me parece peligrosa.

FERNANDO CANALS BRAGE



### III. Sentencias del Tribunal Supremo

#### B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR JOSÉ QUESADA SEGURA Y  
RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ

*LA CASACION NO ES UNA TERCERA INSTANCIA* (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1986).

*Doctrina de la sentencia.*—Si bien la Ley reformativa de 6 de agosto de 1984 suavizó el rigorismo formal de la normativa anterior, prescindiendo de la tan criticada categoría del documento auténtico, no por ello convirtió la casación en una tercera instancia, donde este Tribunal pueda examinar libremente todos los elementos de convicción aportados a las actuaciones, sino que cuando se utiliza dicha vía el *thema decidendi* queda limitado a resolver si los documentos que se invocan demuestran, en efecto, la equivocación del juzgador, ya porque no existan otras pruebas en contrario, ora porque carezcan de eficacia para desvirtuar su contenido, idoneidad para el fin perseguido de acreditar el desacierto en la tarea juzgadora, de la que carecen las declaraciones testificales.

J. Q. S.

*EL DEMANDANTE PUEDE LLAMAR AL PROCESO A QUIEN TENGA POR CONVENIENTE. NO ES PRECISA UNA MANIFESTACION CLARA DE LA SOLIDARIDAD PARA SU EXISTENCIA* (SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1986).

*Doctrina de la sentencia.*—Si bien es cierto que para lograr el éxito de su pretensión debe el actor traer al proceso a todos los interesados en la relación jurídica litigiosa, en unos casos para impedir que resulten afec-

tados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en juicio, y en otros, para evitar la eventualidad de sentencias contradictorias y sin posible ejecución, situaciones litisconsorciales que pueden apreciarse incluso de oficio, no es menos cierto que cuando tales exigencias o riesgos no existen por fundamentarse la pretensión actuada en una relación jurídica contractual o extracontractual en la que sólo aparecen como elementos subjetivos el actor y el demandado o demandados, debe regir el principio general que faculta al demandante para llamar al proceso a quien tenga por conveniente, sin perjuicio, claro es, de la consiguiente condena en costas cuando se haya demandado con temeridad o mala fe a quien claramente no debió serlo.

Hay reiterada doctrina de esta Sala en el sentido de no ser precisa una manifestación clara y terminante de la solidaridad para su existencia, bastando que los términos usados, por su significación gramatical y lógica, evidencien la voluntad de los contratantes de deber prestar o poder pedir integralmente las cosas objeto de la obligación.

• J. Q. S.

**NO ES PRECISA LA PARTICION CUANDO CONCURREN TODOS LOS HEREDEROS PARA DISPONER DE UN BIEN HEREDITARIO (SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1986).**

*Doctrina de la sentencia.*—La partición es precisa para poder disponer alguno de los herederos de determinados bienes concretos pertenecientes a la masa hereditaria, pero no lo es, en cambio, cuando concurren todos los herederos para disponer de alguno de los bienes que integran el caudal hereditario, en cuyo caso se entienden efectivamente adjudicados a los mismos en *pro indiviso*, pero pueden disponer los coherederos actuando conjuntamente.

J. Q. S.

**EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE PREFERENCIA SALARIAL ESTA SOMETIDO A UN PLAZO DE PRESCRIPCION Y NO DE CADUCIDAD (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1986).**

*Doctrina de la sentencia.*—La tesis de que el plazo de ejercicio de los derechos de preferencia del crédito salarial, que consagra el artículo 33, 6, es un plazo de prescripción y no de caducidad, es defendida por el Letrado del Estado, negando que en dicha norma se contenga un derecho sujeto a caducidad, tesis que ha de prosperar, ya que aunque la redacción del texto que inicia el apartado 6 del artículo 33 de la Ley de 10 de marzo de 1980 pudiera dar pie a la interpretación que exponen las sentencias de instancia, entendiendo que en él se consagra un Derecho potestativo cuyo prefijado término de viabilidad opera en vía de caducidad, no puede darse al olvido que la Ley, cuyo artículo 59 revela inequívocamente que el legislador ha contemplado tanto las situaciones de prescripción como las de caducidad, puesto que bajo esta precisa rúbrica —prescripción y caducidad— desarrolla la normativa en cuyo seno se albergan las de una y otra naturaleza, utiliza, en aquel mismo discutido precepto, artículo 33, 6, el

término «prescripción» para referirse al efecto que el transcurso del tiempo produce sobre los derechos de preferencia del crédito salarial a que se contrae, señalando así que la institución legalmente querida es esta de la prescripción.

J. Q. S.

**LAS SOCIEDADES IRREGULARES SE RIGEN POR LO PACTADO** (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1986).

*Doctrina de la sentencia.*—Las sociedades irregulares o de hecho, informadas como tales indispensablemente por la voluntad de unión con *animus* o *affectio societatis*, se rigen *inter partes* por lo pactado (arts. 1.255 y 392, párrafo 2, del Código Civil), según esta Sala tiene declarado reiteradamente, pues ya advirtió la Sentencia de 5 de julio de 1982 que la disposición del artículo 1.669 de dicho cuerpo legal no supone necesariamente que nacida por voluntad negocial una sociedad civil, irregular por falta de elementos formales, quede sometida totalmente en su estructura y, sobre todo, en sus efectos económicos y patrimoniales al régimen de la copropiedad, sino que habrá de estarse a lo convenido; lo que, en definitiva, significa que en las relaciones sociales internas habrá de aplicarse íntegramente el régimen de la sociedad creada, sea el convencional, sea el establecido en el título VIII del libro cuarto del Código Civil.

J. Q. S.

**RESPONSABILIDAD POR DAÑOS: EL CRITERIO SUBJETIVISTA ESTA ATENUADO CON PAUTAS DE CARACTER OBJETIVO** (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1986).

*Doctrina de la sentencia.*—Si bien el artículo 1.902 del Código Civil descansa en un principio culpabilista, lo que significa la exigencia de que el acto dañoso sea antijurídico por vulneración de la norma, aun la más genérica (*alterum non laedere*) protectora del bien agraviado, la diligencia exigible comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento, con lo que se atenúa aquel criterio subjetivista con pautas de carácter objetivo dimanantes del principio de la creación del riesgo y en aras de una más propugnable solidaridad social.

J. Q. S.

**RESOLUCION DE COMPRAVENTA: NO ES COMPARABLE EL MERO IMPAGO CON EL INCUMPLIMIENTO** (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1986).

*Doctrina de la sentencia.*—La resolución contractual no puede tener viabilidad, dado que si ciertamente existe un descubierto en el pago del precio asignado a la compraventa en cuestión, al derivar de condicionantes aducidas por el comprador para la normal efectividad de tal contrato, singularmente para poder alcanzar secuencia registral y aportación para

ello de la documentación para otorgamiento de la correspondiente escritura pública, ese descubierto, no obstante, no es generador del incumplimiento que requiere el artículo 1.504 del Código Civil, al no ser equiparable a la causa resolutoria que el mismo acoge el mero impago, simple situación de hecho, con el incumplimiento, concepto de alcance jurídico; si conforme a lo establecido en el artículo 1.157 del Código Civil, el pago ha de realizarse exactamente en la forma establecida en el acto constitutivo de la obligación, al consistir, según proclama la Sentencia de esta Sala de 9 de julio de 1948, no sólo en la prestación de lo que se debe, sino también cómo se debe, determina que no puedan dar origen a sanción resolutoria contractual aquellos aspectos que afecten a ambas circunstancias reflejadas por lógicas condicionantes a la jurídica formalidad del contrato a que afecten, derivadas de pretensión de aportación de documentos a fines de consignación de la compraventa en cuestión en escritura pública e inscripción registral, en garantía de hecho y jurídica de dicho contrato concertado.

J. Q. S.

**CASO FORTUITO: NO PUEDE DARSE CUANDO FALTA LA ADECUADA DILIGENCIA (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1986).**

*Doctrina de la sentencia.*—Cuando el acaccimiento dañoso fue debido a incumplimiento del deber relevante de previsibilidad, no puede darse la situación de caso fortuito, debido a que con ese actuar falta la adecuada diligencia por omisión de la atención y cuidado requerido con arreglo a las circunstancias del caso, denotando una conducta interfiriente frente al deber de prudencia y cautela exigibles, que, como de tal índole, es excluyente de la situación de excepción que el artículo 1105 establece, al implicar la no situación de imprevisibilidad, insufribilidad o irresistibilidad requeridas al respecto.

J. Q. S.

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: REQUISITOS (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1986).**

*Doctrina de la sentencia.*—Respecto a los requisitos exigibles para la estimación de la responsabilidad extracontractual, deben distinguirse los que participan de un matiz fáctico, como la acción u omisión y el daño, y los que tienen un predominante carácter jurídico, como la culpa o negligencia atribuible al agente y la relación de causalidad entre el daño y el hecho originador imputable al sujeto, siendo de destacar que la calificación de la acción u omisión como culposa o negligente exige la posibilidad de la previsión por el agente de que el resultado dañoso podía originarse por omisión de aquella diligencia que exige la naturaleza de la obligación y corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

J. Q. S.

*ELEMENTOS DEL CASO FORTUITO (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1986).*

*Doctrina de la sentencia.*—Siendo la esencia vitalizadora del caso fortuito, que regula el artículo 1.105 del Código Civil, y, por tanto, consecuencia de irresponsabilidad que el mismo establece, que el suceso considerado sea imprevisible, insuperable o irresistible, que no se deba a la voluntad del autor del auto enjuiciado, haciendo imposible el cumplimiento de la prestación, y que haya relación entre el evento y el resultado.

J. Q. S.

*SERVIDUMBRE POR DESTINACION DEL PADRE DE FAMILIA: REQUISITOS (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1986).*

*Doctrina de la sentencia.*—En relación con la llamada por la doctrina francesa e italiana «constitución de servidumbre por destinación del padre de familia o del propietario común», institución que tuvo su origen en los postglosadores, que admitieron que cuando el propietario de dos predios destinaba uno de ellos al servicio de otro con signos visibles, se entendía constituida la servidumbre por el hecho de dejar de pertenecer ambos predios al mismo propietario, sin que se hiciese constar manifestación contraria y que pasó a nuestro Código, por el conducto de la legislación extranjera y de la jurisprudencia, apareciendo recogida en el artículo 541 del Código Civil, tiene declarado esta Sala que para que los Tribunales puedan declarar la realidad y subsistencia de una servidumbre de las reguladas en este precepto, es indispensable que quien ejercita la acción para conseguirlo acredite cumplidamente: Primero: La existencia de dos predios pertenecientes a un único propietario. Segundo: Un estado de hecho del que resulte por signos visibles y evidentes que uno de ellos presta al otro un servicio determinante de semejante gravamen, en el supuesto de que alguno cambiara de titularidad dominical. Tercero: Que tal forma de exteriorización hubiere sido impuesta por el dueño común de los dos. Cuarto: Que persistiere en el momento de transmitirse a tercera persona cualquiera de dichas fincas. Quinto: Que en la escritura correspondiente no se exprese nada en contra de la pervivencia del indicado derecho real (Sentencia de 30 de diciembre de 1975), habiéndose reiterado en la más reciente de 7 de julio de 1983 que el artículo 541 establece una singular manera de constituirse alguna servidumbre predial aparente, conocida por «destinación del padre de familia», mediante la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Dos predios pertenecientes a un solo propietario. b) Un estado de hecho entre ambos del que resulte por signos visibles y evidentes que el uno presta al otro un servicio determinante de una servidumbre. c) Que estos signos demostrativos de la servidumbre fueran establecidos por el dueño común, el «padre de familia». d) Que uno de los predios sea enajenado por éste sin establecerse nada en contra de la pervivencia de tal servidumbre.

J. Q. S.

**COPROPIEDAD: A CADA TITULAR LE PERTENECEN TODAS LAS UTILIDADES DE LA COSA** (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1986).

*Doctrina de la sentencia.*—Según la denominada teoría de la «propiedad plúrima total», recibida como la mejor fundada sobre la naturaleza jurídica de la copropiedad y que se conceptúa más acomodada a nuestro ordenamiento positivo, cada copropietario tiene un derecho de dominio pleno en cuanto a su extensión, pero limitado en lo referente a su intensidad por la concurrencia de los demás, de manera que a cada titular le pertenecen todas las utilidades de la cosa, aunque el ejercicio del derecho venga constreñido cuantitativamente por la coexistencia de otros tantos derechos iguales, situación de donde arranca el concepto de «cuota», como razón o medida en cuya virtud se limitan y armonizan recíprocamente las posiciones de los cotitulares.

Lo prohibido al condueño en la comunidad ordinaria, y al cosucesor en la hereditaria, es la enajenación de la cosa común, o de un bien concreto del caudal en la segunda, sin que medie la anuencia de los demás interesados; pero incluso a esta última hipótesis una línea jurisprudencial más evolutiva ha precisado que no se trata de un caso de nulidad del negocio, sino de un contrato con eficacia puramente condicional, en cuanto subordinado al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en todo o en parte en las operaciones divisorias.

J. Q. S.

**EL ARQUITECTO DIRECTOR DE OBRA ES RESPONSABLE DE LA IDONEIDAD DE LOS MATERIALES UTILIZADOS** (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1986).

*Doctrina de la sentencia.*—Constituye un deber ineludible para los profesionales que intervienen en la realización de una obra comprobar cumplidamente la idoneidad de los materiales utilizados en la construcción, atribución de responsabilidad que no sólo es dable achacar a los constructores, en tanto suministran y utilizan tales materiales, y a los aparejadores o arquitectos técnicos, en cuanto los emplean en mezclas constructivas, cuya dosificación y utilización deben inspeccionar, al ser una obligación que reglamentariamente les viene impuesta, sino que también es imputable al arquitecto de la obra, al estar incardinado tal deber de vigilancia dentro de sus obligaciones como director de aquélla, bajo cuya superior inspección y recibiendo las oportunas órdenes plasmadas en los correspondientes libros registros, han de actuar los primeros, según las reglas y normas de la buena construcción, cuyo deber como supremo responsable de la edificación ha de correr a cargo de tal dirección técnica.

J. Q. S.

**PARA QUE PUEDA ORIGINARSE LA PRESCRIPCION ADQUISITIVA ES PRECISO TENER LA COSA EN CONCEPTO DE DUEÑO. ES IMPRESCRIPTIBLE LA ACCION PARA RECLAMAR LA NULIDAD DE UN CONTRATO POR INEXISTENCIA** (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1986).

*Doctrina de la sentencia.*—Para que pueda originarse la prescripción adquisitiva, incluso extraordinaria, como medio de adquirir el dominio, es doctrina de esta Sala, tanto con arreglo a la legislación histórica, cuanto a la vigente en la actualidad, que se requiere no sólo el transcurso de los treinta años sin interrupción en la posesión; mas también que esta posesión no sea la simple tenencia material o la posesión natural, sino que ha de ser la civil, es decir, la tenencia unida a la intención de haber la cosa como suya «en concepto de dueño».

Esta Sala tiene reiteradamente sentada la doctrina de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de los contratos, al decir que «tratándose de inexistencia, el defecto es insubsanable e imprescriptible y, por ende, la acción para hacerlos valer» (Sentencia de 19 de diciembre de 1951), y que «en caso de inexistencia contractual determinada por la falta del consentimiento requerido por el número 1.º del artículo 1.261 del Código Civil, hay que recordar que con arreglo a reiterada doctrina de esta Sala, la acción para declararlo así, pese a lo prevenido por el artículo 1.961 del mismo ordenamiento, no está sujeta a prescripción extintiva, de acuerdo con la antigua regla *quod ad initium vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*» (Sentencia de 20 de diciembre de 1975).

J. Q. S.

**LA OFERTA PUEDE REVOCARSE MIENTRAS NO SE HAYA PERFECCIONADO EL CONTRATO** (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1986).

*Doctrina de la sentencia.*—El contrato exige concurso de voluntades, y este concurso no existe cuando sólo media la manifestación de un propósito, retirado por su autor antes de ser aceptado por la otra parte, tal como ocurrió en el supuesto litigioso, en que el mismo día que se remitía una carta aceptando la oferta, el oferente o peticionario desistió de su pedido, dado que según la sentencia de 22 de diciembre de 1956, no existe concurso de voluntades cuando sólo media la manifestación de un propósito, retirado por su autor antes de ser aceptado por la otra parte, y según la Sentencia de 19 de noviembre de 1904, es indispensable que el consentimiento conste por palabras que con claridad lo expresen o por hechos que con toda evidencia lo signifiquen; doctrina que excluye que a la abstracción de los términos de la petición que la parte recurrida hizo a su contraparte y a la inseguridad del momento en que ésta manifestó su conformidad en relación con el de la retirada o desistimiento del pedido, pueda concedérsele el importante efecto jurídico de dar nacimiento a un contrato perfecto.

Es doctrina científica comúnmente admitida que la oferta puede ser revocada mientras el contrato no se haya perfeccionado, habiendo de constar de modo inequívoco y claro la coincidencia de oferta y aceptación,

sin que sea suficiente la primera mientras el destinatario no la admita plenamente, y sin que sea posible apreciar la existencia de aceptación cuando se formulan modificaciones o se altera la propuesta o se la somete a condición.

J. Q. S.

**RESPONSABILIDAD CIVIL: JURISDICCION COMPETENTE PARA CONOCER DE RECLAMACIONES CONTRA LA ADMINISTRACION Y UN PARTICULAR (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1985).**

*Hechos.*—Se había formulado demanda por la Compañía Telefónica contra el Ayuntamiento de Bilbao y «Construcciones F.», por daños producidos en tendido telefónico propiedad de la primera en la ejecución de obras de excavación que para reparar una fuga de agua por cuenta del Ayuntamiento realizaba la empresa constructora también demandada.

El Juzgado dictó sentencia condenando a los dos demandados solidariamente. La Audiencia revocó parcialmente este fallo, condenando al Ayuntamiento y absolviendo a «Construcciones F.».

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Rafael Pérez Gimeno.

*Doctrina de la Sala.*—La Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, atendiendo a principios de justicia con los que pugnaba la legalidad anterior, que hacía recaer el daño exclusivamente sobre el titular del bien jurídico afectado, introdujo, con carácter general, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, disponiendo, a tal efecto, en su artículo 121, que dará lugar a indemnización toda lesión que los particulares sufran en sus bienes y derechos siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y estableciendo, al propio tiempo, el artículo 128 que en todos aquellos casos en que con arreglo a dicha Ley, la Administración esté obligada a indemnizar daños y perjuicios —es decir, en todos aquellos supuestos en que la Administración actúe como tal ente público, en ejercicio de potestades públicas—, la jurisdicción competente será la contencioso-administrativa, tanto se trate de la Central como de la Local, competencia que mantiene respecto de tales daños la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 3, b)) y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (art. 40), y si bien es cierto que, como tiene declarado esta Sala en su Sentencia de 15 de noviembre de 1976, la conjunta demanda de la Administración con una persona jurídica privada, pretendidamente corresponsable del evento dañoso, determina la competencia exclusiva de la jurisdicción civil para su conocimiento por el carácter atractivo de la misma, pues siendo solidarias sus responsabilidades, de separarse la continenencia de la causa se correría el riesgo de fallos contradictorios, lo que constituiría un absurdo lógico y jurídico; y si también es cierto que no puede dejarse a merced del demandante la determinación de la jurisdicción competente por ser materia de Derecho público y no de Derecho potestativo, y, por tanto, no puede quedar a la sola voluntad del actor el crear ficticiamente un litisconsorcio facultativo pasivo dirigiendo su demanda al propio tiempo que contra la Administración, también contra

una persona física o jurídica privada, con la consecuencia de atribuir la competencia a la jurisdicción civil, no es menos cierto que en supuestos como el presente, en que la Compañía Telefónica se dirigió por carta y por acto de conciliación a la empresa «F.», propietaria de la máquina excavadora con la que se produjeron los daños en la conducción telefónica y a cuyo servicio se encontraba el conductor de la misma, y se dirigió, igualmente, al Ayuntamiento, en primer lugar, para reclamarle el importe de los daños, ante el resultado infructuoso de la petición deducida contra «F.», y después para agotar la vía administrativa previa a la civil, sin que ni aquella ni éste contestasen a sus pretensiones ni aclarasen la situación respectiva de una y otro en relación con el hecho dañoso, dejando a la Compañía Telefónica en la más completa incertidumbre sobre quién o quiénes estaban legitimados pasivamente en el proceso a plantear, es indudable que sin perjuicio de que en éste se concretasen las correspondientes conductas y las subsiguientes responsabilidades de aquéllas derivadas, incluso con la absolución de «F.» —en cuanto, según la sentencia recurrida, no podía calificársele de contratista de la obra, sino todo lo más, de mera arrendataria de la máquina y de los servicios del operario conductor, que no consta que incumpliese las instrucciones y órdenes que la dirección municipal de la obra le comunicó respecto a la profundidad y trayectoria de la excavación—, estaban lícita y oportunamente traídos al proceso, tanto el Ayuntamiento titular del servicio público de la red de conducción de las aguas, como la entidad «F.», propietaria de la máquina con la que se produjeron los daños en el tendido telefónico y a cuyo servicio trabajaba el conductor de la excavadora; por lo que en aplicación de la doctrina expuesta anteriormente, procede rechazar el primer motivo del recurso deducido por el Ayuntamiento de Bilbao al amparo del número sexto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción anterior a la reforma, y en el que se denuncia el exceso de jurisdicción por conocer la jurisdicción civil de asunto de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, con infracción, por interpretación errónea, de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Procesal Civil y en los artículos 122, 2, de la Ley de Expropiación Forzosa; 3, b), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, y 40, 2 y 3, de la Ley sobre Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, rechazo que es consecuencia de la situación de litisconsorcio pasivo recogida anteriormente y que atribuye el conocimiento de la cuestión debatida a la jurisdicción civil.

Si la sentencia recurrida afirma en su cuarto considerando que «... la existencia y trazado de la línea (telefónica), amén de haberle sido comunicada por la Dirección del Gobierno en la Compañía Telefónica de España, S. A., en 1964, resultaba a todas luces evidenciada por la ubicación de las cámaras de registro números 472 y 186 situadas a la vista, en línea con el punto de excavación, a 47 y 93 metros, respectivamente, del mismo », no puede afirmarse seriamente la imprevisibilidad del resultado por desconocimiento de la instalación y su ubicación sin destruir previamente tales afirmaciones fácticas, ello con independencia de si, en su día, se cumplieron o no todos los requisitos administrativos previos al tendido de la línea telefónica, pues cualquier omisión de licencia o autorización, además de serle imputable a la Administración local que con su pasividad consintió la posible infracción, no le eximiría en ningún caso de guardar

la diligencia exigible en la reparación de la conducción de agua potable para evitar daños a terceros, diligencia que no observó; como tampoco puede sostenerse que falta la relación de causa a efecto entre la acción ejecutada por los empleados municipales, apertura de una zanja, y el resultado dañoso producido, rotura de un cable telefónico, dado que tal resultado fue consecuencia directa e inmediata de aquel actuar; por lo que debe rechazarse el segundo motivo del recurso, que con amparo en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su anterior redacción, denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 1.902 del Código Civil, pues, en contra de lo que sostiene el recurrente, se dan todos los requisitos que condicionan tal responsabilidad civil, tal como han sido apreciados por la sentencia recurrida, cuya resultancia fáctica permanece inalterable; todo ello sin olvidar que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, tal como fue formulada por la Ley de Expropiación Forzosa, tiene, por una parte, la naturaleza directa frente a la Administración —no subsidiaria respecto al funcionario— y, por otro lado, el carácter de objetiva al quedar eliminado el elemento subjetivo de culpa y responder el ente público en todo supuesto de daño efectivo, evaluable como únicamente e individualizado respecto a una persona o grupo de personas —salvo caso de fuerza mayor— producido como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, lo que excluye la aplicación del artículo 1.902 del Código Civil en supuestos como el de litis.

NOTA.—Esta sentencia reviste interés por los siguientes pronunciamientos:

- a) La responsabilidad patrimonial de la Administración es directa, no subsidiaria respecto del funcionario.
- b) Reviste carácter objetivo, al quedar eliminado el elemento subjetivo de la culpa y responder el ente público en todo supuesto de daño efectivo.
- c) Cuando se ejercita la reclamación de responsabilidad civil contra la Administración y un particular, conjuntamente, es competente la jurisdicción civil.
- d) No obstante lo anterior, no sería admisible que para someter la reclamación a la jurisdicción civil se crease ficticiamente un litisconsorcio, trayendo al juicio al particular sin motivo alguno.
- e) Pero a pesar de esto último, es competente la jurisdicción civil, aunque luego se absuelva al particular demandado junto a la Administración, si al hacerlo se contaba con elementos que permitían suponer la posible culpa de ese particular.
- f) No responde del trabajo de su empleado la empresa que arrienda una máquina excavadora a un Ayuntamiento, cuyos técnicos son los que dirigen la obra. Este último es un extremo que hemos tratado con alguna frecuencia, a efectos de intentar señalar la frontera entre los casos en que responde y en que no responde el comitente por daños derivados de acción del contratista o de sus empleados. Por ejemplo, en nuestro trabajo «Otra vez sobre el problema de la responsabilidad o irresponsabilidad del co-

mitente por daños causados por empleados del contratista», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio de 1985, págs. 839-852.

RICARDO DE ANGEL

**DERECHO DE AUTOR. DERECHO FUNDAMENTAL A LA CREACION Y PRODUCCION ARTISTICA. RECONSTRUCCION DE OBRA DE ARTE DESMONTADA POR SU PROPIETARIO (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1985).**

*Hechos.*—Esta sentencia tuvo gran notoriedad pública en su día, siendo comentada por todos los medios de difusión, puesto que se trataba del conocido pleito en que el escultor Pablo Serrano, al amparo de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, demandaba a la empresa propietaria de un hotel que había encargado al artista una obra denominada «Viaje a la luna en el fondo del mar», y que después de tenerla instalada algún tiempo en el *hall* del hotel, la desmontó porque no se ajustaba al boceto elegido y contrastaba con la decoración del hotel, y guardó sus elementos componentes en un almacén, ante la negativa del autor a que se instalara en otro lugar. El demandante solicitaba que se reconociese su derecho fundamental a la producción y creación científica, condenando a la demandada a que se le entregasen los materiales de la obra, a fin de que el artista pudiera reconstruirla, así como a satisfacer la pertinente indemnización de daños y perjuicios, morales y patrimoniales, que el autor expresamente declaraba que iba a poner a disposición de la Dirección del Círculo de Bellas Artes de Madrid, puesto que no perseguía fin de lucro con su demanda.

El Juzgado estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción por inadecuación del procedimiento y, por tanto, desestimó la demanda sin entrar en el fondo. La Audiencia confirmó la sentencia del Juzgado.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, siendo ponente don José Beltrán de Heredia Castaño.

Formuló voto particular el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, en forma de sentencia, conforme autoriza el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Reproducimos, por su interés, la totalidad de los fundamentos de Derecho de esta sentencia, así como los no menos sugestivos del citado voto particular.

*Doctrina de la Sala.*—El presente recurso y el pleito de que trae causa derivan de otro anterior —terminado con Sentencia de este Tribunal Supremo de 21 de junio de 1965— interviniendo las mismas personas, en la misma calidad, las mismas cosas y la misma causa de pedir con arreglo a la legislación y al procedimiento vigentes a la sazón, relacionado con una obra escultórica intitulada «Viaje a la luna en el fondo del mar», realizada por el ilustre escultor que en los dos pleitos figuró como demandante, para ser instalada en el *hall* del hotel «Las Tres Carabelas» (propiedad de la empresa «Industrias Turísticas, S. A.» de la localidad de Torremolinos, donde una vez cumplido el encargo —con materiales y mano de obra suministrados por la empresa referida— y pagado su importe,

fue efectivamente instalada, aunque por poco tiempo, pues la empresa propietaria, alegando que lo realizado «no se ajustaba al boceto elegido» y contrastaba con la decoración del hotel, ordenó desmontarla, guardando sus elementos componentes en un almacén, ante la negativa del artista a que fuese instalada en ningún otro lugar; su pretensión, como demandante, se basaba en el derecho moral de autor, de carácter personalísimo, que le otorgaba la paternidad de la obra, que le permitía poder impedir que se deforme o mutile, con la facultad de reproducción e incluso de retirarla de la circulación, con base en lo cual solicitaba una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a su propiedad artística, que habrían de ser fijados en periodo de ejecución de sentencia; pretensión a la que se opuso el comprador de la obra, alegando su derecho de propiedad, sólo limitable por la Ley o la voluntad de las partes, decidiéndose la disputa en instancia y en casación en favor de lo segundo, con apoyo en la legalidad aplicable, a cuyo tenor el artista puede reproducir su obra y exponer la reproducción, pero no disponer del ejemplar concreto adquirido por quien lo compra, al que no se puede obligar a ser desposeído de lo que adquirió, sin que pueda deducirse otra cosa del Convenio de Berna de 1886, ni de las Conferencias de Roma de 1928 y de Bruselas de 1948, ratificados por España, pero que no tuvieron el necesario desarrollo positivo en nuestro país, donde continuaba rigiendo la vieja Ley de 10 de enero de 1879, que no permitía una solución diferente, en relación con el artículo 1.902 del Código Civil, que fue el alegado en apoyo de la pretensión ejercitada por la vía procedimental permitida.

El nuevo planteamiento se basa en el cambio de legislación producido en España a partir de la promulgación de la Constitución política de 1978 y de las leyes que, en este punto, la complementan, especialmente de la de 26 de diciembre del mismo año llamada de «Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona», que se estima no afectan al principio de cosa juzgada respecto de la Sentencia de este Tribunal Supremo, antes citada, de 21 de junio de 1965, afirmando que ésta tiene un límite cronológico inmanente que deriva de que la desestimación del recurso anterior se produjo por no existir disposición que específicamente sancionase o amparase el derecho que se pretendía, y teniendo la Constitución una eficacia directa y aplicativa inmediata, se explica que una situación jurídica lícita con anterioridad, pueda transformarse en otra ilegítima e inconstitucional desde el momento de la entrada en vigor de la Norma suprema, y justifica que se pueda ejercitar una pretensión distinta de amparo de un derecho fundamental, cual es el de la creación y producción artística del artículo 20, 1, apartado letra b), de la Constitución, pues la obra discutida fue sólo desmontada —no destruida— continuando como estaba, por lo que subsiste el efecto del acto y, consiguientemente, la posibilidad de hecho de que el artista la recree de nuevo, la modifique o incluso la retire, utilizando para ello el procedimiento jurisdiccional nuevamente creado; pretensión que fue desestimada en las dos instancias, donde se acogió la excepción formulada de contrario, de incompetencia de jurisdicción, por inadecuación de procedimiento, contra la que se alza el motivo primero del recurso, que, por el cauce del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, denuncia defecto en el ejercicio de la jurisdicción, con infracción de los 24, 1, y 53, 2, de la Constitución; de la disposición transitoria segunda, dos, de la Ley Orgánica del Tribunal Cons-

titucional de 3 de octubre de 1979, y del artículo 11, en sus dos números, de la Ley de 26 de diciembre de 1978; preceptos, los citados, a los que sirven de cobertura genérica los constitucionales, siendo de recordar que el 24, 1, proclama que las personas «tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión», y, a su vez, el 53, 2, dispone: «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo, ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional»; en consonancia con lo cual y en virtud del principio rogado de la jurisdicción, el demandante, en su día, dedujo su pretensión por el cauce del procedimiento que creyó pertinente, al que se opuso la contraparte, justo en uso de su derecho, alegando la excepción referida, con base en las razones que consideró oportunas, dentro del único procedimiento en que podía hacerlo, que era el elegido por la parte actora para que se tramitase la pretensión, lo que priva de validez al reproche que el recurso formula en este sentido, contra los juzgadores de instancia, de seguir un procedimiento que después califican de inadecuado.

El derecho que se alega como perjudicado en este caso, se pone en relación con el artículo 20 de la Constitución, apartado 1, letra b), a cuyo tenor «se reconocen y protegen los derechos... a la *producción y creación artística*», precepto que está incluido en la sección primera («De los derechos fundamentales y de las libertades públicas»), del capítulo segundo («Derechos y libertades»), del título primero («De los derechos y deberes fundamentales»); siendo de observar que lo que se consagra como fundamental es un derecho genérico e impersonal a producir o crear obras artísticas, pues no toda persona crea o produce arte, viniendo a proclamar la protección de una facultad; cuando se produce o crea, entonces lo que se protege es el resultado, que hace surgir un derecho especial, el *derecho de autor*, que no es un derecho de la personalidad porque asimismo carece de la nota indispensable de la *esencialidad*, pues no es consustancial o esencial a la persona, en cuanto que no toda persona es autor, y conlleva la necesidad de la *exteriorización*, puesto que se crea o produce arte para ser exteriorizado, lo que implica el nacimiento de otro derecho en favor de aquellos a los que se exterioriza —público, adquirente, receptores—, el primero de los cuales tiene por objeto un «bien inmaterial», mientras que en el segundo es un «bien material», lo cual plantea una serie de problemas de coordinación de ambos derechos, que supone la de los respectivos intereses que entran en juego, que surgen no con la persona, sino como consecuencia de una actividad de ésta, cuya solución es difícil, que se intentó resolver en Derecho comparado sin resultados plenamente satisfactorios y a veces chocantes con las soluciones prácticas de la aplicación jurídica, que en España se acometió con el reciente intento de que se tiene noticia de elaboración de un proyecto de Ley en tramitación; pero que la Constitución no sólo no resuelve, sino que ni siquiera intentó resolver instaurando una nueva normativa, pues tiene buen cuidado, respecto de éste y de los demás derechos que consagra, en dejar las peculiaridades de cada uno de ellos a la regulación especial que les corresponda, según se establece en el apartado 4.º del artículo 20 al hablar

de «los preceptos de las leyes que lo desarrollen», y en el apartado 1.º del artículo 53, donde se añade que «sólo por Ley, que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos».

Como complemento de cuanto antecede, es de señalar que el tratamiento jurisdiccional de la figura no ha sido alterado ni en su aspecto penal ni, sobre todo, por lo que aquí interesa, en el aspecto civil, pues no está comprendida en la Ley, que se dice infringida, de 28 de diciembre de 1978, de «Protección Jurisdiccional de los Derechos de la Persona», en cuyo artículo 1.º, apartado 1, se dice que «el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, *comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley*, gozarán de las garantías jurisdiccionales que en la misma se establecen»; no son todos los llamados derechos fundamentales, sino sólo los comprendidos en ella, que son, específicamente, los señalados en el apartado 2.º del precepto, sin perjuicio de lo establecido en su disposición final, que son los siguientes: «libertades de expresión, reunión, asociación, libertad y secreto de la correspondencia, libertad religiosa y la de residencia, la garantía de la inviolabilidad del domicilio, la protección jurídica frente a las detenciones ilegales y, en general, frente a las sanciones impuestas en materia de orden público»; el artículo 11 (primero de la sección tercera, dedicada a la «garantía jurisdiccional civil») establece, en su apartado 1.º, que «las reclamaciones por vulneración o desconocimiento de los derechos fundamentales de la persona *comprendidas en el ámbito de esta Ley*», añadiendo en el apartado 2.º que «las disposiciones de esta sección serán aplicables, en todo caso, cuando las leyes reguladoras de los derechos fundamentales de la persona, *a que se refiere esta Ley*, establezcan alguna reclamación de orden civil», y la disposición final referida insiste en este ámbito restringido al decir que «dentro de los dos meses desde la entrada en vigor de la Constitución y entre tanto se regula definitivamente el procedimiento judicial de amparo o tutela de *los derechos reconocidos en la misma*, el Gobierno, por Decreto legislativo, previa audiencia del Consejo de Estado, *podrá incorporar* al ámbito de aplicación de esta Ley los nuevos derechos constitucionalmente declarados que sean susceptibles de ella»; en cumplimiento de lo cual se promulgó solamente el Real Decreto de 20 de febrero de 1979 (núm. 342), cuyo artículo único disponía que «quedan incorporados al ámbito de la protección de la Ley de 28 de diciembre de 1978 los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones telefónicas y telegráficas, la libre circulación por el territorio nacional, la entrada y salida de España en los términos legales, la libertad de cátedra y la libertad sindical».

Complementando, a su vez, el referido Real Decreto, se aprobó la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, en cuyo artículo 1.º se reduce el ámbito de su aplicación al «derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo 18 de la Constitución», y dentro del capítulo segundo, dedicado a la «protección civil» de los expresados derechos, el artículo 9 establece que «la tutela judicial *de los derechos a que se refiere la presente Ley* podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53, 2, de la Constitución»; disponiéndose en la disposición transitoria primera que «*en tanto no se promulgue la normativa prevista en*

el artículo 18, 4, de la Constitución, la protección civil del honor y la intimidad personal y familiar se regulará por la presente Ley»; y de su parte, en la disposición transitoria segunda se establece que «en tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo 53, 2, de la Constitución, sobre establecimiento de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, la tutela judicial de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen se podrá recabar, con las peculiaridades que establece esta Ley..., por cualquiera de los procedimientos establecidos en las secciones II y III de la Ley de 28 de diciembre de 1978; referido todo ello a estrictos derechos de la personalidad, a los que no puede equipararse el derecho de autos cuestionado, que el legislador, con toda justeza y acierto jurídico, no equiparó.

Otro tanto sucede con la regulación y aplicación en materia estrictamente constitucional, alegada por el recurso como infringida; en efecto: la disposición transitoria segunda, dos, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979 lo que literalmente determina es que «en tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo 53, 2, de la Constitución, para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales, se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo será la *contencioso-administrativa ordinaria o la configurada en la sección segunda* de la Ley de 28 de diciembre de 1978 sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, a cuyos efectos el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo 53, 2, de la Constitución»; disposición que, contrariamente a cuanto se sostiene en el recurso, lejos de desvirtuar lo hasta aquí expuesto, viene a confirmarlo: en primer lugar, porque la referencia que hace al precepto constitucional debe ponerse en relación con el apartado 1 del mismo, en cuyo segundo inciso se dispone que «sólo por Ley... podrá regularse el ejercicio de tales derechos», lo que significa que habrá que estar a lo que legalmente se establezca justo para ese ejercicio, en la forma que quedó expuesta; en segundo término, porque la única vía de que se habla —con carácter previo al recurso de amparo— es la *contencioso-administrativa*, en las dos variantes de ordinaria y de la configurada en la sección segunda de la Ley de 28 de diciembre de 1978 (también *contencioso-administrativa*), a cuyos efectos única y exclusivamente se extiende el ámbito de la Ley, y en tercer lugar, porque la extensión generalizada, que pretende el recurso, sería contraria a la normativa legal de estos derechos, cuyas posibilidades de ejercicio procedimental no puede ser alterada de la forma indirecta que se intenta.

Tampoco puede considerarse infringida la jurisprudencia recogida en las resoluciones del Tribunal Constitucional que cita el recurso en apoyo de su interpretación, pues las Sentencias de 15 de noviembre de 1982 y 22 de junio de 1983 se refieren las dos a unos recursos de amparo, como consecuencia de sendos procesos *laborales*, partiendo evidentemente de la equiparación de los mismos a la jurisdicción *contencioso-administrativa*, que, como se dijo, está expresamente admitida en el ámbito de las posibilidades legales; el Auto de 5 de mayo de 1982 hace relación a los derechos de igualdad y libertad, respecto de un pleito seguido por un fotógrafo al que una Asociación profesional se negó a admitir como miembro, derechos de los que trae causa, sin duda comprendidos en la enumeración del

apartado 2.º del artículo 1.º de la Ley de 28 de diciembre de 1978, y la Sentencia de 12 de junio de 1984, que se limita a proclamar que «los derechos fundamentales tienen en la Ley de 1978 una triple protección, correspondiendo a la civil el carácter de ordinaria y plena para el conocimiento de las reclamaciones que se formulen respecto de los bienes en los que el autor tenga la condición de particular», donde se proclama un principio general indiscutible, pero que forzosamente tiene que atemperarse a los supuestos concretos que la Ley establece, en la forma y con el procedimiento que en la misma se determine, sin que se haga referencia al supuesto que se examina.

Todo cuanto antecede está poniendo de manifiesto que la fórmula genérica del artículo 20, 1, b), del texto constitucional no fue producto de la imprecisión, sino introducida conscientemente, de la que se mantuvo la única línea lógicamente posible, tanto en cuanto a la configuración del instituto «derecho de autor» como, sobre todo, por lo que respecta al procedimiento jurisdiccional para su ejercicio, que ha quedado intocado, pendiente, como también es lógico, de su estructuración legislativa propia y específica, que no es misión que corresponda al juzgador, limitado por Ley a la interpretación y aplicación del Derecho; y asimismo pone de relieve la falta de fundamento del primer motivo del recurso, que no puede ser acogido, al no justificar debidamente que el procedimiento seguido era el adecuado, lo que impide el examen del segundo, referente al fondo del asunto, y supone la desestimación del recurso en su totalidad, con los preceptivos pronunciamientos del último párrafo del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento, respecto de las costas causadas en este trámite y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

*Voto particular del Magistrado señor Fernández Rodríguez.*—Antonio Fernández Rodríguez, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, habiendo formado parte de la Sala que dictó la sentencia que decidió el recurso de casación número 272/1985, en que fue recurrente don Pablo Serrano Aguilar, y recurridos la entidad «Industrias Turísticas, S. A.», y el Ministerio Fiscal, habiendo disentido de la mayoría que con su voto determinó dicha sentencia, anunciando en el momento de la votación la formulación de voto particular, en forma de sentencia, conforme autoriza el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lamentando discrepar de la opinión de los Magistrados que con su voto dieron origen a la referida mayoría y guardando en todo momento el máximo respeto a esa opinión mayoritaria, que como tal estima objetivamente más adecuada que el criterio estrictamente personal del Magistrado que suscribe, formaliza el anunciado voto particular con base en entender que la sentencia que procedía dictar en casación, en su particular criterio, debería ser la siguiente:

## • SENTENCIA

*Encabezamiento.*—Conforme el Magistrado que suscribe con el encabezamiento de la sentencia con relación a la que formula disenso.

*Antecedentes de hecho.*—También muestra conformidad con los antecedentes de hecho que la referida sentencia de que se disiente contiene.

Ha sido Magistrado que disiente de la sentencia afectada por el presen-

te voto particular el excelentísimo señor don Antonio Fernández Rodríguez.

*Fundamentos de Derecho.—Primero.* Los dos motivos en que se ampara y fundamenta el recurso de casación de que se trata tienen su base impugnadora de la sentencia a que se refiere en un aspecto formal, cual es determinar si es o no adecuado el procedimiento empleado por el demandante, ahora recurrente, don Pablo Serrano Aguilar, en relación con las pretensiones formuladas en la súplica del escrito de demanda iniciadora del debate judicial de que dicho recurso dimana, y en un aspecto material, consistente en determinar si, de merecer solución afirmativa tal cuestión de forma, son o no viables las mencionadas pretensiones de fondo.

*Segundo.* En orden al primer motivo, que el mencionado recurrente don Pablo Serrano Aguilar formuló, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por defecto en el ejercicio de la jurisdicción, a causa de infracción en la sentencia recurrida de los artículos 24, 1, y 53, 2, de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, la disposición transitoria segunda, 2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y el artículo 11, en sus dos números, de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, su estimación surge de tener en cuenta que al prevenir el citado artículo 24, 1, de la Constitución Española que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión», y sancionar el artículo 53, 2, de la misma Constitución, prevalente en el orden jerárquico de las fuentes del Derecho y base primaria y fundamental de todos ellos, que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos, reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, unido a que la disposición transitoria segunda, 2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, establecía que en tanto no se desarrollaran las previsiones del mencionado artículo 53, 2, de la Constitución, para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales había de entenderse vía judicial a la interposición del recurso de amparo constitucional la contencioso-administrativa o la configurada en la sección segunda de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, a cuyos efectos el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo 53, 2, de la Constitución, entre cuyos derechos, en opinión del Magistrado que suscribe, ha de entenderse, de hecho y jurídicamente, los que en el orden moral correspondan al autor de una obra artística, como la que es objeto de controversia, en cuanto a alteración o disgregación de sus elementos, almacenándolos, cual ha sucedido en el presente caso, afecta indudablemente a la producción y creación artística, cuyo reconocimiento y protección proclama el epígrafe b) del apartado 1 del artículo 20 de la invocada Constitución Española, y relacionado todo ello con el contenido del artículo 11, en sus apartados 1 y 2, de la precitada Ley 62/1978, de 26 de

diciembre, disponga que la garantía jurisdiccional que la misma acoge mediante el procedimiento que establece en su sección segunda, procede para «las reclamaciones por vulneración o desconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, comprendidos en el ámbito de dicha Ley, o para impugnar pretensiones relativas a la misma», y que las disposiciones de dicha sección «serán aplicables en todo caso cuando las leyes reguladoras de los derechos fundamentales de la persona a que se refiere la precitada Ley establezcan alguna reclamación de orden civil», claramente está poniendo de manifiesto que, en tanto no se dicte una específica normativa procedimental que desarrolle la protección civil de los derechos que reconoce la sección primera del capítulo segundo de la mencionada Constitución Española sea de procedente aplicación, en criterio del Magistrado que suscribe: la invocada prevenida en la indicada Ley 62/1978, de 26 de diciembre, al que expresamente se remite la referida disposición transitoria segunda, 2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, aplicable, en consecuencia, al supuesto ahora enjuiciado, y al que correcta y adecuadamente acudió el demandante, ahora recurrente, don Pablo Serrano Aguilar, desde el momento que, en opinión del Magistrado que suscribe, según viene dicho, el reconocimiento y protección del derecho a la producción y creación artística que, por proyección de propiedad residual, amparan en el orden moral al autor para impedir que su obra sea alterada, disgregada en sus elementos, para su almacenamiento, es de estimarlo comprendido entre los derechos fundamentales, concretamente el de producción y creación artística, reconocido en el mencionado epígrafe b) del apartado 1 del artículo 20 de la Constitución Española, incardinado en su sección primera del capítulo segundo, a que se remite el aludido artículo 53, 2, del mismo ordenamiento constitucional, cuya protección con base en el expresado procedimiento fijado en la tan citada sección segunda de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sanciona la disposición transitoria segunda, 2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, como explícito reconocimiento de la vinculación inmediata de lo que emana de la propia Constitución, determinante de que no necesita una *interpositio legislatorum*, es decir, una intención del legislador ordinario, para que sus normas puedan y deban ser aplicadas, ya que condicionar la «protección» de un derecho subjetivo es condicionar indebidamente el *agere licere* del propio derecho, y mayormente en cuanto afecta a derechos fundamentales, como son los reconocidos en la tantas veces mencionada sección primera del capítulo segundo de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, y que, como previene el artículo 10, 1, de la misma, tienen consideración de derechos subjetivos axiológicamente primarios en nuestro ordenamiento, dado que, según doctrina del Tribunal Constitucional, que se alude en el motivo de casación que se examina, cuando se produce una perturbación de un derecho fundamental, «hay un derecho del ciudadano a esta protección prevista por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre», de tal manera que si ejercitándose una pretensión cualificada por la indicada fundamentación se niega el proceso, se está privando al que acciona de garantías jurisdiccionales de derechos y libertades fundamentales, y no podría decirse que la garantía jurisdiccional se respeta cuando negado el proceso específico se remite al interesado a otro tipo procesal, porque constituye una violación de las

garantías de que la Constitución y la Ley ha dotado a los derechos y libertades fundamentales.

*Tercero.* En cuanto al segundo motivo, que el recurrente don Pablo Serrano Aguilar fundamenta, al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate, que dicho recurrente especifica en infracción del artículo 20, 1, *b)*, de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (y, alternativamente, al art 18, 1, de la misma en cuanto al honor y reputación artísticos), al negar la sentencia recurrida su aplicación al caso, la cual procede con arreglo a la disposición transitoria segunda, 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979 y jurisprudencia constitucional de que se hace cita, es también de llegar a solución estimatoria porque no negado, sino, por el contrario, implícitamente reconocido en la sentencia recurrida, en cuanto que lo hace presupuesto de la decisión que da a las pretensiones formuladas en el escrito de demanda iniciador del juicio de que este recurso **dimana, que don Pablo Serrano Aguilar**, escultor de reconocido prestigio nacional e internacional, construyó la obra escultórica denominada «Viaje a la luna en el fondo del mar», adquirida por la entidad demandada, «Industrias Turísticas, S. A.», para su ubicación en el hotel «Tres Carabelas», de su propiedad, sito en Torremolinos (Málaga), cuya obra, con posterioridad a su instalación, procedió la referida entidad adquirente a retirarla, desmontarla y desgazarla para su almacenamiento en una dependencia reservada de dicho hotel, conduce al reconocimiento de vulneración con ese comportamiento del derecho a la creación artística, que específicamente reconoce el epígrafe *b)* del apartado 1 del artículo 20 de la Constitución Española, que viene a ser una concreta y singular aplicación del derecho de libre expresión y difusión de la libertad de pensamientos e ideas mediante la reproducción que proclama el epígrafe *a)* del mismo apartado del referido precepto constitucional, y que, en definitiva, es proyección del artículo 27, 2, de la Declaración de Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución de 10 de diciembre de 1948, Convenio de Berna para la Unión Internacional para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas celebrado el 9 de septiembre de 1886, con algunas modificaciones llevadas a cabo en la Conferencia de Berlín de 13 de noviembre de 1908, con posterior revisión en Bruselas el 26 de junio de 1948, así como del Convenio Universal de Ginebra sobre el Derecho del Autor celebrado el 6 de septiembre de 1952, con las correspondientes ratificaciones por España, en tendencia no sólo a reconocer y proteger el derecho de libertad respecto a toda injerencia en el proceso intelectual que concluye en una objetivación literaria, artística, científica o técnica y en la difusión de ésta, sino constitucionalizando el núcleo esencial del derecho del autor a la protección de sus intereses morales y materiales, que incluso tiene reflejo y manifestación interpretado de acuerdo con la Constitución Española, pues al prevenir que el autor de una obra literaria, científica y artística tiene derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad está proclamando, según tiene ya declarado esta Sala en Sentencia de 14 de octubre de 1983, que el derecho del autor se halla integrado, entre otros, por la facultad de disfrute o explotación

económica, que le legitima para la obtención de las utilidades pecuniarias que la obra produce y la facultad de difusión, en ejercicio de la cual corresponde al autor decidir sobre la publicación y sus circunstancias, configurador de los elementos personal y patrimonial emanantes del doble derecho que indudablemente integra el que tiene el autor en relación con la obra realizada, y cuyo elemento personal, al estar formado por lo que suele llamarse derecho moral del autor, se trata de un derecho sin contenido económico o patrimonial, cuyo propósito no es otro que salvaguardar derechos tan básicos para la personalidad del autor como es su propia paternidad de la obra, de suerte que no sea desconocida, y defender su integridad contra informaciones o atentados que la desfiguren, causando agravio o perjuicio al buen nombre y crédito de su autor, impidiendo, en consecuencia, deformaciones o atentados espirituales dañosos, con asignación de caracteres de derecho absoluto, no evaluable en dinero, inalienable, intransmisible e imprescriptible, inherente a la circunstancia de que parificado con el derecho de dominio de la obra realizada, derivada de transmisión a un tercero por su autor, se mantenga un dominio residual de éste que le faculte en todo momento para que la obra no resulte alterada, desvirtuada, deformada, mutilada o con cualquier otra modificación que fuera perjudicial al honor o reputación del autor, creador de una posibilidad reivindicadora de su paternidad de la obra con el exclusivo fin del ejercicio de oponerse a que tales situaciones se produzcan como lógica consecuencia del vínculo permanente que entre el autor y la obra ha quedado establecido en la manifestación material de una concepción revelada por el intelecto, que es precisamente lo pretendido por el demandante, ahora recurrente, don Pablo Serrano Aguilar, mediante lo solicitado en los pedimentos primero y segundo y epígrafe a) del tercero, formulados en la súplica del escrito de demanda inicial, ante la anómala circunstancia de que la entidad demandada, ahora recurrida, «Industrias Turísticas, S. A.», sin consentimiento del citado autor de la obra, hubiese procedido a desvirtuarla, desguazándola mediante la descomposición de todos sus elementos, que pasaron a ser almacenados en una dependencia del hotel «Tres Carabelas», sito en Torremolinos (Málaga), en que, en principio, había sido instalada, dado que con esa descomposición de los elementos integradores de la obra se crea un evidente desprecio de ésta en la unidad en que fue configurada, con el consiguiente perjuicio moral que ello representa y el menosprecio que significa para su autor, que por la leñidad de dicha entidad adquirente ve desvirtuada su labor intelectual o artística proyectada a la obra realizada.

*Cuarto.* A lo precedentemente expuesto en nada obsta, en contra de lo apreciado por la Sala sentenciadora de instancia, el hecho de que el desmontaje, desintegración y almacenamiento de los elementos que integraban la mencionada obra escultórica nominada «Viaje a la luna en el fondo del mar», objeto de controversia, hubiese sido llevado a cabo con anterioridad a la promulgación de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, con sometimiento a debate y decisión judicial denegatoria de las pretensiones del tan aludido autor de la obra, también con antelación a la vigencia de tal ordenamiento jurídico constitucional, dado que esas circunstancias procedimentales ni pueden conducir a situación jurídico-procesal de cosa juzgada, ni creación de nódulo extintivo del derecho del

autor de la obra a que ésta sea respetada en su aspecto unitario, y no disgregador de sus distintos elementos por su almacenamiento, privando de efectividad unitaria al desarrollo material de lo mentalmente imaginado y proyectado por el autor, puesto que reconocido, al no ser negado en la sentencia recurrida, que por el contrario parte del supuesto de supervivencia, que el desmontaje y disgregación de los elementos que formaban unitariamente la obra en cuestión, con almacenamiento de aquéllos, tanto quiere decir que la situación que agravia los legítimos derechos del autor, derivados de su propiedad residual compatible con la del adquirente de la obra tan citada, persiste con posterioridad al derecho fundamental innovado por la referida Constitución Española, con la lógica consecuencia de que los efectos emanantes de tal comportamiento de la entidad demandada, «Industrias Turísticas, S. A.», sean hasta ahora duraderos y, por tanto, no se encuentren agotados tales efectos de proyección al perjuicio moral que con ello se causa al artista autor de la obra tan aludida, con la consiguiente consecuencia lesiva que ello comporta al derecho fundamental reconocido en el precitado epígrafe b) del apartado 1 del artículo 20 de la Constitución Española, por vulneración del respeto que merece la reputación artística; de una parte, debido a que si la cosa juzgada requiere, entre otros requisitos, la existencia de una misma causa o razón de pedir (*causa petendi*), en manera alguna puede apreciarse en el caso, cual el ahora examinado, en que la pretensión producida en el posterior juicio provenga del reconocimiento que establece una normativa dada con posterioridad al planteamiento y decisión del anterior debate judicial planteado, dado que lógica y jurídicamente no puede apreciarse identidad causal con base en lo que todavía no había sido reconocido por la correspondiente norma jurídica; y, de otra parte, a causa de que si, según previene la disposición transitoria segunda, apartado 1.º, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los plazos para el ejercicio de las acciones ante el mismo comenzaron a contarse desde el día de la constitución del Tribunal «cuando las leyes, disposiciones, resoluciones o actos que originen el recurso o conflicto fueran anteriores a aquella fecha y no hubieran agotado sus efectos», lo mismo significa no simplemente una norma directa encaminada a cómputo de plazos, sino también, indirectamente, la presuposición de que el Tribunal Constitucional puede enjuiciar disposiciones, resoluciones y actos anteriores a su constitución con tal de que no hayan agotado sus efectos, y, en consecuencia, que pueda entender de estos casos y aplicar a ellos la Constitución, y, en general, el bloque de la constitucionalidad, con base en la falta de agotamiento de efectos, que ciertamente hay que tomar en consideración tanto para la vía del amparo constitucional como para la de protección jurisdiccional o amparo judicial de los mismos derechos en la esfera civil, y así se deduce de doctrina dimanante del Tribunal Constitucional, de que se hace mención en el desarrollo del motivo que se examina en el presente fundamento, que sentando un uniforme y coordinado criterio constitucional, bien considerando alcance retroactivo a la Constitución Española, o ya apreciando con más precisión técnica, no una manifestación de retroactividad, sí que la expresión de eficacia directa y apreciabilidad inmediata de las normas constitucionales, proclaman que en el caso, ahora dado, de Ley preconstitucional no comprensiva de derechos que reconoce la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, ésta no solamente los deroga —como «Ley posterior»—,

sino que los hace sobrevenidamente inválidos —como «Ley superior»—, con el alcance de que la nueva normativa constitucional pueda producir efectos en situaciones que, aun surgidas con anterioridad a la Norma fundamental, produzcan efectos con posterioridad a su entrada en vigor, a causa de que precisamente la superioridad o supremacía absoluta de la Constitución permite extender su aplicación a la regulación de tales situaciones, especialmente en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, siempre que, naturalmente, dichas situaciones no hayan agotado sus efectos con anterioridad a la promulgación de la Constitución, y mayormente en cuanto que en el aspecto de reconocimiento de protección y derechos a la producción y creación artística que innova la Constitución consagrando como derecho fundamental el núcleo esencial del derecho de autor, con proyección al aspecto moral, hace desaparecer la «base legal» con que contó la sentencia dictada al respecto con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Constitución denegando la protección del derecho de autor, vitalizando después de la promulgación de aquella Norma fundamental, a la que han de adaptarse todas las disposiciones legales, lesión indirecta en los derechos del demandante, ahora recurrente, don Pablo Serrano Aguilar, al persistir los efectos no agotados de una situación cuyo origen es preconstitucional, cuales son los derivados de la persistencia de la descomposición por la demandada, ahora recurrida, adquirente de la obra, «Industrias Turísticas, S. A.», propietario del *corpus medianicum*, eliminando, como ejemplar único que es, la única base material y servible que incorporaba el *corpus mysticum* o idea artística de su autor, el demandante, ahora recurrente, don Pablo Serrano Aguilar, que éste tiende a eliminar por el medio, que es de acoger, de obtener la declaración judicial de que «Industrias Turísticas, S. A.», vulneró y desconoció el derecho fundamental a la producción y creación artística que le reconoce el artículo 20, 1, b), de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, y que dicha vulneración es ilícita e inválida en Derecho, con el consiguiente reconocimiento del derecho fundamental a la producción y creación artística que le viene atribuible de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado con arreglo al precitado artículo 20, 1, b), de dicha Constitución, dentro del cual rectamente hay que entender quedan comprendidos los derechos moral y patrimonial del autor que le corresponde, y la consecuencia de restablecer al mencionado don Pablo Serrano Aguilar en la integridad de su derecho fundamental lesionado, conducente a la condena a la expresada entidad «Industrias Turísticas, Sociedad Anónima», a poner a disposición de don Pablo Serrano Aguilar los materiales que se utilizaron en su día para la obra «Viaje a la luna en el fondo del mar», a fin de que dicho autor pueda decidir libremente sobre la posible reconstrucción de dicha obra de arte, y así procede declararlo, previa casación en tal sentido de la sentencia recurrida; y todo ello, claro está, en virtud de ejercicio de actividad derivada de la propiedad residual correspondiente al mencionado autor de la obra de que se trata, pero con pleno respeto al derecho de propiedad, derivado de adquisición por la tantas veces mencionada «Industrias Turísticas, S. A.», dado que, como ya expresamente reconoce el recurrente en el antepenúltimo párrafo, *in fine*, del segundo de los motivos en que se ampara el recurso determinante de esta sentencia, la recomposición de la obra artística, incluida en el derecho del autor, como contenido esencial del mismo, es

del todo independiente del problema ulterior de la titularidad dominical del *corpus mechanicum*, o sea, de la obra material, resultante de la descomposición de la misma, que de producirse discrepancia en cuanto a quién corresponda o a las consecuencias económicas que la reconstrucción pueda originar en sus diversos aspectos, no tiene su cauce adecuado en el presente procedimiento, al venir limitada y contraída su naturaleza a la mera protección del derecho fundamental del autor que se somete a protección y amparo judicial

*Quinto.* La acogida de los dos motivos en que se ampara el recurso, y que conducen a la estimación de éste en los términos expresados, llevan también a la estimación, en los términos y con la limitación que se dirá, de la pretensión solicitada en el epígrafe *b)* del pedimento tercero de la súplica del escrito de defensa iniciadora del juicio de que emana la sentencia objeto del presente recurso, encaminado a que se indemnice a don Pablo Serrano Aguilar, en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, de cuantos daños y perjuicios, morales y patrimoniales, se le hubieren irrogado por la vulneración del derecho fundamental a la producción y creación artística desde el 29 de diciembre de 1978, fecha en que comenzó la violación del derecho fundamental del mencionado don Pablo Serrano Aguilar, con el compromiso por éste de destinar el importe de la indemnización a la finalidad expuesta en el cuerpo del referido escrito de demanda (fundamento de Derecho XIV de la demanda), poniendo a disposición de la directiva del Círculo de Bellas Artes de Madrid la cantidad íntegra que se fijase judicialmente como indemnización, con la carga que se destine a la concesión de becas, ayudas y subvenciones para el estudio de la protección jurídica de los intereses morales y patrimoniales de los artistas plásticos en el Derecho español, a cuyo efecto la cuantía a señalar a dichos alegados perjuicios es de cifrarlos en período de ejecución de sentencia con base exclusivamente en el importe que, objetivamente, suponga la reconstrucción de la obra de que se trata, nominada «Viaje a la luna en el fondo del mar», pues es el real perjuicio que, en esencia y en definitiva, se produce al precitado demandante, ahora recurrente, don Pablo Serrano Aguilar, porque si ciertamente el daño moral puede ser generante de indemnización pecunaria, es sobre la ineludible base de que el daño provenga en su causa del acto culposo de un tercero que produzca una consecuencia con alcance efectivo de matiz valuable económicamente, pero no sobre la base, ahora producida, de que lo en esencia y en definitiva pretendido por el precitado don Pablo Serrano Aguilar sea la reconstrucción de su obra nominada «Viaje a la luna en el fondo del mar», cuyo daño moral, derivado de la actuación en ella, conduce a esa reconstrucción, queda adecuadamente satisfecha con el reconocimiento a efectuarlo, por la transcendencia que supone y revela la decisión judicial en tal sentido, y más en cuanto que, de una parte, es el propio autor demandante, ahora recurrente, el que, en su expresada petición inserta en el epígrafe *b)* del pedimento 3.º de la invocada súplica del escrito de demanda inicial, expresamente proclama, en laudable muestra de ultraísmo, que lo que está persiguiendo con dicha demanda no es el más mínimo afán de lucro personal, sino, a través de la protección de su derecho personal, el amparo en dimensión objetiva de los derechos de todos los artistas; y, de otra parte, debido a no acreditarse, ni tan

siquiera ser puesto de manifiesto en el desarrollo y fundamentación de los indicados motivos en que se apoya el recurso de casación examinado, que el hecho determinante del procedimiento de que emana hubiese repercutido, en modo alguno, en la fama y prestigio nacional e internacional del referido autor de dicha obra, ni, por tanto, que hubiese generado para él más perjuicios patrimoniales, derivados del daño moral producido, que el que pueda provenir, objetivamente, de la reconstrucción que en su caso pueda realizar en la obra sometida a controversia en el debate jurídico que ha dado lugar al presente recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey, y por la autoridad conferida por el pueblo español, el Magistrado que disiente de la Sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, con fecha 9 de diciembre de 1985, en el recurso de casación número 272/1985, es del parecer que debía contener el siguiente:

*Fallo.*—Estimando el recurso de casación, por acogida de los dos motivos en que se ampara, interpuesto por don Pablo Serrano Aguilar contra la sentencia dictada, con fecha 16 de enero de 1985, por la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, en las actuaciones de que se trata, y en consecuencia revocando la Sentencia pronunciada en 22 de mayo de 1984, por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Madrid en el juicio de que dicho recurso dimanaba, estimando en los términos que se dirá la demanda formulada por el mencionado don Pablo Serrano Aguilar contra «Industrias Turísticas, S. A.», y desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción, por pretendida inadecuación del procedimiento, alegado por dicha entidad demandada, procede declarar: 1.º, que «Industrias Turísticas S. A.», ha vulnerado y desconocido el derecho fundamental a la producción y creación artística que al mencionado demandante don Pablo Serrano Aguilar reconoce el artículo 20, 1, b), de la Constitución y que dicha vulneración es ilícita e inválida en Derecho; 2.º, que es de reconocer el derecho fundamental a la producción y creación artística del referido don Pablo Serrano Aguilar de conformidad con el contenido constitucionalmente declarado con arreglo al artículo 20, 1, b), de la Constitución, dentro del cual quedan comprendidos los derechos moral y patrimonial del autor que corresponden al tan citado don Pablo Serrano Aguilar, y 3.º, que es de restablecer al precitado don Pablo Serrano Aguilar en la integridad de su derecho fundamental lesionado, condenando a «Industrias Turísticas, S. A.»: a) A poner a disposición de don Pablo Serrano Aguilar los materiales que se utilizaron en su día para la obra «Viaje a la luna en el fondo del mar», a fin de que aquél pueda decidir libremente sobre la posible reconstrucción de dicha obra de arte. Y b) A indemnizar a don Pablo Serrano Aguilar en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, de cuantos daños y perjuicios, morales y patrimoniales, se le hubieren irrogado por la vulneración de su derecho fundamental a la producción y creación artística desde el 29 de diciembre de 1978, fecha en que comenzó la violación del derecho fundamental del precitado don Pablo Serrano Aguilar, y cuyos perjuicios serán fijados con base exclusivamente en el importe que, objetivamente, suponga la reconstrucción de la obra de que se trata nominada «Viaje a la luna desde el fondo del mar», y con el compromiso, asumido por el tan

citado don Pablo Serrano Aguilar a destinar el importe de la indemnización a la finalidad expuesta en el cuerpo del escrito de demanda (iniciadora del juicio de que este recurso dimana; fundamento de Derecho XIV de la demanda), poniendo a disposición de la Directiva del Círculo de Bellas Artes de Madrid la cantidad íntegra que se fije judicialmente como indemnización con la carga de que se destine a la concesión de becas, ayudas y subvenciones para el estudio de la protección jurídica de los intereses morales y patrimoniales de los artistas plásticos en el Derecho español; sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en primera y segunda instancia, y debiendo satisfacer cada parte las suyas producidas en el recurso de casación, y con devolución al recurrente don Pablo Serrano Aguilar del depósito constituido.

RICARDO DE ANGEL

**ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA DOCUMENTAL: SE APRECIA SU EXISTENCIA. DOCTRINA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1986).**

*Hechos.*—Se desprenden del texto de la sentencia que a continuación se reproduce.

El Juzgado desestimó la demanda al estimar la excepción del litisconsorcio pasivo necesario propuesta por la demandada «Cedisa». La Audiencia desestimó la excepción y entrando a conocer el fondo del asunto desestimó la demanda.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, en razón a la doctrina que se reproduce. Ponente: don Matías Malpica y González-Elipe.

*Doctrina de la Sala.*—El presente recurso de casación se contrae a impugnar la sentencia de la Sala de segunda instancia, en la que, en definitiva, se declara no haber lugar a la demanda en que se reclama el pago de 1.350.000 pesetas, cuyo crédito figura contratado en tres letras de cambio, en las que aparece la Sociedad demandante como tomadora-tenedora con cláusula «valor en cuenta», y en cuyos instrumentos cambiarios la libradora es la Entidad mercantil «V», y librado-aceptante, don Juan G. P. si bien la acción personal que se esgrime en la demanda no es de naturaleza cambiaria, según reiteradamente se expresa en los escritos de la parte actora, sino que va dirigida contra «C», en virtud de la asunción de deuda que esta Sociedad hizo en virtud de ciertos negocios jurídicos cuya documentación sirve procesalmente para el recurso de casación presente.

Por mayor precisión sistemática, se analizará, en primer lugar, el segundo motivo, que al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error de Derecho en la apreciación de la prueba documental con infracción de los artículos 1.218 y 1.225 del Código Civil, y a tal fin señala como documentos obrantes en autos que no han sido tenidos en cuenta por la Sala: a) La escritura de constitución de hipoteca de 1 de agosto de 1974, otorgada en nombre de «Centros Educativos I., S. A.», ante el Notario de ..., a favor de «V», en cuyo exponendo II se reconoce una deuda de 189 350.838 pesetas, de cuyo total importe

se hace cargo la Sociedad que garantiza con la constitución de hipoteca y cuya escritura, con eficacia en estos autos, al menos en lo que atañe al reconocimiento y asunción de deuda, está formalizada en nombre de «C» por el Consejero-Delegado designado en la propia escritura de constitución societaria por todos los socios reunidos con carácter de Junta Universal de Accionistas y con las plenas facultades del Consejo de Administración, entre ellas gravar y vender inmuebles (art. 15 Estatutos).

b) Documento privado de compraventa de las acciones de «Centros Educativos I., S. A.», de fecha 5 de agosto de 1975, suscrito por doña María Concepción M. L. en su propio nombre y en el de su esposo don Juan G. P., titulares de dichas acciones, a favor de «PGISA», en cuya estipulación segunda se pacta el precio de la totalidad de las acciones y su forma de pago, haciéndose cargo la compradora del total pasivo de la Sociedad cuyas acciones adquiría en compra. c) La carta remitida por conducto notarial de fecha 17 de enero de 1976 en que se ratifica la compra de la referencia precedente y a la que se acompaña relación del pasivo comprobado y documentado debidamente en cuya relación figura como acreedora la Sociedad demandante y hoy recurrente. Pues bien, los citados documentos obrantes en autos, públicos el primero y el último y el segundo de carácter privado, pero con la eficacia que le confiere el haber sido incorporados al protocolo notarial con motivo del curso con fe notarial de la carta de 17 de enero de 1976, es evidente que no han sido tenidos en cuenta por la Sala *a quo* al estimar que «está ausente un pacto especial de cesión en favor de la tomadora», «de no mediar un pacto especial de cesión del crédito del librador contra el librado en favor del tomador y de los sucesivos endosatarios»; y comoquiera que de los señalados documentos resulta que la deuda aquí reclamada de 1.350.000 pesetas, instrumentada en principio por tres letras de cambio de 450.000 pesetas cada una, cuya obligación cambiaria de pago ante la tomadora-tenedora, hoy recurrente, vinculaba directamente a don Juan G. P. como librado-aceptante y a «V» en vía eventual de regreso como libradora, es lo cierto que de los negocios jurídicos constatados en la documentación reseñada, en forma absolutamente coincidente, sin precisar de interpretación o valoración específica de sus cláusulas o estipulaciones, se viene en perfecto y claro conocimiento que la Sociedad «C», demandada, constituida en forma casi exclusiva —69.960.000 pesetas de los 70.000.000 a que asciende el capital social— por don Juan G. P., librado-aceptante de las cambiales antes mencionadas, al asumir las deudas personales de don Juan, entre ellas concretamente las de las letras de la que es tomadora la Sociedad actora, otorgó escritura de hipoteca sobre las fincas que a tal fin reseñaba, que eran las mismas que el señor G. P. aportó al patrimonio de la Sociedad «C», creada en el mismo día 1 de agosto, de 1974, todo ello en cumplimiento del pacto establecido entre la libradora de las letras de cambio «V» y el librado-aceptante señor G. P. el 22 de junio de 1974; asunción de deuda y obligación de pago de ese crédito a favor de la actora, como de otros contraídos a favor de extraños por don Juan G. P. y «C» que se reitera en documentos coincidentes a tales fines, como es el de la adquisición de las acciones de «C» por «PGISA» de 5 de agosto de 1975, y en la carta de 17 de enero de 1976 de ratificación de dicho contrato y comprobación y justificación del pasivo de la Sociedad «C». De todo lo cual, ciertamente, se infiere que la valoración jurídica y su eficacia consiguien-

te, a tenor de los artículos 1.218 y 1.225 del Código Civil, de los documentos obrantes en autos, señalados por la recurrente, no ha sido debidamente apreciado por la Sala *a quo*, lo que da lugar a la estimación del motivo, pues, obviamente, las declaraciones y obligaciones contraídas en los negocios jurídicos constatados en tales documentos hacen prueba contra los contratantes y declarantes que en ellos intervienen, lo que comporta la violación de los preceptos invocados y el error de Derecho que se acusa en la apreciación de la prueba.

El sexto motivo, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción de doctrina legal, concretamente, violación por inaplicación del principio de Derecho, sancionado por la jurisprudencia, cuyas sentencias a tal propósito invoca, de que «nadie debe enriquecerse injustamente a costa de otro». En efecto, la libradora «V» de las tres cambiales constantes del crédito a favor de la hoy recurrente, obtuvo un reconocimiento de la deuda, directamente contraída por el librado-aceptante, por la Sociedad constituida por él mayoritariamente como accionista de «C», en sendos documentos que siguen una misma trayectoria jurídica y con idéntica finalidad económica, cual es la de satisfacer las deudas contraídas por don Juan G. P. y por «C», a consecuencia de la construcción —con las asistencias financieras anejas correspondientes— del complejo docente conocido por la denominación «I», con radicación en la localidad del mismo nombre en la provincia de , denominación que está inserta en la razón social de la Entidad anónima constituida muy mayoritariamente por el señor G. P., según se dijo, y a la que éste aportó todo el acervo inmobiliario de su propiedad sobre el que quedó instalado el centro de enseñanza de referencia, con lo que, por contraprestación paralela, tuvo que asumir la deuda contraída individualmente por el socio fundador, hasta el punto de contraer el compromiso de constituir garantía hipotecaria sobre ese mismo complejo inmobiliario, a favor de los tomadores y endosatarios de las letras de cambio que habían sido libradas como instrumentos idóneos para la efectividad del pago fraccionado y diferido de los gastos de construcción del complejo dedicado a la enseñanza; circunstancias éstas que constituyendo de por sí una útil medida para pagar a los acreedores, al no estar éstos formando parte del elemento personal o contratante de esos negocios de reconocimiento de deuda y asunción de la responsabilidad de su pago, ciertamente que se venía produciendo en cuanto a la hoy recurrente un empobrecimiento patrimonial en la misma medida que «C», beneficiaria y titular del centro de enseñanza, obtenía a su favor el correspondiente y paralelo lucro o enriquecimiento al no satisfacer la deuda asumida en forma concreta y específica, dándose la figura que reconocida por la jurisprudencia y la doctrina se denomina enriquecimiento torticero. Por lo que es de prosperar el sexto motivo del recurso.

RICARDO DE ANGEL.

**OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA: FECHA A LA QUE HA DE ESTARSE A EFECTOS DE LA DETERMINACION DEL CAMBIO DE ESA MONEDA (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1985).**

*Hechos.*—Resultan sin necesidad de más explicación de la doctrina de la Sala que a seguido se reproduce. Ponente: don Cecilio Serena Velloso.

*Doctrina de la Sala.*—No planteándose la cuestión desde el aspecto de la congruencia o incongruencia entre lo pedido en la demanda, que constantemente se refiere a la equivalencia en el momento en que se formula (en su fecha del 18 de julio de 1980), y lo resuelto en el fallo, sino atendiendo a la procedencia de lo pronunciado sobre el cambio que ha de regir la conversión de marcos a pesetas y el pago subsiguiente, ha de atenderse a lo que dispone el primero de los párrafos del artículo 1.170 del Código Civil, a tenor del cual las deudas de dinero deberán pagarse en la especie pactada, en el caso marcos alemanes, siquiera aceptándose por la entidad acreedora la imposibilidad de pagar en tal especie y haber de hacerse el pago en la moneda española, en definitiva, deba tener lugar en pesetas; advirtiéndose a este respecto de la conversión de marcos en pesetas que éstas sustituyen a aquéllos y, por tanto, a fin de que el acreedor reciba a través del pago el contenido íntegro de la obligación conforme a los artículos 1.157 y 1.166 del Código Civil, que consagran el principio del pago total y de la imposibilidad de sustituir o alterar la prestación convenida, es acertado el criterio del juzgador de instancia de fijar «la cotización del marco el día en que se proceda efectivamente a su pago en pesetas» como la determinante de la conversión; solución preferible a la de atender al cambio del día del emplazamiento del demandado patrocinada de algún modo por la Sentencia de 3 de julio de 1936 y utilizada por la segunda sentencia de 23 de diciembre de 1954, si bien las de 3 de octubre y nueve de noviembre de 1957 optan ya por el del día del pago, que es el más apropiado al caso que se enjuicia en que la renuencia al pago no ha de proporcionar ventaja alguna al deudor.

RICARDO DE ANGEL

**RECURSO DE CASACION DESPUES DE LA REFORMA DE 6 DE AGOSTO DE 1984: NO ES UNA TERCERA INSTANCIA (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1985).**

*Doctrina de la Sala.*—Siendo ponente don Rafael Pérez Gimeno, la sentencia dice:

Aunque es cierto, como se ha dicho con reiteración, que la Ley de Reforma de la de Enjuiciamiento Civil de 6 de agosto de 1984 flexibilizó el rigorismo formal de la normativa anterior, entre otros particulares, prescindiendo de la categoría del documento auténtico, no por ello convirtió la casación en una tercera instancia en la que este Tribunal pueda libremente examinar y valorar todos los elementos de convicción traídos al proceso, pues sus potestades en esta materia, cuando se invoca el error en la apreciación de la prueba al amparo del número cuarto del artículo 1.692, quedan circunscritas a decidir si los documentos en que se

apoya tal error, bien porque no existan otras pruebas que se le opongan, bien porque existiendo carezcan de fuerza para desvirtuar su contenido, demuestra la equivocación del juzgador, lo que equivale a decir que cuando, además de los alegados documentos existen otros medios probatorios que han concurrido a formar la convicción del órgano jurisdiccional respecto a la certeza de determinados hechos trascendentes en la litis, la impugnación de tal valoración probatoria, atendiendo únicamente a los referidos documentos, está condenada al fracaso.

RICARDO DE ANGEL

**CONDICION IMPOSIBLE. ANULA LA OBLIGACION** (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1985).

*Hechos.*—La compradora de un terreno demandó la declaración de nulidad del contrato y la restitución de la parte de precio que ya había satisfecho, basándose en que en el documento privado de venta se aludía a unas circunstancias urbanísticas de la finca que habían sido certificadas por el Ayuntamiento correspondiente, entre ellas la concesión por el mismo de una licencia de obras para la construcción de naves industriales.

El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda, declarando la nulidad de las obligaciones establecidas en el contrato en cuestión, con fundamento, esencialmente, en la existencia de la condición suspensiva jurídicamente imposible consistente en la concesión de licencia por el Ayuntamiento, conforme al artículo 84 del Texto Refundido de la vigente Ley del Suelo, por no estar aprobado definitivamente el Plan Parcial correspondiente a la zona de ubicación de la finca.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Matías Malpica y González-Elípe.

*Doctrina de la Sala.*—El recurso de casación, basado en tres motivos, ha de ser examinado empezando por el último, por razones de sistemática procesal, en atención a que se trata con ello de sentar los hechos en torno a los que giran los alegatos de la parte recurrente de naturaleza jurídica. Así, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Adjetiva Civil, se denuncia el error de Derecho en la apreciación de las pruebas, con infracción de los artículos 1.218 del Código Civil (documentos públicos) y 1.253 (prueba de presunciones). Pues bien, aunque el motivo está formalizado *ad cautelam*, requiere su estudio prioritario porque, como se ha dicho, en él se proyecta al debate puramente jurídico de los otros dos motivos; un hecho probado, que si se mantiene, ha de servir de norte en la resolución del tema controvertido. En efecto, se dice que la certificación de la Comisión Provincial de Urbanismo de 15 de mayo de 1979 no puede hacer prueba, conforme al artículo 1.218, más que del hecho que motiva su otorgamiento, en definitiva, «que en la fecha de la misma no estaba aprobado el Plan Parcial de , pero no prueba nada más». De aquí, sin embargo, no aparece que haya incidido la Sala de Instancia (y el Juzgado) en error de Derecho, porque el Juzgado en el cuarto considerando extrae la consecuencia legal de la imposibilidad de concesión de licencia de obras del artículo 84 de la Ley del Suelo, en vista de que no había sido aprobado definitivamente el Plan Parcial referido, según la certificación

de la Comisión Provincial de Urbanismo obrante al folio 11. La circunstancia de que el mismo criterio jurídico se contenga en la certificación aludida —expresión del hecho de que el Plan Parcial fue devuelto sin aprobación definitiva por falta de documentación ya en 11 de junio de 1975, no es sino a título de información de no poderse conceder licencias de obras mayores; información a la que venía obligado el órgano administrativo por el artículo 213, 2, de la Ley del Suelo vigente en la fecha de expedición de la certificación, que, como se ha hecho constar anteriormente, es de 15 de mayo de 1979. Luego el órgano judicial extrae por sí mismo las consecuencias jurídicas, que en este caso coinciden con la obligada información de la Comisión Provincial de Urbanismo, y ello quiere decir que queda bien sentado el hecho de que el Plan Parcial de Ordenación —, donde radica la finca de autos, carece de la aprobación definitiva, que precisamente ha de otorgarle tal órgano administrativo por disposición del artículo 35, 1, d), del Texto Articulado de la Ley del Suelo, a cuyo hecho probado, reconocido por la parte recurrente, queda limitada la esfera de influencia en este proceso civil de la certificación administrativa, sin que, por tanto, se haya excedido la Sala *a quo*, ni el Juzgado de Primera Instancia, en obtener del mismo documento otros efectos, ni que, obviamente, para su interpretación ni valoración, haya tenido que hacer uso de ninguna presunción, pues el hecho probado está ahí y su proyección jurídica escapa de la esfera puramente fáctica de la presunción, es decir —insistiendo—, que las consecuencias jurídicas se obtuvieron del ordenamiento jurídico y no de la presunción en su natural concepto de instrumento de prueba, como se deduce de la incardinación del artículo 1.253 dentro del capítulo V, título I, libro IV, del Código Civil, bajo el epígrafe «De la prueba de las obligaciones», de donde se infiere que no ha habido vulneración del tal precepto ni, consecuentemente, por lo expuesto, puede prosperar el tercer motivo del recurso.

Los dos primeros motivos, al amparo del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tienen una interrelación profunda, ya que se trata, nada más y nada menos, que de determinar si las dos condiciones en juego dentro del campo contractual, la de «la solicitud de la licencia de obras» y la de «la concesión de esa licencia por el Ayuntamiento de...», con carácter suspensivo ambas, pueden tener comportamientos obligacionales tales, que de fallar uno de ellos hagan o no irrelevante el cumplimiento de la otra condición suspensiva, habida cuenta de que la primera está inmersa en las facultades valitivas del comprador y la segunda en la actividad de un tercero, en este caso, organismo de la Administración y en función del cumplimiento de una norma urbanística, lo que subsume la cuestión contemplada en las previsiones de los artículos 1.116, 1.º, y 1.119 del Código Civil, que es por lo que, en atención a la sentencia combatida, se denuncia la infracción de ambos preceptos: del primero, por aplicación indebida, y del segundo, por falta de aplicación. Aparte de estas infracciones apuntadas con carácter principal, se esbozan otras, como corolario de aquéllas, pero con la firme intención finalista de entender que dado que el comprador no solicitó formalmente la solicitud dentro del plazo contractual fijado hasta el día 15 de julio de 1978, ha de entrar en juego el artículo 1.119 y, por ende, ha de tenerse por cumplida la condición.

Es lo cierto que el terreno tiene la calificación de urbanizable progra-

mado y no urbano, razón por la que precisa de la aprobación del Plan Parcial y, por tanto, está sujeto a las prevenciones del artículo 84 y no del artículo 83, 2, de la Ley del Suelo, como se postula por la recurrente; es más, aunque fuera urbano, que no lo es, para la autorización para fines industriales hubiera requerido la asunción por parte de la propiedad (vendedora, y por subrogación, la compradora) de las obligaciones establecidas en el párrafo 1.º del apartado 2 del artículo 33, inscrita esa obligación en el Registro de la Propiedad, lo que no consta en autos. Por ello, no es ocioso subrayar aquí que la comunicación del Ayuntamiento de .. de 15 de abril de 1978, facilitada por la vendedora a la compradora, contiene el precepto equivoco, proclive al error de esta última, de expresar las características o cédula urbanística de la finca, indicada de conformidad al Plan General y Parcial del municipio, lo que tiene una grave consecuencia, que no es dable desconocer aquí, a los efectos del artículo 62, 1, 2, del citado Texto Refundido de la Ley del Suelo (Decreto 1246/1976, de 9 de abril), relativa a la facultad de la adquirente para resolver el contrato en el plazo de un año a contar de la fecha de su otorgamiento, a cuyo fin le hizo a la vendedora los requerimientos notariales de 1 de agosto y 17 de octubre de 1978 y el acto de conciliación de 28 de febrero de 1979.

En esta inteligencia, ha de entenderse que legalmente no podía concederse licencia para obras que no fueran las denominadas provisionales por el artículo 58, 2, de la Ley del Suelo, y dado que el Plan Parcial que hubiera sido necesario, es decir, aprobado definitivamente para hacer viable la concesión de la licencia interesada por la adquirente para destinar la finca comprada a los fines industriales especificados en el contrato de compraventa, no había obtenido tal aprobación a la fecha de la expedición de la certificación administrativa del folio 11, o sea, el 15 de mayo de 1979, cuando el plazo convencional se extinguió el 30 de octubre de 1978, queda patente la existencia de una condición imposible de cumplirse que anula la obligación, a tenor del artículo 1.116 del Código Civil, rectamente aplicado por la Sala de instancia.

Es útil consignar que sea obligación imposible, que obviamente no dependía en su cumplimiento de la voluntad del adquirente, cuya esfera de influencia está lejos de las incidencias de trámite y resolución del expediente administrativo de aprobación del Plan Parcial del Ayuntamiento de .., no hace subsumible en el artículo 1.119 del Código Civil la situación que aquí se contempla. En esta perspectiva, es evidente que la condición dependiente de la voluntad de tercero, que aquí ha devenido imposible, afecta causalmente a la estructura del negocio de tal manera que lo invalida al romper el equilibrio contractual que la compraventa —concretamente, la compraventa objeto de este procedimiento— supone, haciendo tabla rasa de las prevenciones contenidas en los artículos 1.091, 1.256, 1.257, 1.258, 1.274, 1.275 y 1.276 del mismo Cuerpo legal, con lo que hace irrelevante la falta de cumplimiento de la condición pendiente de la actividad positiva de la compradora, por cuanto ella era insuficiente para conseguir la causa finalista ínsita en el negocio jurídico analizado, y pretender dar mayor trascendencia a este incumplimiento de la condición dependiente de la actividad del contratante, al objeto de tener por cumplida la condición y hacer efectivo el pago del precio convenido en el contrato, va rectamente dirigido, conociendo como se conoce la imposibilidad del cumplimiento de la condición de concesión de la licencia, a introducir una gravísima distor-

sión de la causa contractual, con vulneración de los preceptos últimamente invocados, lo que supondría posiblemente un enriquecimiento torticero, máxime si se tiene en cuenta el suplico del escrito de interposición del recurso ratificando la demanda reconvencional, en que se insta y reclama el pago del precio o intereses y se omite lo relativo al cumplimiento de las obligaciones de la vendedora, cual es la entrega de la cosa y demás especificadas en el contrato de 22 de junio de 1978, con lo que se quiebra el elemento nivelador de prestaciones característico de los contratos sinalagmáticos, con todo lo cual han de declinar los dos primeros motivos del recurso.

RICARDO DE ANGEL

**CONTRATO DE SOCIEDAD: SEPARACION VOLUNTARIA DE UN SOCIO. FIJACION POR EL TRIBUNAL DE PLAZO PARA LIQUIDAR LA PARTICIPACION DEL SOCIO QUE SE SEPARA. EQUIDAD E INTERPRETACION DEL CONTRATO. SOCIEDAD CIVIL Y SOCIEDAD COLECTIVA (SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 1986).**

*Hechos.*—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Mariano Martín-Granizo Fernández.

Se inicia el presente recurso con una motivación en la cual y bajo el amparo procesal del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Ritos, se acusa la violación por no aplicación de los artículos 1.700 y 1.708 del Código Civil. La argumentación que sirve de apoyo al motivo puede esquematizarse así: El primer contrato de sociedad suscrito por los intervinientes en la litis, se celebra el 1 de diciembre de 1950, por un tiempo de cinco años. La sociedad se extingue, en consecuencia, el 1 de diciembre de 1955, por lo que (dicen los recurrentes) «resulta incomprensible que la Sala de Valencia, en su fallo, pretenda resolverla en 1983», habida cuenta que lo acontecido es que el 25 de febrero de 1959 las mismas personas otorgan un contrato privado de sociedad por plazo de cinco años, que luego es prorrogado, y cuyos pactos son «los mismos de la primeramente constituida el 1 de diciembre de 1950 —según dice el último de los párrafos del documento constitutivo—, y un plazo de duración de cinco años a contar del citado 25 de febrero de 1959», contrato éste que, como «acertadamente» dice la sentencia del Juzgado en el noveno considerando, «había que entenderlo como 'la constitución de una nueva sociedad'», consideraciones todas que, en opinión de los recurrentes, conducen a que debiera haberse aplicado el 1.700 del Código Civil, lo que no hizo la Sala de instancia.

*Doctrina de la Sala.*—Es de todo punto evidente que el motivo ha de sucumbir dada su enorme contradicción, su inexactitud y el hecho de que se está en todo momento haciendo supuesto de la cuestión. Así, se juega en él con los términos «extinción» y «prórroga» de modo claramente contradictorio y antinómico; se atribuye a la sentencia de primera instancia declaraciones que no ha hecho, tal acontece con el considerando noveno, aceptado por la aquí impugnada y al que se alude expresamente en el motivo, y con referencia al contrato de 25 de febrero de 1959, se

dice que aquella resolución «acertadamente» y «al amparo del artículo 1.703 del Código Civil» estimó que «había de entenderlo como 'la constitución de una nueva sociedad'», lo que no es exacto, dado que lo que en realidad se dice es que «el acto de prórroga de 1959 por cinco años, más había que entenderlo, al amparo del artículo 1.703 aplicable subsidiariamente, como la constitución de una nueva sociedad, pero por la remisión que el pacto primero del citado contrato de 1959 hace al antiguo, prácticamente éste se prorroga, por lo que no habiendo nuevo contrato hay que entender que aquel contrato de 1950 se encuentra prorrogado». Por otra parte y cual se ha indicado al comienzo de este fundamento, en la motivación se está haciendo constantemente supuesto de la cuestión, al pretender hacer decir al contrato de sociedad mencionado lo que interesa a los recurrentes sin bases jurídicas ni fácticas para ello, máxime cuando los mismos olvidan indicar que en su escrito de contestación reconocen la prórroga del citado contrato de 1950, lo que tuvo lugar el año 1959, y, además, omite también que la sentencia recurrida declara en su segundo considerando, sin que ello haya sido contradicho o combatido en forma por quienes aquí impugnan, que constituida una sociedad «en documento privado de fecha 1 de diciembre de 1950, por tiempo de cinco años, prorrogada por cinco años más en documento privado de 25 de febrero de 1959 y prorrogada tácitamente hasta la actualidad», la sociedad existente en el momento de iniciarse la litis y cuya extinción propugnó el actor, no era nueva, sino la surgida en dicho año 1950 y mantenida hasta el indicado momento.

No mejor resultado merece el motivo segundo, en el que bajo los mismos número y precepto que el precedente se estima ha existido infracción por aplicación indebida del artículo 1.705, párrafo primero, del Código Civil, ya que vuelve a girar sobre los mismos argumentos que el anterior, o sea, que finalizado el plazo señalado para la duración de la sociedad, cualquiera de los socios pudo pedir la extinción. No debió, por tanto, aplicarse el artículo 1.705 del Código Civil, como ha hecho el Tribunal *a quo*. La desestimación del motivo es clara, en cuanto que, como se indica en el tercer considerando de la resolución impugnada: «en el documento privado de constitución de la sociedad se contempla el supuesto de la separación de un socio, indicándose que podrá solicitarlo del resto de los socios, procediéndose de pleno acuerdo a determinar la fecha de separación para practicar el oportuno inventario, sin perjudicar la marcha de la fabricación, a fin de conocer el capital líquido de la sociedad en tal momento»; aunque la frase transcrita implica cierta confusión de si el pleno acuerdo de los socios lo es en todo caso para acordar la fecha de la separación y la práctica del inventario o sólo esto último, *es indudable* que si no hay acuerdo de separación, como ocurre en el presente caso, ante la omisión hecha por los demandados al requerimiento del actor por medio notarial de 10 de abril de 1980, en la que les manifestaba su voluntad de separarse de la sociedad, «...la separación la ha de acordar el órgano judicial en la correspondiente resolución».

Análoga solución desestimatoria corresponde al motivo tercero, en el que del denunciado es la violación del párrafo segundo del mismo artículo del Código Civil que sirve de base al anterior, o sea, el 1.705, que aquí se construye en base a que la renuncia del actor-recurrido no se hizo en tiempo adecuado, lo que se pretende apoyar en el considerando de la

sentencia impugnada, que, en parte, se ha dejado transcrito en el precedente fundamento. Para ello, se intenta sembrar en cierto modo la confusión, al decir que «si la Sala no puede afirmar con rotundidad hecha plenamente la renuncia, la Sala sentenciadora no ha tenido en cuenta uno de los requisitos fundamentales para que la resolución de la sociedad por la voluntad o renuncia de los socios tenga lugar». Y se dice que los recurrentes parecen pretender sembrar aquí la incertidumbre, en cuanto, cual ha quedado transcrito en el anterior fundamento jurídico, el Tribunal de instancia no tiene dudas en orden al punto que indica la motivación, dado que, como se ha dicho, «es indudable que si no hay acuerdo de separación, como ocurre en el presente caso», ante los hechos declarados probados en el referido considerando, y como se ha transcrito, «la separación la ha de acordar el órgano jurisdiccional en la correspondiente resolución», además, no puede impedirse «el ejercicio del derecho de separación que los propios interesados han establecido por virtud del principio de libre autonomía de la voluntad» (considerando quinto).

El motivo cuarto se construye sobre la interpretación errónea del artículo 1.706, párrafo segundo, del Código Civil y sigue insistiéndose en análogas alusiones sobre el tema; concretamente, aquí, en que siendo una sociedad personalista, a la que son de aplicación las normas de la colectiva, la responsabilidad de los socios es solidaria, y pretender, como hace la Sala *a quo*, «que en el exiguo plazo de dieciocho meses la sociedad 'arbitre resoluciones financieras' para tres socios» es ir más allá de lo que ha querido decir el precepto. El perecimiento de la motivación se ofrece con la misma evidencia que el de las precedentes, dado que en él se está haciendo supuesto de la cuestión al atribuir a la sociedad una naturaleza, la colectiva, que no tiene y a la que ninguna de las partes durante la litis ha aludido. En cuanto al tema del tiempo para efectuar la liquidación, el Tribunal se ha atendido «a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas jurídicas», y ha estimado «adecuado al caso señalar un plazo de dieciocho meses para la entrega del haber líquido al socio que se separa de la sociedad, con el fin de que ésta pueda durante este período de tiempo arbitrar resoluciones financieras que suplan la norma económica que supone la entrega de dicha participación». No se infringe, por tanto, el párrafo segundo del artículo 1.706 del Código Civil, además de por lo indicado, por lo manifestado en el cuarto de estos fundamentos.

En cuanto a la motivación quinta, en la que se imputa al Tribunal de apelación la aplicación indebida del artículo 3.º, párrafo segundo, del Código Civil, y de la doctrina de esta Sala representada por las Sentencias de 4 de julio de 1981 y 8 de marzo de 1982, en base a la idea de que el juzgador de instancia ha dado «una nueva redacción apartándose de su literalidad y de su espíritu» al citado precepto y párrafo, su decaimiento es obvio, dado que: a) El Tribunal sentenciador no se ha fundado esencial ni exclusivamente en la equidad, sino que ha hecho uso de la misma como elemento de interpretación. b) Dicho instituto no es en realidad otra cosa que un medio o instrumento cuyo desenvolvimiento y aplicación se opera en el ámbito de la hermenéutica, como pone de relieve la Exposición de Motivos de la Ley 3/1973, de 17 de marzo, al decir que el artículo 3 del Código Civil viene a constituir «a modo de elemento tendente a lograr una aplicación de las normas sensible a las particularidades de cada caso», lo que corrobora el

propio número dos de dicho precepto que se dice infringido, al establecer que «la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas», las cuales, a su vez y de acuerdo con lo dispuesto en la regla primera del mismo precepto, habrán de interpretarse, además de atendiendo a otros factores, a «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, que es precisamente lo que ha hecho y declara en el considerando séptimo de su sentencia el Tribunal *a quo*. c) Por último, la aplicación que dicho juzgador ha hecho de la equidad, se acomoda a la doctrina de esta Sala, puesta de relieve, entre otras, en Sentencia de 9 de mayo de 1983 y 15 de julio de 1985, no teniendo aplicación las citadas como infringidas por los recurrentes.

El motivo sexto, que estima infringido el artículo 225 del Código de Comercio, tampoco puede prevalecer, porque fundado en unos supuestos semejantes a los expuestos en la motivación cuarta, así como en que por tratarse de una sociedad colectiva a la que son de aplicación las disposiciones del Código de Comercio en cuanto no se opongan a las del Código Civil, el hecho de que la Sala, pese a reconocer la mala situación de la empresa, la conceda un plazo de sólo dieciocho meses para la entrega del haber líquido al socio que de ella se separa, vulnera dicho precepto del Código de Comercio. El perecimiento del motivo se produce por las mismas razones que dieron lugar al del cuarto, en cuanto la razón de ser de ambos es la misma, al igual que acontece con el motivo séptimo, que acusa la violación por inaplicación del artículo 235 del Código de Comercio.

RICARDO DE ANGEL

**FRUTOS DE BIENES PÁRAFERNALES: LEVANTAMIENTO DE CARGAS FAMILIARES Y SEPARACION DE HECHO (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1986).**

*Hechos.*—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Mariano Martín-Granizo Fernández.

El primero de los motivos aquí instrumentados imputa a la Sala sentenciadora la interpretación errónea del artículo 1.404 del Código Civil, en su redacción anterior a la reforma introducida en el referido Cuerpo legal por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, infracción que construye en base a la siguiente argumentación: el tema discutido, una vez firme la declaración de que los pinos cuestionados no pertenecían a la sociedad familiar gallega por no haber ésta existido, es el de si eran o no gananciales. La sentencia impugnada niega tal carácter ganancial mediante el razonamiento de la inexistencia de cargas familiares, dada la separación de hecho de ambos cónyuges. La incorrección, sigue diciéndose, surge en el aspecto jurídico, por cuanto «admitido que se trata de expensas útiles, el artículo 1.404, párrafo primero, que la propia sentencia cita en el quinto considerando, es terminante: 'son gananciales'. Es decir, son gananciales con todas sus consecuencias».

*Doctrina de la Sala.*—El motivo claudica, precisamente por su manifiesta incorrección jurídica, en cuanto la exégesis que en él se hace del referido precepto resulta por su manifiesta desconexión jurídica de imposible

aceptación. En efecto, el citado artículo, cuya interpretación errónea se denuncia, viene referido a «las expensas útiles *hechas en los bienes peculiares de cualquiera* de los cónyuges», que es precisamente lo acontecido en el caso aquí contemplado, dado que el monte donde los pinos cuestionados estaban plantados eran bien parafernial de la demandada y aquí recurrida doña Josefa V. Es, por tanto, a las expensas y sólo a éstas a las que en el presente caso la Sala ha atribuido naturaleza ganancial con una muy acertada interpretación del precepto que se dice infringido. Y por ello precisamente, poniendo en conexión el referido artículo 1.404 con los 1.385 y 1.386 del mismo Cuerpo legal, si bien los frutos producidos por los bienes parafernales están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio, al estar acreditado, declarado y no combatido que dichas cargas no existían, ya que los cónyuges vivían separados desde el año 1971-1972 y que las obligaciones del marido (art. 1.386) no pueden hacerse efectivas sobre los frutos de los bienes parafernales, a menos que se acredite que redundaron en beneficio de la familia, lo que aquí no acontece, es obvio el perecimiento del motivo.

En cuanto a la segunda y última motivación, inspirada en el mismo ordinal del artículo 1.692 de la Ley Procesal, el primero, denuncia la infracción por aplicación indebida de los artículos 1.385 y 1.386 del Código Civil, también en su redacción anterior a la citada reforma de 1981. En este caso, el perecimiento del motivo se produce por los mismos argumentos que se han dejado indicados en el precedente fundamento.

RICARDO DE ANGEL.

**CESION DE SOLAR POR PISOS Y LOCALES: NATURALEZA. INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL ADQUIRENTE DEL TERRENO. CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR. INCIDENTE DE CUANTIA (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1986).**

*Hechos.*—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Eduardo Fernández Cid de Temes.

La controversia de donde dimana el recurso atañe a las consecuencias de las obligaciones pactadas en el contrato de 1 de octubre de 1976, a medio del cual la demandante recurrida doña Ginesa N. L. enajenó al demandado don Emilio Z. G. el solar allí descrito, con la contraprestación a cargo del adquirente de transmitirle la planta baja destinada a bajo comercial y la del entresuelo en el proyectado inmueble; negocio éste de cesión de solar por pisos y locales en el edificio a construir que, según recordó esta Sala en Sentencia de 27 de octubre de 1983, es figura que la doctrina mayoritaria conceptúa de permuta con prestación subordinada de obra, si bien la jurisprudencia (Sentencia de 7 de julio de 1982) lo califica de contrato atípico *do ut des* no encajable plenamente en ninguna de las tipologías específicamente reguladas en el Código Civil (Sentencias de 22 de mayo de 1974 y 2 de enero de 1976), aunque presente notas que le aproximan a la permuta (Sentencias de 30 de junio de 1977 y 12 de febrero de 1979), e incluso subsumible por analogía «dentro de los términos del artículo 1.538, aunque uno de los bienes del intercambio no tenga aún

existencia real en el momento de practicarse» (Sentencia de 9 de noviembre de 1972), por lo que se tratará de la prestación de una cosa futura (*res speratae*) que se corresponde con otra presente.

*Doctrina de la Sala.*—Estimada parcialmente la demanda de la enajenante del solar por incumplimiento reprochable al adquirente demandado, que incurrió en notorio retraso en la realización de las obras, el motivo inicial del recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692, en su anterior redacción aplicable al caso, denuncia «infracción por interpretación errónea del artículo 1.105 del Código Civil», norma que se entiende operante en el supuesto debatido, pues «el retraso en la concesión de la licencia municipal de obras es causa de fuerza mayor»; pero no puede prosperar, pues aun prescindiendo de que el hipotético vicio *in iudicando* lo sería por violación y consiguiente falta de aplicación del precepto que se dice vulnerado, no cabe desconocer que tanto el caso fortuito como la fuerza mayor para desplegar efectos liberatorios no han de ser previsibles y además tampoco evitables empleando la diligencia debida (Sentencias de 18 de enero de 1972, 11 de noviembre de 1982 y 14 de abril de 1983), y en el conflicto de litis no sólo consta ni se dice en qué fecha solicitó el demandado la licencia municipal necesaria, sino que, según advierte la Sala de instancia, no se combatió la supuesta pasividad de la Administración acusando la mora y acudiendo a la Comisión Provincial de Urbanismo; pero sobre todo el incumplimiento del recurrente es manifiesto, pues fue conminado para que procediera al vallado del solar en 12 de junio de 1981, es decir, con mucha posterioridad a la concesión del permiso municipal, e incluso la total paralización de las obras provocó la presentación de varias denuncias, inactividad en la que persiste, pues el reconocimiento judicial practicado en 15 de julio de 1981, esto es, más de dos años y medio después de ser notificada la concesión de la licencia administrativa, comprobó que el fundo se encuentra en completo abandono «totalmente lleno de envases de cartón o de plástico, cascotes, trozos de madera y agua en estado de putrefacción, con un color negro que denota claramente su descomposición».

Improperable, consiguientemente, el motivo segundo del recurso, que aduce violación del artículo 1.255 del Código Civil por entender que el cómputo del plazo de ejecución hubo de comenzar desde la obtención de la licencia, pues, como queda dicho, no se acreditó la concurrencia de los requisitos del *casus*, además de que el incumplimiento por parte del recurrente sigue siendo palmario; también ha de ser rechazado el motivo cuarto, que reprocha a la sentencia recurrida «error de Derecho resultando el mismo de documentos auténticos, cual es la escritura pública de permuta o cesión de solar a cambio de obra de 1 de octubre de 1976»; pues sobre que omite la indispensable cita del precepto supuestamente vulnerado en la operación valorativa de la prueba, se olvida que carece de las notas de autenticidad a los fines de la casación el mismo documento básico ya examinado en la instancia, según doctrina jurisprudencial harto reiterada que dispensa concreta referencia, y además en dicho contrato nada se dice del aplazamiento del cómputo hasta la concesión de la licencia municipal para edificar, antes bien, se estipuló que la entrega sería realizada «dentro del plazo de dos años y medio a partir de la fecha de este

contrato» (cláusula séptima), con lo que claramente se pacta que el *dies a quo* estaba referido al 1 de octubre de 1976.

A diferencia del actual artículo 1.692, número segundo, de la Ley Procesal, que añade la inadecuación del procedimiento a los supuestos de incompetencia objetiva, funcional y territorial, el ordinal sexto del texto precedente no lo comprendía, según la jurisprudencia señaló; lo que hace decaer el motivo tercero del recurso, basado en ese número, «puesto que —se dice— por razón de la materia ha habido defecto en el ejercicio de la jurisdicción admitiendo y tramitando la litis como declarativo de menor cuantía, cuando el suplico de la demanda contiene pedimentos propios del declarativo de mayor cuantía», ya que además de lo dicho y de lo que no se han mermado en nada las garantías en el debate para el recurrente, en la escritura se da al solar el valor de 400.000 pesetas y no consta que lo pretendido rebase el límite cuantitativo del juicio entablado, todo ello además de que la controversia sobre el *quantum* debió ser suscitada en el oportuno momento procesal, conforme a lo previsto en los artículos 492 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Al amparo del mismo precepto opone el motivo quinto del recurso nuevamente «defecto en el ejercicio de la jurisdicción por razón de la materia, al no citarse a la parte demandada para el acto de reconocimiento decretado para mejor proveer»; y su inconsistencia no ofrece duda, por cuanto: a) nada tiene que ver ese vicio de fondo con la falta de citación para alguna diligencia de prueba, denunciabile como vicio *in procedendo* acudiendo al quebrantamiento de forma por la vía del número cuarto del artículo 1.693; b) diversamente al texto actual, *in fine*, el anterior artículo 340 de la Ley Adjetiva disponía que en la ejecución de lo acordado para mejor proveer las partes no tendrán más intervención que la que el Tribunal les conceda; c) ningún obstáculo existió para que el Procurador y el Letrado del recurrente acudiesen a la práctica del reconocimiento a pesar de que la providencia no señaló fecha, aunque sí fue notificada, al igual que lo hicieron la dirección técnica y la representación causidica de la parte contraria.

RICARDO DE ANGEL

**CONTRATO DE OBRA: DEBER DE INDEMNIZAR LAS DEFICIENCIAS DE CONSTRUCCION, AUNQUE NO CONSTITUYAN RUINA DE LA OBRA (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1986).**

*Hechos.*—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso. Ponente: don Rafael Pérez Gimeno.

La sentencia de primera instancia, íntegramente confirmada por la dictada en apelación, aquí recurrida, después de examinar detenidamente en sus considerandos las pretensiones reconventionales, y entre ellas las relativas a los invocados defectos o deficiencias en la realización de la obra convenida y al retraso o morosidad en su ejecución respecto al plazo pactado para su terminación, absuelve de dicha reconvencción al actor recurrido, por lo que es manifiesto que no incurrió en la incongruencia que se denuncia en el segundo motivo del recurso deducido al amparo del número 2.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, en su anterior redacción, en

cuanto existe perfecta concordancia o correlación entre lo pedido en dicha demanda reconvencional y lo resuelto en la parte dispositiva de la sentencia, que al absolver genéricamente de la misma al demandante, le absuelve de cada una de las pretensiones individualizadas, procediendo, en consecuencia, el rechazo de dicho motivo.

*Doctrina de la Sala.*—El primer motivo del recurso formulado al amparo del número 1.º del artículo 1.692 comprende dos motivos: el primero de ellos en el que se denuncia la infracción, por inaplicación, del artículo 1.198 del Código Civil al no haberse acogido la pretensión reconvencional de que se condenase al actor al pago del importe de las reparaciones efectuadas como consecuencia de la defectuosa ejecución de la obra, y, el segundo, en el que se acusa la violación, por inaplicación, del artículo 1.100, en relación con los artículos 1.152 y 1.155, todos ellos de dicho Cuerpo sustantivo; y, respecto a este último submotivo, si la resolución recurrida afirma que no hubo morosidad en la terminación de la obra a efectos de la indemnización pactada por retraso, no puede el recurrente desconocer dicha declaración sin atacarla previamente por la vía del número 7 del repetido precepto procesal, ya que sostener lo contrario supondría hacer supuesto de la cuestión sustituyendo el criterio objetivo del Tribunal en el proceso valorativo de la prueba, por el subjetivo del recurrente, conclusión inaceptable en este extraordinario recurso por lo que procede la desestimación de tal submotivo; resultando desestimatorio que no puede predicarse del otro submotivo, pues si la sentencia de instancia, confirmada por sus propios fundamentos en apelación, reconoce la existencia de defectos constructivos, consistentes en unas coqueras en el forjado de los techos, la consecuencia obligada era la estimación de la reconvención en el particular en el que se solicitaba la indemnización del importe de la reparación, sin que sea óbice para ello la circunstancia de que las deficiencias no tuvieran la entidad suficiente para producir la ruina de la edificación, pues sin perjuicio de las consecuencias que en orden a la resolución contractual pudieran tener defectos de tal entidad, es indudable que, sin llegar a tan radical resultado, son indemnizables cualesquiera defectos que impliquen imperfecciones en la ejecución de la obra respecto a lo convenido, todo lo cual lleva a la estimación del recurso en este particular, y ello aunque no aparezca acreditada la cuantía o importe de las obras de subsanación, pues dicho extremo puede quedar para ejecución de sentencia.

RICARDO DE ANGEL

**PRESCRIPCION: INTERRUPCION POR ACTO DE CONCILIACION. EL PLAZO SE CUENTA DESDE LA CELEBRACION DEL ACTO, NO PRESENTACION DE LA PAPELETA (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1986).**

*Hechos.*—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Cecilio Serena Velloso.

La sentencia de la Audiencia condenó al aquí recurrente Facundo L. A. a que, solidariamente con el otro demandado José Luis L. G., pague al demandante y aquí recurrido Santiago R. M., 337.565 pesetas por el con-

cepto de daños y 98.000 pesetas por el de perjuicios que le fueron originados en accidente de circulación. Deben puntualizarse los siguientes datos: A) Se siguieron primeramente diligencias penales, que fueron sobreseídas por Auto de 9 de febrero de 1980. B) El 9 de febrero de 1981 se presentó en el Juzgado correspondiente la papeleta de conciliación, y el 27 del propio mes de febrero se celebró, sin efecto, el acto de conciliación. C) La demanda originadora del juicio de que el presente recurso dimanase se presentó, a su vez, el 11 de febrero de 1982.

*Doctrina de la Sala.*—El recurso consta de un único motivo, por el concepto de interpretación errónea del artículo 1.973 del Código Civil, y en el mismo se mantiene como «tesis medular» que «el momento esencial, el que debe tenerse en cuenta como ejercicio de la reclamación judicial que supone el acto de conciliación, es el de la presentación de la correspondiente papeleta», que contiene «la declaración de voluntad de quien reclama (que) está insita en la papeleta de conciliación»; insistiendo, con cita de sentencias de esta Sala, en que «el acto que exterioriza su voluntad (la del titular del derecho) de mantener tal titularidad interrumpe, sin necesidad de ningún otro acto complementario posterior, la prescripción que se estaba operando, y dicha voluntad es evidente que se manifiesta de modo indiscutible por el cauce del acto de conciliación», pues «lo esencial en la conciliación es la presentación de la papeleta» y no la celebración del acto «porque su señalamiento no depende de la voluntad del reclamante», y así «parece aconsejable fijar el momento de la presentación de la demanda de conciliación como interruptor de la prescripción y no el de su celebración». A partir de estos razonamientos, el único motivo del recurso encara el caso concreto remarcando que «la demanda de conciliación fue presentada el día 9 de febrero de 1981, no siendo promovida la demanda principal hasta el 11 de febrero de 1982, cumplido ampliamente el plazo de un año». La conclusión que se alcanza (al parecer del recurso) es que el plazo de prescripción no debía contar a partir del 27 de febrero de 1981, fecha de la celebración del acto de conciliación, sin que quepa (como hizo la Audiencia) «dar eficacia al lapso indeterminado de tiempo que puede mediar entre ambos eventos», manteniéndose «que la celebración del acto conciliatorio es irrelevante en sí misma». Como quiera que la sentencia impugnada sostiene «que es el 27 de febrero de 1982, fecha de la celebración del acto de conciliación, cuando formal y válidamente se realiza la reclamación frente a los demandados», incurre por ello justamente en interpretación errónea del artículo 1.973, ya que «sólo ofrece validez y seguridad jurídica de un modo inimpugnable, y, por tanto, afianzador de aquélla, el hecho de la presentación de la papeleta de conciliación». La tesis, en suma, es que el plazo prescriptivo debió contarse desde la presentación de la papeleta y no desde la celebración del conciliatorio.

Es inatendible esta interpretación, que debe ser rechazada, y con ella el motivo y el recurso que consta de ese único motivo, pues si, ciertamente, la presentación de la papeleta de conciliación produjo reconocidamente el efecto interruptivo, éste no fue instantáneo, sino que se mantuvo prolongándose ininterrumpidamente o duraderamente por todo el tiempo del trámite y hasta la celebración del acto de conciliación, siendo la fecha de éste, como acertadamente entendió la Audiencia, la que inició la nueva prescripción interrumpida, a su vez, por la presentación de la demanda

judicial. El cómputo, por tanto, ha de tomar raíz para la nueva prescripción, cuando la interrupción de la prescripción se busca en el conciliatorio, no en el acto, inicial de la interrupción, de la presentación de la papeleta, sino en el momento posterior de la celebración del acto, en que comienza a correr de nuevo; máxime que no existe para la prescripción de acciones un precepto paralelo al artículo 1.946 del Código Civil.

RICARDO DE ANGEL

**CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: ENVIO DE MERCANCIAS A PORTES PAGADOS (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1986).**

*Hechos.*—Resultan de los fundamentos jurídicos que se reproducen a continuación. Ponente: don Antonio Sánchez Jáuregui.

*Doctrina de la Sala.*—Ejercitándose en la demanda inicial de las actuaciones acción personal derivada de un contrato de compraventa mercantil, en reclamación del precio de mercaderías remitidas por la entidad actora-vendedora al comprador demandado y no constando de la documentación acompañada por la actora referida con su escrito de demanda sumisión expresa, ni tampoco se acredita que la haya tácita, a favor de determinado Juzgado o Tribunal, pero constando, como pone de relieve el Juez de Distrito de Barbastro en el auto manteniendo el requerimiento de inhibición que había dirigido al de igual clase número 36 de los de Madrid, entre la documentación aportada dos notas de portes comprensivas de la totalidad de la mercadería cuyo precio se reclama, remitidas «a portes pagados», es obvio que a falta de cualquier otro principio de prueba por escrito y conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, de la que son muestra, como más recientes, las Sentencias de 4 de junio, 8 de junio y 4 de julio de 1984, ha de presumirse que las mercancías viajaron hasta el lugar del domicilio del comprador de cuenta y riesgo del vendedor, así como que al hacerse la entrega de la cosa vendida en el lugar de residencia del comprador, allí ha de cumplirse también la obligación de pago de su precio, lo que conlleva que por aplicación de la preceptiva contenida en la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 1.500 del Código Civil, según autoriza el artículo 50 del Código de Comercio, proceda decidir la presente cuestión de competencia a favor del Juzgado de Distrito de Barbastro, en consonancia, además, con lo dictado por el Ministerio Fiscal.

RICARDO DE ANGEL

**CONTRATO DE OBRA: RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA POR NEGLIGENCIA (SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1986).**

*Hechos.*—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Cecilio Sereña Velloso.

El presente recurso de casación dimana de juicio declarativo de mayor cuantía interpuesto por la Comunidad de Bienes LP y su Presidente

Guzmán Z. R. contra «PMSA» y la Caja de Crédito... La demanda, presentada el 26 de julio de 1980, solicitaba se condenase a pagar a «PMSA», 18.192.581 pesetas en que se valoran las reparaciones a efectuar para subsanar los vicios y defectos de construcción observados en la obra contratada y, subsidiariamente, para el supuesto de no ser satisfecha dicha cantidad por el deudor principal, se condene en su carácter de fiadora a la Caja, hasta el límite máximo de 9.000.000 de pesetas por los que se constituyó en fiadora. Los antecedentes de hecho, en que las partes coinciden, señalan que la Comunidad actora, propietaria de una finca rústica en término de Torrente, resolvió transformarla en urbanización, publicándose un pliego de condiciones técnicas de las obras de infraestructura a realizar conforme a proyecto redactado por dos arquitectos, concurso al que acudió, siéndole adjudicada, la demandada «PMSA», concertándose entre la Comunidad y esta constructora el contrato de obra o empresa de 23 de julio de 1977, en méritos del cual se pretende la condena, ya que, a su juicio, la obra construida lo ha sido defectuosa y hasta fraudulentamente. La sentencia del Juzgado recayó el 4 de noviembre de 1981 y es íntegramente estimatoria de la demanda, siendo confirmada, por sus propios fundamentos, por la de la Audiencia, emanada el 13 de octubre de 1983, y contra la cual «PMSA» interpuso, primero, recurso de casación por quebrantamiento de forma, que fue desestimado por Sentencia de esta Sala de 30 de septiembre de 1985, y seguidamente, el presente recurso de casación por infracción de Ley, anunciado en el escrito de formalización del de forma.

*Doctrina de la Sala.*—El primero de los motivos del presente recurso, al amparo del número 1.º del antiguo artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia infracción omisiva de la aplicación de la doctrina de esta Sala sobre litisconsorcio pasivo necesario, y para ello cita algunas de las múltiples sentencias sobre la materia. Según el motivo, debió darse aplicación a dicha doctrina, ya en la primera o en la segunda instancia, al tiempo de condenar a la recurrente a pagar la expresada cantidad de 18.192.581 pesetas, sin haber sido demandados en el juicio el constructor y los arquitectos que dirigieron las obras de desmonte y explotación contratadas el 15 de mayo de 1976 (refiérese a otro contrato anterior al litigioso, que es de fecha 23 de julio de 1977). «No se trata (según el motivo) de trabajos realizados por la empresa 'PMSA', a tenor del contrato privado de fecha 23 de julio de 1977», «sino de trabajos ejecutados por una persona física (consistentes en la explanación de calles) bajo la dirección de los mismos arquitectos que luego dirigieron la obra realizada por la recurrente». Y es dentro del presente motivo, al amparo del citado número 1.º del artículo 1.692, que se argumenta en base a los hechos que sustentarán, como a continuación se comprobará, el segundo motivo de casación, pues, en efecto, se alega que el empresario individual Pedro Emilio M. G. y la Comunidad de Bienes suscribieron el contrato de 15 de mayo de 1976, en cumplimiento del cual aquél realizó las obras de explanación entre el 15 de mayo y el 30 de julio de 1976, de suerte que tales obras ya estaban ejecutadas cuando la Comunidad firmó el contrato de obra de 23 de julio de 1977 con el Director Gerente de «Pavimentaciones», que era el mismo Pedro Emilio M. G., actuando en tal calidad de órgano social. Cuando, pues (arguye el motivo) se ejecutaron las obras defectuosas, aún

no existía la entidad societaria «PMSA», que no se constituyó hasta el 16 de septiembre de 1976, fecha de la escritura pública al efecto, posteriormente inscrita en el Registro Mercantil. Las obras a que se hace concreta referencia «fueron ejecutadas» (sigue el motivo) sin proyecto y con anterioridad a la confección del Proyecto de Infraestructura de la Urbanización Las Palomas (en 1977) por los arquitectos Andrés H. G. y Joaquín P. A., y, además, bajo la dirección técnica de estos profesionales». «Es evidente, por tanto (concluye), que las obras de explanación (desmonte y terraplenado de calles), cuya deficiente ejecución es la causa fundamental de los defectos de la obra, no fueron realizadas por la recurrente, sino por el empresario individual don Pedro Emilio M. G., quien junto con los arquitectos que le dirigieron son también responsables de gran parte de los defectos de construcción de los que se ha responsabilizado exclusivamente a la recurrente.» Y aún se añade, dentro del presente motivo primero en estudio, que, «por otra parte, supondría una clara injusticia que se condenara a la Caja de Crédito... a pagar la cantidad de 9.000.000 de pesetas, en concepto de fiadora, cuando las obras de terraplenado han sido ejecutadas o realizadas defectuosamente por persona física de la que no es garante».

El motivo debe ser apresuradamente desestimado por varias razones:

A) En primer lugar, porque faltando notoriamente a lo prevenido en el artículo 1.720, entonces vigente, y al que, aparte obligar de suyo, la remitía por modo expreso el tercero de los «fundamentos de Derecho» de la antecedente Sentencia de 30 de septiembre de 1985, recaída al recurso por quebrantamiento de forma, este motivo mezcla dos cuestiones de naturaleza distinta, fáctica la una y jurídica la otra: mediante la primera de las cuestiones que plantea se separa, como se va a comprobar seguidamente, del *factum* establecido por el juzgador de la instancia, mientras que por la segunda se acoge a la doctrina de esta Sala sobre el litisconsorcio pasivo necesario, que es *quaestio iuris* y única que puede tomarse en consideración por el cauce escogido del número 1.º del artículo 1.692 antiguo de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En cuanto a este aspecto de índole jurídica ha de alinearse frente al motivo no sin antes dejarse anotado que el defecto formal expuesto es, en este trámite de decisión, causa de desestimación conforme al artículo 1.729, en relación con el 1.720 antiguo. B) Ciertamente cuando los daños causados son atribuibles a la redacción del proyecto de obras o a la falta de diligencia en la dirección, incluso con eliminación de la responsabilidad atribuida al constructor, como en el caso contemplado por la Sentencia de 10 de mayo de 1986, alcanza la responsabilidad al arquitecto, según enseña la de 5 de junio de 1986, que casó, y justamente por ello, la que había excluido al facultativo superior, dejándole condenado a éste solidariamente con el constructor y arquitecto técnico o aparejador, y, finalmente, es corriente doctrinal, representada últimamente por la de 7 de junio de 1986 y las que allí se citan, la de que cuando los defectos constructivos provienen tanto de la actividad o competencia del constructor como de la del arquitecto, sin posibilidad de individualización concreta de la responsabilidad de cada cual, ha de configurarse la responsabilidad con el carácter de solidaria; pero firmes todos los recordados aspectos de la jurisprudencia *ex párrafo* primero del artículo 1.591 del Código Civil, que es de la que aquí se trata, siempre se ha venido entendiendo que pertenece a la iniciativa y libre determinación del dañado el

dirigir el procedimiento contra cualquiera de los deudores solidarios, dejando a los otros fuera del juicio, por inscribirse esa facultad en la naturaleza misma de la obligación solidaria, en los términos del artículo 1.144 del Código Civil, en relación con el 1.145, permitiendo este últimamente citado artículo que los codeudores ventilen como cuestión propia y en proceso ulterior la existencia y alcance de la responsabilidad de los que no estuvieren presentes en el juicio abierto por el acreedor de todos.

Aparte los razonamientos ya expuestos, este motivo primero debe claudicar también, como ya se adelantó, por su falta de respeto a los hechos declarados probados en la instancia y que se va a comprobar ahora, al encarar el motivo segundo por error de hecho denotado por documentos auténticos, conforme al número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No es, en efecto, cierto en modo alguno que las obras defectuosas se realizaran por empresario individual o persona física que pasó luego a ser primer Director-Gerente de «Pavimentos Asfálticos», ni que fueran ejecutadas las primeramente realizadas en cumplimiento de otro contrato en que era parte únicamente la aludida persona física y de fecha 15 de mayo de 1976, y, por tanto, anterior al litigioso de 23 de julio de 1977, y si así fue, nada se dice sobre ello en el relato de los antecedentes, en que más bien parece excluirse la existencia de dicho contrato primitivo. Pero aunque así no fuera y hubiera actuado inicialmente y *iure proprio* Pedro Emilio M. G., por haberse comenzado las obras en fecha en que aún no había alcanzado existencia legal la Sociedad Anónima de que luego fue primer Director-Gerente y que obviamente tiene personalidad distinguible de aquél, siendo éstos datos que se coligen más que se demuestran con el documento señalado como auténtico y que no es otro sino el poder a Procuradores en uso del cual se postula en el presente recurso, en cuyo documento aparece la fecha de la escritura de constitución de la Sociedad, afirmándose en el motivo, sin que lo denote el documento, que la iniciación de las obras fue con anterioridad a dicha fecha; con todo, se mantendrían indemnes los fundamentos del fallo condenatorio al razonarse con acierto en el doce de los «considerandos» del Juzgado aceptado por la Audiencia que «no es suficiente decir que tales terraplenes (refiérese a los atribuidos al empresario individual) no los realizó el contratista, lo que no es cierto, ya que en el contrato figura la realización de obras de infraestructura, que empieza, naturalmente, por el desmonte y el terraplenado, pues el constructor, por su carácter técnico, y por tal razón se le contrata, debió o bien no realizar la obra sin un correcto terraplenado, o bien, advertir al dueño de la misma de las consecuencias que tendría realizarlas en tales condiciones, pues no cabe otra alternativa que o bien desconocía el defectuoso terraplenado, en cuyo caso existe negligencia profesional como constructor, o bien lo conocía, y a pesar de saber sus consecuencias desastrosas construyó, en cuyo caso existe dolo civil», abarcando su responsabilidad «el desmonte y terraplenado para realizar una urbanización», «y al tiempo que concluía el invierno, con sus inclemencias del frío y las lluvias, todo ello sin perjuicio que el terraplenado estaba previsto en el proyecto y en el pliego de condiciones». Por tanto, ni aun en la gratuita hipótesis que mantiene el motivo segundo y que en manera alguna demuestra el documento señalado al efecto como auténtico, supuesto que sirve

de apoyo fáctico al motivo primero, sería atendible el recurso por el motivo segundo, procediendo, en suma, la repulsa de ambos y el fracaso del recurso.

RICARDO DE ANGEL.

**PROPIEDAD HORIZONTAL: OBLIGACION DE LOS PROPIETARIOS DE LOCALES DE NEGOCIO DE CONTRIBUIR A LA SUSTITUCION DEL ASCENSOR (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1986).**

*Hechos.*—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Manuel González-Alegre y Bernardo.

Declara la recurrida sentencia que la pretensión de la parte actora, hoy recurrente, a que se declare la nulidad de lo acordado en junta de copropietarios de 26 de mayo de 1980, respecto a la sustitución del ascensor de la finca propiedad de la Comunidad —en la que están integrados los recurrentes, como titulares de un local de negocio—, tiene por base, aparte de alegaciones formales que al no haberlo sido en la litis son rechazadas por la sentencia, dos hechos: el primero, el que para la adopción del acuerdo era preciso unanimidad, y el segundo, el no haberse acreditado la necesidad de tal sustitución, extremo este último resuelto por la sentencia y que al no afectarle el único motivo del recurso queda fuera del mismo.

*Doctrina de la Sala.*—Se razona y argumenta en la recurrida sentencia «que tanto la sustitución del ascensor como las necesarias obras para ello, sin afectar al título constitutivo por referirse a elementos comunes, precisaba de la unanimidad de todos los propietarios, incluidos los actores, como titulares de un local de negocio, sin que nada tengan que ver los gastos de conservación y mantenimiento del ascensor, de los que se encuentran excluidos por razones obvias de falta de utilización, con la sustitución de obras subsiguientes, al repercutir en beneficio de la Comunidad y, por tanto, de los propietarios de los locales de negocio, sin que ello sea realmente una alteración del edificio en cuanto a la estructura o fábrica del mismo, al continuar el aparato en el mismo sitio».

No deja de recogerse en la sentencia de primera instancia, que ratifica la recurrida, la corrección y buena fe con la que la Comunidad demandada actuó en la adopción «del grave y necesario acuerdo», y ante la inasistencia de los propietarios de los bajos comerciales a la reunión de 9 de marzo de 1982, en la que el acuerdo lo fue por unanimidad de los asistentes, se les notificó por conducto notarial el acta de dicha reunión, al tiempo de convocarles a una nueva reunión de la junta, que tuvo lugar el 26 de mayo del propio año, a la que tampoco asistieron, ratificándose el acuerdo por unanimidad de los asistentes y que es objeto de litis.

El único motivo del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil antes de su reforma, denuncia la violación del artículo 11, en sus dos párrafos, de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con los artículos 5, párrafo primero, parte segunda, y 16, norma primera, párrafo primero, de dicha Ley, en relación con el artículo 396, párrafo primero, del Código Civil, fundamentándose en que

aceptada por la recurrida sentencia la realización «material» de la sustitución del ascensor, como la de las obras para ello, no se califican como de alteración de un elemento común, conllevando la no afectación del título constitutivo.

Es de consignar que lo que la sentencia acepta es la necesidad en que la Comunidad se encontraba de proceder a la sustitución del ascensor del inmueble y con ello a la realización de las obras procedentes, como no menos su proceder para la adopción del necesario acuerdo por unanimidad de la junta de copropietarios y vicisitudes recogidas en un apartado anterior.

Nada más contrario a la realidad lo es la gratuita afirmación que se hace por el recurrente respecto a la falta de calificación como de alteración de un elemento común y, consiguientemente, la no afectación del título constitutivo, cuando precisamente con cita de los artículos 9, 10 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con el 396 del Código Civil, se adentra en el debate, esto es, con los propios artículos que el recurrente da como violados, que se dice, con discutible acatamiento a la primera parte del artículo 11; cómo al afectar dicha sustitución y obras al título constitutivo, por referirse a elementos comunes, precisaba de la unanimidad de todos los propietarios, unanimidad con la que es adoptado el acuerdo para llevar a efecto la tan referida sustitución y obras necesarias, de conformidad así con lo dispuesto en la norma primera del artículo 16 de la tan meritada Ley de Propiedad Horizontal, además de que cuando se afirma de que aquella sustitución y obras signifique una alteración del edificio en cuanto a su estructura o fábrica del mismo, como no ha de suponer cambio en las cuotas de participación de cada propietario, con ello se está cumpliendo lo dispuesto en el antes referido artículo 11 en su segunda parte, en relación con el artículo 5.º de la propia Ley de Propiedad Horizontal, al no hacer precisa alteración alguna en los títulos constitutivos, y siendo esto así no cabe decir que el juzgador haya desconocido los invocados preceptos, que aplica con toda corrección, haciendo decaer el motivo, y con él, el recurso.

RICARDO DE ANGEL

**VENTA CON CONDICION DE EDIFICAR. INTERPRETACION DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 1986).**

*Hechos.*—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Antonio Sánchez Jáuregui.

De las varias cuestiones debatidas en la instancia a virtud de la oposición planteada por las entidades demandadas «Tesorería General de la Seguridad Social e Instituto Nacional de Servicios Sociales» y el excelentísimo Ayuntamiento de Teruel, al éxito de la pretensión articulada por los actores, ahora recurridos, la única que tiene acceso a la casación, como tema principalmente planteado por las citadas entidades en sus respectivos recursos, es el de la interpretación que haya de dársele, aplicando las normas de hermenéutica contenidas en los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil, a la cláusula inserta en los contratos de compraventa concertados entre los días 26 de octubre y 14 de noviembre de 1973, por

los que los actores referidos transmitieron al Ayuntamiento de Teruel diversas porciones de terreno, cláusula según la que «es condición de la presente transmisión que el Ayuntamiento destine la finca objeto de la presente escritura a la construcción de una Unidad Urbana de Servicios Sociales, dentro del plazo de cinco años a partir de la fecha de hoy (la del otorgamiento de la escritura). Y en el supuesto de incumplimiento por parte del citado Ayuntamiento de dicha condición, se compromete este último a revender a los vendedores o sus causahabientes la finca objeto de la presente escritura, por el precio consignado en la misma y con deducción del interés legal por el tiempo transcurrido», habida cuenta de que en torno al denotado tema de hermenéutica contractual gira el primer motivo del recurso articulado por la Tesorería General de la Seguridad Social e Instituto Nacional de Servicios Sociales y los tres inicialmente deducidos por el Ayuntamiento de Teruel, que al enfrentarse con la interpretación verificada por la sentencia recurrida de la meritada cláusula contractual pueden y deben ser objeto de un análisis conjunto, quedando para ser examinados separadamente los motivos segundo del recurso deducido por la entidad primeramente citada y cuarto y quinto del articulado por el Ayuntamiento de Teruel.

*Doctrina de la Sala.*—En los motivos que han de ser objeto de un análisis conjunto, se tacha, por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su anterior redacción, a la sentencia recurrida de haber interpretado erróneamente el párrafo 1.º del artículo 1.281, en relación con el artículo 3, 1, ambos del Código Civil —motivo primero del recurso interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social—; de igual interpretación errónea de los artículos 1.281, párrafos primero y segundo, en relación con los artículos 1.282 y 1.286, todos del Código Civil —motivo primero del recurso formulado por el Ayuntamiento de Teruel—; de aplicación indebida del párrafo segundo del artículo 1.281 del Código y artículos 1.282 y 1.286 del propio Código —motivo segundo del mismo recurso—, y de haber violado por inaplicación el último inciso del párrafo primero del artículo 1.289 del Código Civil —motivo tercero—, no siendo ocioso consignar, y ello aunque el tema no haya sido materia del recurso, que la cláusula contractual cuestionada lo que contiene es una obligación válida, a la vista de lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código Civil, asumida por el Ayuntamiento de Teruel, cuyo cumplimiento, a tenor de lo preceptuado en el artículo 1.256 del propio Código, no podía quedar a su arbitrio, y con la particularidad de que prevé las consecuencias que para el Ayuntamiento de Teruel había de significar el incumplimiento de la obligación dicha dentro del plazo marcado.

La sentencia recurrida, tras consignar que la cláusula contractual controvertida no puede ser interpretada aplicando el canon de hermenéutica contenido en el párrafo primero del artículo 1.281 del Código Civil, dado que la expresión de «que el Ayuntamiento destine las fincas a la construcción de una Unidad Urbana de Servicios Sociales, dentro del plazo de cinco años, a partir de la fecha del otorgamiento de las escrituras», no era lo suficientemente clara para determinar si en dicho plazo la construcción había de estar terminada o de si bastaba, excluyendo por razones obvias el simple propósito, una actuación demostrativa de tal designio, establece que para dilucidar la intención de los contratantes ha de aten-

derse a la actuación del Ayuntamiento posterior al contrato (art. 1.282 del Código Civil) y a la naturaleza y objeto del mismo (art. 1.286 del propio Código), y poniendo de relieve que el referido Ayuntamiento al donar los terrenos al Servicio del Mutualismo Laboral por escritura pública de 21 de marzo de 1975, impuso como condición «que los fines para los cuales se ha otorgado —o sea, la construcción de una Unidad Urbana de los Servicios Sociales para el Servicio de Mutualidades— se cumplan en el plazo máximo de cinco años», revertiendo en otro caso los bienes cedidos al Ayuntamiento, así como en afirmación fáctica inalterada en este trámite casacional al no haberse intentado desvirtuarla por la vía adecuada al efecto del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en 24 de junio de 1981 dichas obras no habían comenzado, llega a la conclusión de que la obligación asumida por el Ayuntamiento demandado no fue cumplida por éste dentro del plazo en que había de hacerlo.

La denotada conclusión, que la sentencia impugnada obtiene de la aplicación de los criterios interpretativos dichos, es atacada en los cuatro motivos de recurso especificados en el segundo de los fundamentos de Derecho de esta resolución, acusando la supuesta infracción por la misma de preceptos del Código Civil atinentes a la interpretación de los negocios jurídicos, entre ellos y con carácter primordial de los aplicados en las consideraciones de la citada sentencia, con olvido, lo que determina el rechazo de los meritados cuatro motivos, de que según resulta de lo consignado en los fundamentos de Derecho que anteceden, tal interpretación ha de ser calificada de racional y lógica, en razón también a que la interpretación contraria llevaría a la consecuencia absurda, como igualmente ha sido puesto de relieve, de dejar el cumplimiento de una obligación válida al arbitrio de uno de los contratantes, con patente infracción de la preceptiva contenida en el artículo 1.256 del Código Civil y vulneración, por ende, de la norma de hermenéutica establecida en el artículo 1.284 del propio Código.

Igual suerte desestimatoria corresponde a los motivos segundo del recurso interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social y cuarto y quinto del formulado por el Ayuntamiento de Teruel, todos con amparo procesal en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto: a) el motivo segundo del recurso deducido por la Tesorería General de la Seguridad Social, al acusar la violación del artículo 361 del Código Civil, plantea una cuestión no sólo no debatida en el pleito, sino que en el caso de haberlo sido hubiera requerido una postulación reconvencional expresa no formulada por la entidad recurrente en sus escritos de contestación a la demanda y súplica, en los que se limitó a pedir su absolución, lo que hace que, como cuestión nueva, esté incurso en la causa de inadmisión del número 5.º del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que lo es de desestimación de este trámite procesal; b) la denuncia de que la sentencia recurrida aplicó indebidamente el artículo 1.123 del Código Civil, cuya infracción por el citado concepto se acusa en el motivo cuarto del recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Teruel, carece de trascendencia, ya que aunque la cita por la resolución impugnada de dicho precepto no sea correcta, al no ser el mismo de estricta aplicación al caso debatido, la realidad es que lo que hace la resolución impugnada es aplicar las previsiones contenidas en la cláusula con-

tractual controvertida para el supuesto del incumplimiento por el Ayuntamiento de Teruel de la obligación que había asumido, y c) la violación, por inaplicación, de la preceptiva contenida en el artículo 1.258 del Código Civil, en que se fundamenta el motivo quinto del recurso deducido por el Ayuntamiento de Teruel, carece de base fáctica que le sirva de apoyo, habida cuenta de que dicho Ayuntamiento no cumplió dentro del plazo marcado la obligación que le incumbía y que la consecuencia de ello no podía ser otra que la que, para el caso, había sido prevista en la cláusula contractual controvertida.

RICARDO DE ANGEL

**CONTRATO DE OBRA: SUBCONTRATA: RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL SUBCONTRATISTA. PRUEBA DE LIBROS. GASTOS EFECTUADOS POR ESE SUBCONTRATISTA: REEMBOLSO (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1986).**

*Hechos.*—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Antonio Carretero Pérez.

La sociedad «MSA» se adjudicó la contrata ofrecida por el Ayuntamiento de Palencia de las obras de construcción de una piscina para adultos y otras instalaciones, pero en lugar de ejecutar las obras por sí, concertó en fecha 12 de abril de 1977 un subcontrato, en el que actuaba como comitente subcontratante, con la sociedad subcontratista «TESA», sociedad que comenzó los trabajos en fecha 28 de junio de 1977, pero que, disconforme con las condiciones y mediciones, desde el primer momento, retrasó el ritmo de la obra y, finalmente, la abandonó el día 2 de septiembre de 1977, razón por la cual la subcontratante «MSA» hubo de recurrir a otros empresarios para llevar a cabo la ejecución de la obra. Entablada demanda por la entidad «M» contra la subcontratista «TE», la sentencia de primera instancia, confirmada en apelación, da lugar a la resolución del contrato entre ambas entidades y condena a la sociedad subcontratista a que pague a la subcomitente el importe de la diferencia entre el coste que representó la ejecución de la obra y el que hubiere representado si tal ejecución la hubiese llevado a cabo la subcontratista. Igualmente condena a esta entidad a la devolución del importe de letras cobradas a «MSA» y a la devolución material de las aceptadas y no cobradas. Condenó asimismo a la actora «M» a pagar a «T» el importe de la obra útil realizada por ésta antes de abandonar la ejecución, al estimar, en parte, la reconvención.

*Doctrina de la Sala.*—En el presente recurso se impugna la estimación de la demanda, no de la reconvención, y los tres primeros motivos de casación se basan en el artículo 1.692, 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; en cuanto al motivo 1.º y el 3.º se acogen a una indebida aplicación del artículo 1.124 del Código Civil, y el 2.º, a una indebida aplicación del artículo 1.593 de dicho Código. Argumenta la recurrente que el subcontrato que ligaba a «M» con «T» no era un contrato de obras por ajuste o a precio alzado contemplado en el artículo 1.593 del Código Civil, sino por precios o por medida, regulado en el artículo 1.592, por lo cual, como no existió un plano básico, al que se ajustó el precio, no se puede advertir

un incumplimiento determinante de la resolución contractual, al cual se refiere el artículo 1.124 del propio Código, por el abandono de la obra, cuando ya la demandada había ejecutado obra por valor de 2.337.690 pesetas, y la actora no había pagado ninguna de las letras de cambio, que se libraron al tiempo del contrato y que vencían en 29 de agosto de 1977, sin que, por otra parte, la actora haya demostrado el daño que sufriese al tener que contratar la realización de la obra con terceros empresarios, cifrado por la sentencia en 2.617.843 pesetas, diferencia entre el precio concertado con «T» (8.272.157 pesetas) y el real de coste (10.890.000 pesetas), ya que este coste real no resulta justificado en alguna de sus partidas, según afirma la recurrente.

No cabe duda alguna sobre la naturaleza del contrato, como contrato de arrendamiento de obras por ajuste o a precio alzado, tal como fue interpretado por la Sala de instancia, en uso de sus potestades, cuando consta con claridad que se hizo sobre un plano que tuvieron a la vista ambas partes antes de firmar el contrato, en cuya cláusula quinta se fijan los precios como unitarios y en cuya cláusula sexta se prevé la entrega de toda la instalación contra el pago del precio fijado en presupuesto adjunto, y cuya forma de efectuarse no guarda relación con cantidad ni naturaleza de la obra entregada, lo que viene a exponer la contemplación de la obra como un conjunto, y su exacta configuración como obra a tanto alzado, regulada en el artículo 1.593 del Código Civil, lo que hace decaer el motivo segundo del recurso.

Asimismo debe advertirse que la sentencia recurrida acusa el incumplimiento de la subcontratista, cuyo retraso y mala realización se ponen de manifiesto en comunicaciones de 8, 21 y 26 de agosto de 1977, con anterioridad al 29 de agosto, fecha del vencimiento de las letras impagadas, retraso revelador del propósito de abandono de la obra, que tuvo lugar en 2 de septiembre de 1977, es decir, la sentencia detecta la conducta de incumplimiento total de la subcontratista antes del vencimiento de las letras que debía cobrar y cuya pretensión de cobro no se admite como excepción a la resolución, porque ya se habían producido los hechos básicos del incumplimiento con anterioridad, que inmediatamente y en relación con la misma conducta, culminaron con el abandono de la obra, debiendo tenerse en cuenta que la conducta del incumplimiento se basa en hechos declarados en la sentencia (retrasos y reclamaciones, frente a mutismo), que no han sido combatidas por la vía adecuada del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo cual es correcta la aplicación de la resolución del contrato, según dispone el artículo 1.124 del Código Civil e infundado el motivo primero del recurso.

La resolución del contrato, según el párrafo segundo del artículo 1.124 del Código Civil, lleva aparejada la reclamación de los daños y perjuicios que, en este caso, se traducen, en la sentencia, de conformidad con una constante jurisprudencia, en la diferencia entre el coste de la obra previsto en el contrato incumplido y el coste real sufragado a otros empresarios que suplieron la prestación del contratante incumplidor. La materialidad de esta diferencia no se puede combatir por la vía de la aplicación indebida del artículo 1.124 citado, sino por error en la apreciación de la prueba, por lo cual debe desestimarse el motivo tercero del recurso.

En la vía del error en la apreciación de la prueba del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y para combatir el mon-

tante de la diferencia entre el precio pactado entre «M» y «TE» (8.272.157 pesetas) y el realmente pagado por «M» a otros empresarios, por incumplimiento de «TE» (10.980.000 pesetas), basa el recurrente dos motivos del recurso: el cuarto, por error de Derecho, por inaplicación del artículo 1.228 del Código Civil, y el quinto, por error de hecho en distintas partidas y que resultan de documentos y actos auténticos, especialmente los libros de contabilidad de la sociedad actora y las manifestaciones de distintos proveedores y certificación municipal.

La prueba de libros llevada a efecto carece de valor, en tanto en cuanto no se produce en ella una comprobación por partidas de la factura básica presentada por el actor y no se complementa por elementos contables, ni técnicos, que permitan establecer un cotejo significativo. Solamente se viene a poner de manifiesto una falta de rigor contable que, por sí misma, no es determinante de una regla sobre el valor de la prueba que haya sido infringida, por lo cual, la contabilidad de la actora no puede tomarse como básica, fuera del conjunto de la prueba, ya que éste no es el alcance del artículo 1.228 del Código Civil referente a los asientos, registros y papeles privados, ni el del artículo 47 del Código de Comercio, que en su actual redacción no concede a los libros de comercio un valor probatorio especial (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1982 y 7 de enero de 1983), todo lo cual conduce a la desestimación del motivo cuarto.

Que el motivo quinto se basa, para impugnar la cuantía de ciertas partidas, en la propia resultancia de la prueba de libros, que no se puede estimar concluyente, y en aseveraciones derivadas de prueba testifical o documentos producidos por testigos, ninguno de los cuales tiene el carácter de documento o acto auténtico que, por sí mismo y sin necesidad de deducciones, ponga de manifiesto el error en la apreciación de la prueba, que se ha basado en el examen de numerosos documentos y testigos y que lleva a la conclusión de que los gastos que hubo de pagar con motivo del incumplimiento de «T» fueron los alegados (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1985 y 12 de marzo de 1986, entre otras), aunque la obra, en su curso, experimentara diferentes modificaciones, por lo que el motivo debe decaer.

El sexto motivo se basa también en error de hecho, que se deduce de que la sentencia afirma que la obra útil antes del abandono se cifra en la cantidad de 2.337.690 pesetas, por lo cual, como las letras que vencían el 29 de agosto totalizaban 2.068.039 pesetas, debieron ser pagadas a su vencimiento y en ningún caso cargado a la demandada el importe de los gastos por el impago de la actora; pero tal razonamiento no puede aco-gerse, porque presupone que la sentencia no declaró incumplidor al demandado (como hizo), e incumplidor que manifestó su conducta antes del vencimiento de las letras, que obedecían a parte de un precio total por una prestación que no se produjo y no por una entrega parcial de obras que pudieron resultar útiles, pero dentro de una conducta que obligó a la actora a una nueva contratación de obras más onerosa para poder cumplir un contrato con el Ayuntamiento de Palencia.

RICARDO DE ANGEL

**LETRA DE CAMBIO: PROVISION DE FONDOS (PRUEBA) (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1986).**

*Hechos.*—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don José María Gómez de la Bárcena.

El único motivo del recurso se ampara en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la infracción por el concepto de violación del artículo 456 del Código de Comercio, en relación con el 457 del mismo Cuerpo legal y la «doctrina contenida en la Sentencia de 30 de enero de 1936 y otras concordantes», al estimar el impugnante que en el caso que nos ocupa la obligación de probar la provisión de fondos, incluíble para el ejercicio de la acción cambiaria, no ha sido cumplida por el librador demandante, al que por su condición de comerciante correspondía la obligación de constatar en sus libros de comercio los asientos que corroboraran la existencia del crédito a su favor y a cargo del librado-aceptante de las cambiales, obligación que el accionante ha tratado de eludir, pese a solicitarse la práctica de una prueba tendente a acreditar tal extremo, sin que pueda estimarse prueba bastante de la existencia de la provisión, como denota la sentencia impugnada, la carta dirigida por el recurrente al Administrador único de la sociedad actora, que sólo a través de «una interpretación extensísima que viola los principios legales de imputación de la prueba» puede ser considerada como reconocimiento de deuda, insistiendo seguidamente en que en las actuaciones «no existe prueba de que el librador haya hecho provisión de fondos a favor del recurrente».

*Doctrina de la Sala.*—El motivo que antecede, y por ende el recurso, ha de perecer, por la simple razón de que, como ya esta Sala tiene dicho (Sentencias de 18 de marzo de 1960, 8 de octubre de 1964, 8 de abril de 1983 y 23 de septiembre de 1986), la provisión de fondos a la persona a cuyo cargo se libre una letra de cambio constituye una premisa de orden fáctico que corresponde establecer a los Tribunales de la instancia, tras examinar y valorar las probanzas practicadas, de tal forma que las afirmaciones que al efecto contenga la sentencia impugnada, sólo podrán ser atacadas por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Adjética Civil, y si ello no se hace eficazmente, son vinculatorias para este Tribunal las circunstancias de hecho establecidas por el Tribunal *a quo*, y que permanecen inalteradas en casación, como determinantes de la provisión; que es cabalmente lo que en el supuesto examinado acaece, dado que la Sala de instancia, reproduciendo los razonamientos de la sentencia de primer grado, tras examinar y valorar la carta suscrita por el demandado recurrente, acompaña a la demanda, y reconocida por éste en confesión judicial, declara probada la provisión, añadiendo que no se ha alegado «elemento de prueba alguno que desvirtúe tal provisión»; declaración fáctica que exigía su desvirtuación por adecuado cauce, lo que al no haberse hecho, hace abocar el motivo en la causa de inadmisión prevista en el número quinto del artículo 1.729 de la Ley Rituaria, que en este trámite lo es de desestimación, pues para la aplicabilidad de la normativa que se

dice infringida hace el impugnante supuesto de la cuestión, estableciendo unos hechos distintos a los reiteradamente proclamados en las sentencias de primero y segundo grado.

RICARDO DE ANGEL

**CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACION: CONTENIDO. CLAUSULAS NULAS (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1986).**

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de una de las partes. Ponente: don Rafael Casares Córdoba.

*Doctrina de la Sala.*—Frente a la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Madrid de 10 de octubre de 1983, que al confirmar la del Juzgado de Primera Instancia de Torrijos (Toledo) de 8 de octubre de 1981, dio lugar, esencialmente, a la demanda principal, al tiempo que estimó parcialmente la reconvenzional; se interpusieron por ambos litigantes sendos recursos de casación postulando la nulidad de aquella resolución por estar incurso, según el demandante principal, en interpretación errónea del artículo 239 del Código de Comercio, así como en violación de la doctrina legal que citó y de los artículos 1.255, 1.265 (en relación con el 1.266) y 1.254 (en relación con el 1.262) del Código Civil, todos por este orden expuestos en los motivos primero a cuarto y séptimo del correspondiente recurso, en el cual también se hace denuncia, en los motivos quinto y sexto, al amparo, respectivamente, de los números segundo y séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su redacción aplicable, de incongruencia y error de hecho en la apreciación de la prueba por el juzgador, temas estos últimos de preferente examen dada su naturaleza e influjo sobre los restantes motivos del propio recurso y sobre los del otro formulado por la demandante de reconvencción, en el que, paralelamente, también se postula una declaración de haberse cometido error, ahora de Derecho, con violación, por la sentencia impugnada, del artículo 1.232 del Código, motivo igualmente de prioritario examen al que ha de seguir el de los articulados segundo y tercero de este otro recurso, en los que, al amparo del número primero de aquel artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, se reputa de indebida en la instancia la aplicación del artículo 1.281 del Código, y se consideran violados los artículos 1.740 del mismo ordenamiento y el 1.º de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908.

El examen objetivo de los errores en que los recurrentes pretenden que incidió la resolución combatida no permite la apreciación de los mismos —con el consiguiente perecimiento de los motivos en que son expuestos—, ya que, en cuanto al denunciado por el demandante principal, señor L. A., sobre tomar como documento auténtico revelador del error precisamente el contrato suscrito por los intervinientes el 22 de junio de 1976, cuyo contenido y eficacia fueron justamente objeto de discusión en el pleito, con lo que el tal documento quedó privado del privilegio de autenticidad que la parte le atribuye, el supuesto error es planteado enfrentando un determinado párrafo de un considerando —el quinto— de la sentencia impugnada, que contiene una afirmación meramente reforzadora del principal argumento del juzgador —incompatibilidad de las cláusulas anuladas

con el negocio jurídico querido por las partes—, argumento éste cuya interesada omisión lo deja intocado y obstaculiza, de manera insalvable, la conclusión de error, que así resulta tan rechazable como el que, a su vez, denuncia la contraparte, recurriendo también a la utilización parcial de las confesiones prestadas en el proceso para deducir, de los particulares interesadamente acotados, que «implicitamente» resulta adverada su afirmación de haberse efectuado ya la rendición de cuentas que la sentencia impone, sentando una conclusión inaceptable por su manifiesta parcialidad ante la objetividad de la sentencia combatida, que, en otro orden de cosas, ha de ser reafirmada, no obstante la objeción de incongruencia que el demandante principal le hace para el supuesto de que al fundamentar la nulidad de las cláusulas contractuales que declara, «se estuviese refiriendo a otros vicios del consentimiento distintos del error», según dición textual del recurrente, refiriéndose a una situación que, además de no ser del caso, supone la articulación del motivo, cuestionando no la parte dispositiva de la sentencia, que es lo propio del recurso, sino una eventual motivación en el pensamiento del juzgador de la que no existe la menor huella en el mandato de la propia resolución atacada.

Los restantes motivos del recurso interpuesto por la demandante reconvencional, que se articulan bajo los ordinales segundo y tercero de su escrito de formalización en denuncia, respectivamente, de aplicación indebida del artículo 1.281 del Código Civil —«aplicación que produce, a su vez, dice el texto de aquel motivo, violación del artículo 1.740 del mismo Código»— y por violación del artículo 1.º de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908, están condenados a claudicar, ya que, por lo que hace al citado en primer término, sobre la improcedencia de desarrollar en un mismo motivo dos supuestos de infracción —aplicación indebida de una norma y violación de otra— conculcando el mandato del párrafo segundo del artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que la recurrente pretende no es otra cosa que la calificación del contrato documentado el 22 de junio de 1976, haciendo, a los fines de su interés de que sea tenido por préstamo y no considerado de cuentas en participación, una larga exposición de teorías doctrinales en todas las cuales está presente, para la calificación pretendida, la entrega efectiva del dinero o cosa fungible al prestatario, circunstancia cuya falta aquí, al lado de la expresa declaración de las partes en sentido contrario, determinó el rechazo, en la instancia, de la calificación de préstamo y la consideración, de acuerdo con la expresada voluntad de los interesados, de contrato de cuentas en participación, calificación ésta a la que el juzgador llegó luego de interpretar el concreto convenio y las circunstancias del caso, por lo que ha de reputarse correcta, al menos como correspondiente al contrato básico (al que acompaña alguna prestación accesoria conexas, como luego se dirá), y que no ha de ser aceptada, puesto que la tarea interpretativa corresponde a los Tribunales de instancia, cuya decisión, en este punto, procede mantener, en tanto no se revele ilógica o en pugna con alguna norma precisa de hermenéutica, aun en los casos en que pueda caber alguna duda de su exactitud rigurosa, según constante doctrina jurisprudencial, de la que son muestra reciente las Sentencias de 21 y 28 de febrero y 4 de marzo de 1986, e incluso aunque alguna de las cláusulas contractuales vayan más allá del contenido propio de la figura contractual calificada, en tanto, como aquí sucede, la existencia de las mismas no desnaturalice la esencia del

contrato básico por estar incorporadas a él con carácter accesorio. La verificación de que el tercero y último motivo de casación del recurso en examen se articula sobre la base desechada de que lo convenido en el contrato de autos fue un préstamo hace decaer el mismo, ya que la argumentación de que el convenio suscrito en junio de 1976 cae en el supuesto de la Ley de 23 de julio de 1908, se asienta en la realidad del contrato de préstamo, que, como se ha razonado, no es la del caso.

La argumentación precedente relativa a la calificación del contrato en disputa es, en general, aplicable a la denunciada interpretación errónea que, por el demandante principal, se hace en su recurso —motivo primero— del artículo 239 del Código de Comercio, así como a la jurisprudencia que cita en el motivo segundo, que, en consecuencia, decaen, ya que la tesis que en ellos se mantiene de la obligatoria devolución del capital al partícipe por el dueño del negocio *siempre*, es tan incompatible con la naturaleza del contrato de cuentas en participación que configura aquel artículo, contrato en el que el gestor hace suyas las aportaciones del cuenta-partícipe que adquiere el derecho a las ganancias en la proporción que se establezca y, por supuesto, el de que le sea rendida cuenta de la marcha del negocio (Sentencias de 30 de abril de 1964, 23 de noviembre de 1961, 8 de febrero de 1963, 13 de febrero de 1965 y 4 de octubre de 1965), como alejada de la doctrina que, en el otro motivo en estudio, se cita, de la que el propio recurrente destaca las Sentencias de 7 de febrero de 1969 y 24 de octubre de 1975, aquélla referida a lo acaecido, de hecho, en la ejecución de un contrato inexistente, lo cual es bien distinto de la genérica declaración doctrinal que el recurrente pretende, y ésta otra, en la que las afirmaciones que contiene de que el partícipe «cuyo capital pasa al dominio del gestor o dueño o condueño del negocio»..., «pueda conservar contra éste un derecho de crédito sobre la parte de capital aportado que no se pierda», no contradicen la anulación parcial, llevada a cabo en la instancia y discutida en los motivos del recurso, de las cláusulas séptima, octava, novena, décima y decimoprimeras, en cuanto en éstas se contiene, y a ese particular ha de contraerse la nulidad decretada por incompatibilidad con la naturaleza del contrato querido (como el propio juzgador de instancia puso de manifiesto en el cuarto considerando de la sentencia), la obligación inalterable del gestor de devolver íntegramente el capital recibido sin consideración alguna a la marcha y al resultado del negocio, no obstante que, en buena doctrina, deba ser, en función de la prosperidad del mismo, delimitado el alcance económico de la participación convenida.

Las consideraciones más atrás hechas, que comportan el rechazo de los motivos primero y segundo del recurso que se enjuicia y el de los restantes del mismo en cuanto en ellos se pretende la devolución del capital aportado, *en todo caso* y con independencia de la marcha del negocio, no obstan, sino que, antes bien, justifican la pretensión de validez de las estipulaciones contractuales anuladas por la sentencia impugnada en el particular de ellas en que se contienen pactos cuya subsistencia no es incompatible con la naturaleza del contrato de cuentas en participación, que fue, en la instancia, el argumento esencial determinante de la nulidad en bloque de las estipulaciones séptima a decimoprimeras, ambas inclusive, del contrato discutido. Porque si bien se trata de un contrato único cuyo contenido más relevante se acomoda y encaja dentro del tipo

único de contrato de cuentas en participación, así expresamente rubricado por los suscribentes y acertadamente calificado en la instancia, existen en él prestaciones complementarias cuya subsistencia no implica desviación del fin concreto querido por los interesados. Así procede declarar, con acogimiento del tercero de los motivos de casación del recurso en presencia —acogimiento que hace innecesario el examen de los restantes del propio recurso con similar pretensión—, articulado por violación del artículo 1.255 del Código Civil, que consagra la libertad de pacto, la validez de lo convenido en las cláusulas séptima y novena del contrato de 22 de junio de 1976 en el extremo concreto de la duración de las cuentas en participación, en principio indefinida, sin perjuicio de la facultad de denuncia que a los interesados asiste —artículo 1.128 del Código Civil—, así como el extremo de la estipulación octava, que recoge la obligación de la dueña del negocio de traspasarlo a determinados familiares del cuenta-partícipe, la forma de llevar a cabo el justiprecio del traspaso y efectos del incumplimiento de este preciso pacto por la obligada, con alcance económico, para tal eventualidad, que no puede extenderse, por las razones más arriba reiteradas, a eliminar al partícipe, en su caso, de asumir el mismo porcentaje, en las pérdidas habidas, que el que, para el supuesto contemplado de incumplimiento, se establece como participación en las ganancias y, en el mismo caso, la validez de la opción, puesto que, contenida en la estipulación undécima, cuya nulidad ha de contraerse al particular de los efectos económicos en ella previstos, ha de insistirse en ello, las cláusulas en cuestión están, como todas las demás estipulaciones, insertas bajo la general rúbrica de «contrato de cuentas en participación», que, como rótulo genérico, abre, en la parte expositiva, el convenio querido, el cual, por tanto, ha de ser tenido en cuenta al juzgar el alcance y supervivencia de cualquiera de las estipulaciones particulares ostensiblemente accesorias entregadas en él, ya que otra cosa supondría caer en una interpretación desviante de la manifiesta voluntad de los contratantes y del fin que se propusieron alcanzar.

RICARDO DE ANGEL

*SOCIEDAD ANÓNIMA: COMPROMISO DE COMPRA POR UN SOCIO DE LAS ACCIONES DE LOS OTROS ACCIONISTAS DE LA SOCIEDAD. VALOR NETO DE LAS ACCIONES. INTERPRETACION (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1986).*

*Hechos*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Ramón López Vilas.

*Doctrina de la Sala.*—Un orden lógico en el examen de las cuestiones planteadas nos lleva a dar prioridad al examen del tercero de los motivos en que se apoya el presente recurso, puesto que basado aquél en pretendida infracción por violación del artículo 1.281 del Código Civil, en relación a la interpretación dada en la instancia al contrato suscrito entre las partes litigantes el día 10 de enero de 1977, obvio es que de la corrección o no de tal extremo básico y fundamental dependerá inexorablemente la suerte de los demás motivos, en los que los recurrentes, Construcciones «ASA»

y don Francisco M. R., haciendo supuesto de la cuestión, dan por admitido y resuelto que Construcciones «ASA» no quedó vinculada ni obligada por dicho convenio, denunciando temerariamente en los demás motivos —por cierto, de manera novedosa— la supuesta infracción de preceptos tan genéricos del Código Civil como los artículos 1.254 (motivo primero), 1.137 (motivo segundo), 1.445 (motivo cuarto) y 6.º en su párrafo 3 (motivo quinto).

En el citado motivo tercero se denuncia, como ya se ha dicho, infracción por violación del artículo 1.281 del Código Civil, al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente al tiempo de interposición del recurso. Como es bien sabido, en materia de interpretación es prevalente el criterio de la Sala que dictó la sentencia recurrida, en tanto no se acredite debidamente, por el cauce y concepto adecuados, que se han infringido normas interpretativas o se demuestre el error por la vía adecuada; doctrina conocida y reiterada de la Sala que no exime del estudio y consideración del supuesto litigioso desde la perspectiva de las cuestiones planteadas en casación y que sirve, en este caso, para comprobar el acierto con que la Sala de instancia interpretó el sentido y alcance del documento en que se instrumentó el contrato *inter partes*. Los actores, ahora recurridos, don Domingo M. S. y don Fernando P. P., que en su día habían constituido con el demandado y recurrente, don Francisco M. R., la Compañía mercantil Construcciones «ASA», también demandada y ahora recurrente, para «la compra, venta y construcciones de inmuebles y edificaciones. », decidieron separarse de la sociedad, y a tal fin pactaron y acordaron el 10 de enero de 1977, en el convenio o contrato objeto ahora de consideración, que el señor M. adquiriría y se hacía dueño de la totalidad de las acciones de la repetida sociedad mediante el pago a los señores M. y P. de las cuotas de patrimonio neto que como valor efectivo de sus acciones correspondía a cada uno de los vendedores, fijándose de manera clara e inequívoca en el pacto primero de ese contrato o convenio liquidatorio las respectivas cuotas de patrimonio neto de la sociedad de cada uno de los dos socios salientes (30 y 40 por 100) y el correspondiente pago de las mismas en los términos allí expresados. Tampoco cabe duda razonable alguna respecto a lo dicho en el pacto segundo sobre la responsabilidad por «gastos y quebrantos» que pudieran originarse a cargo de los mentados señores M., P. y M en las proporciones que se determinan, dado que tal previsión se refiere expresamente «al supuesto de que fuera preciso acudir a procedimientos judiciales para el cobro de las cambiales», no siendo posible, en consecuencia, extender o generalizar lo expuesto a otros extremos o supuestos que no sean precisamente los previstos específicamente en dicho pacto, de igual forma que, con igual claridad, del pacto quinto resulta que la responsabilidad por deudas tributarias que en el mismo se puntualiza por tener pendiente la sociedad la cuantificación y pago de «diversos conceptos fiscales», se concreta sólo a los de esa naturaleza, afectando además de modo exclusivo a su pago los importes de saldos de libretas y valores situados a nombre de la sociedad en las entidades bancarias que detalladamente se citan. Los términos en los que las partes (únicos socios de la entidad mercantil) convinieron sus respectivos derechos y obligaciones son tan claros y expresivos que no caben especulaciones forzadas —como en el recurso se pretende— sobre la intención conjunta de los intervinientes en el con-

venio liquidatorio con la correspondiente adjudicación por venta de acciones, para lo cual, obviamente, no era preciso convocar ninguna junta ni efectuar balance o cuenta de pérdidas y ganancias, por cuanto que en el repetido acuerdo liquidatorio de la sociedad se fijaba definitivamente el patrimonio neto sin posibles variaciones, salvo en lo relativo a los tributos devengados y no satisfechos. Todo lo cual conduce a la desestimación de este tercer motivo, que nos ha llevado, en un orden lógico adecuado, a ponderar el sentido y alcance del contrato de 10 de enero de 1977, por el que los actores, hoy recurridos, se separaron de la sociedad constituida en su momento con el demandado y ahora recurrente.

Lo dicho en el apartado anterior conlleva y supone el rechazo en bloque de los motivos primero, segundo, cuarto y quinto del recurso, en los que de forma sorprendente y novedosa se combate la sentencia recurrida, alegando, como dicho queda en el primer fundamento de Derecho, infracción por violación por inaplicación del artículo 1.254 del Código Civil, infracción por aplicación indebida del artículo 1.137 del mismo Código, infracción por violación del artículo 1.445 de dicho Cuerpo legal y, en fin, infracción por violación del párrafo 3.º del artículo 6 del propio Código Civil, al amparo en los cuatro casos del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sin más pretendido fundamento, reiterado en todos los apartados del recurso, que «Construcciones 'ASA' está excluida del mentado contrato y no figura en absoluto como persona que se haya obligado respecto a las otras». Todo ello después de haber sostenido y suplicado en la instancia que «... teniendo por alegada la excepción de compensación en nombre de mis representados, don Francisco M. R. y Construcciones 'ASA', se digne estimarla declarando compensada la deuda hasta la suma de 2.044.899 pesetas, que acredita esta parte de los actores, y dictar en su día sentencia por la que se estime parcialmente la demanda y se condene a mis representados al pago únicamente de la suma de 1.385.111 pesetas, con imposición de costas a la adversa»; lo que, a mayor abundamiento, pone de manifiesto que estamos en presencia de nuevos y contradictorios razonamientos que se hacen en este momento procesal con pretendida base en artificiosas y forzadas argumentaciones que la parte recurrente ofrece bajo nuevas e inadmisibles perspectivas, haciendo supuesto de la cuestión e introduciendo pretensiones *ex novo*, circunstancias que de suyo impiden su examen y discusión en casación.

RICARDO DE ANGEL

**DENEGACION DE PRUEBA EN LA INSTANCIA: PARA PODER FUNDAMENTAR EL RECURSO DE CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1986).**

*Hechos.*—Se desprenden de los Fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Rafael Casares Córdoba.

*Doctrina de la Sala.*—Interpuesto recurso de casación por quebrantamiento de forma contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Albacete de 4 de mayo de 1984, al amparo del número 5.º del

artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su redacción aplicable al caso, fundándolo en que solicitada del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ciudad Real la práctica de prueba pericial en el procedimiento a que se contrae, fue denegada la práctica de tal probanza primero por el Juzgado y luego por la Sala de apelación ante la que se reiteró la misma petición de prueba, el recurrente olvida que para que la denegación en la instancia de cualquier diligencia de prueba propuesta pueda fundar la casación son menester no sólo la admisibilidad de la misma conforme a Derecho, sino además que la desestimación de la misma haya producido indefensión a la parte que la propuso y que ésta hubiera intentado la subsanación del vicio utilizando al efecto los oportunos recursos ordinarios (Sentencias de 9 de marzo de 1984, 9 de abril, 4 de octubre y 26 de noviembre de 1985, entre tantas otras), requisitos cuya presencia no puede predicarse del actual caso en el que a la inutilidad y manifiesta impertinencia de la pericial solicitada para acreditar que la expresión del lugar y fecha del escrito de demanda «había sido puesta con máquina distinta y encima de un soberraspado» (*sic*), circunstancia apreciable a simple vista por el más profano y absolutamente ajena al pleito, se une el dato, puesto de manifiesto oportunamente por la Sala de instancia, de que el interesado no recurrió el acuerdo denegatorio del Juez de Primera Instancia conforme al artículo 567 de la Ley Procesal Civil, lo que constituye, a tenor del mismo precepto, un obstáculo al intento de subsanar el supuesto vicio ante el órgano de apelación.

RICARDO DE ANGEL

**PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA:  
ARRENDAMIENTO CONCERTADO POR EL DUEÑO DEL LOCAL  
HIPOTECADO DESPUES DEL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA  
DE HIPOTECA (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1986).**

*Hechos.*—Se desprende de los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Jaime Santos Briz.

*Doctrina de la Sala.*—El primero de los motivos del recurso se formula al amparo del número 1º del artículo 1.692, redacción vigente, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y al amparo, *ad cautelam*, del artículo 1.695, redacción anterior, de dicha Ley Procesal, al resolver, según el recurrente, en el auto recurrido puntos que no fueron objeto de controversia, como es sobre la invalidez de un contrato de alquiler con desahucio y lanzamiento de unos ocupantes a los que no se ha demandado ni oído en el procedimiento de ejecución del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. El motivo debe ser desestimado por las siguientes consideraciones: a) Ha de estimarse formulado, como el resto de ellos, al amparo de la redacción anterior de la Ley Procesal Civil por haberse preparado el recurso de casación por infracción de ley con anterioridad al día 1 de septiembre de 1984 en que comenzó a regir la reforma de 6 de agosto de 1984; por tanto, se cita como infringido el artículo 1.695 de la antigua re-

dacción, precepto totalmente diverso de aquel al que se quiere equiparar en la nueva Ley, contenido en el número 1.º del artículo 1.692. Este último se refiere a su vez a materia similar a la de las antiguas normas de los artículos 1.692, número 6.º, y 1.693, número 6.º, dado su casi idéntico tenor literal: por tanto, referido, según declaró muy reiteradamente esta Sala, a la competencia por razón de la materia o del grado de jurisdicción, o a la preferencia entre Juzgados o Tribunales de igual grado dentro de la jurisdicción ordinaria. Todo ello cuestiones por completo diferentes a las que el recurrente considera incluidas en el mismo número 1.º del citado nuevo artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil. b) El artículo 1.695, anterior redacción, se refiere exclusivamente a los autos que se dicten en ejecución «de sentencias», es decir, no a cualquier resolución, sino a lo mandado en sentencia firme de cuya ejecución se trate. Y es obvio que no puede en modo alguno equipararse a sentencia firme una escritura de constitución de hipoteca que sirve de base al procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, ni puede admitirse que dicho procedimiento se sigue para ejecutar una sentencia. No es confundible el título contractual con efectos de título ejecutivo que implica la expresada escritura, con la sentencia judicial, aunque ésta sirva también de título ejecutivo cuando se trata de llevar a efecto lo en ella ordenado. c) La inadmisibile equiparación que el recurso señala entre el número 1.º del artículo 1.692, nueva redacción, de la Ley Procesal Civil y el artículo 1.695 de la anterior, debe ser sustituida por la existente entre esta última norma y el número 2 del artículo 1.687 de la nueva redacción, relativo a los recursos de casación contra los autos dictados en apelación en los procedimientos para ejecución de sentencias recaídas en juicios declarativos ordinarios, supuesto también muy diferente del contemplado en este recurso, en que se trata de ejecución de auto de adjudicación y dación de posesión de bienes sometidos al procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Por todo ello decae el motivo examinado, ante lo defectuoso de su formulación y lo inadmisibile de las consecuencias a que por erróneo camino se quiere llegar.

El segundo motivo de casación formulado, en cuanto ahora interesa, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil antes de su última reforma, acusa error de hecho en la apreciación de la prueba derivado de documentos auténticos que, en opinión del recurrente, demuestran la equivocación evidente del juzgador. El motivo, después de enumerar hasta 22 documentos que estima como auténticos hace un parcial examen de la prueba, refutando minuciosamente los criterios que sobre ella ha mantenido la sentencia recurrida, con mezcla de cuestiones de Derecho sustantivo como en cuanto a la constitución de la hipoteca y con examen en realidad del conjunto de las pruebas obrante en las diligencias de ejecución, y distanciándose manifiestamente de lo que se ha declarado por esta Sala que significa la estimación del error de hecho con base en documento auténtico, en cuyo concepto no se hallan, según repetidamente se ha declarado, los escritos ni las resoluciones judiciales, ni los documentos de carácter administrativo, a cuyas especies corresponden la mayoría de los enumerados en el motivo; ni en cuanto a los restantes se hace un examen particularizado de ellos para poner de relieve la equivocación de la Sala, sino que esta equivo-

cación es como el resultado final a que llega el recurrente después de haber examinado las pruebas aportadas. De ahí que el motivo haya de decaer, máxime cuando en sus aspectos sustantivos, inadecuadamente tratados en un motivo de hecho, las consecuencias jurídicas son también desfavorables para el recurso. Así: a) Del hecho probado de que la escritura de hipoteca lleva fecha 28 de septiembre de 1978, anterior al contrato de arrendamiento de local de negocio o de industria en que se ampara el recurrente, que es de 14 de noviembre siguiente, no puede deducirse que el arrendamiento haya de superponerse a la hipoteca por la circunstancia de que tal escritura no se inscribió en el Registro hasta el mes de mayo de 1979, pues implica desconocer que como dice el ordenamiento (arts. 1.876 del Código Civil y 104 y 145 de la Ley Hipotecaria) la hipoteca se «constituye» en escritura pública, y desde entonces surte efectos para los otorgantes y sus causahabientes (arts. 1.218 y 1.225 del Código Civil), aunque no quede válidamente constituida *erga omnes* hasta que no se inscriba en el Registro (Sentencias de 14 de julio de 1930 y 3 y 12 de enero de 1943). Es cierto que la inscripción de la hipoteca tiene carácter constitutivo del derecho real, pero ello no autoriza para que los otorgantes y sus causahabientes (entre los que se halle el recurrente) desconozcan esa fecha de la escritura y se constituya un arrendamiento posterior que pretende dejar ineficaz al efecto real de la atribución del dominio del inmueble al acreedor. b) Luego el recurrente cuando constituyó el arrendamiento con su fallecido padre sabía que la finca estaba hipotecada y podía suponer que tenía limitadas sus facultades como tal arrendatario si se llegaba a resolver el derecho del arrendador concedente, como así ocurrió al ser ejecutada la hipoteca y quedar extinguido el arriendo, según se deduce de la doctrina sentada por esta Sala, entre otras, en Sentencias de 22 de diciembre de 1945 y 22 de mayo de 1963 c) La misma conclusión cabe deducir de una interpretación lógica de la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en relación con la regla 8.ª, en cuanto que los asistentes a la subasta aceptan las cargas y gravámenes anteriores al crédito del actor, pero no los posteriores que no se mencionan y al expresarse por mandato legal en el auto de adjudicación que se cancelen todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca, de donde se deduce la ineficacia de un mero derecho personal posterior a la constitución de la hipoteca como es el arrendamiento de industria o de local de negocio establecido sobre unos locales a favor del recurrente en 1978, y de los que anteriormente, como consta en documento de 30 de septiembre de 1977, examinado por la Sala *a quo*, fue arrendatario el deudor hipotecario en unión de sus dos hijos, uno de ellos el actual recurrente que con posterioridad devino en único arrendatario. d) De todo ello y del certero examen de la prueba hecho por el auto recurrido deriva que el motivo en examen debe también ser desestimado.

El tercero y último de los motivos de este recurso se ampara en el número 1.º del artículo 1.692, anterior redacción, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando la infracción del artículo 24, número 1.º, de la Constitución, el 446 del Código Civil y los artículos 2.056 y 2.059 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Motivo también desestimable, en cuanto que en modo alguno puede alegar el recurrente su indefensión, máxime cuando

ha podido hasta interponer recursos de casación por quebrantamiento de forma y por infracción de ley en un procedimiento judicial sumario de puro apremio, como el regulado en la Ley Hipotecaria (art. 131), cuyo procedimiento, como se razonó en la sentencia en que fue desestimado el recurso por quebrantamiento de forma, no permite más que la ejecución hipotecaria a través del ejercicio del *jus distrahendi* del acreedor, sin que en él puedan participar partes procesales al modo como en los juicios declarativos o especiales y que no permite suspensión alguna, salvo en los supuestos que taxativamente señala el artículo 132 de la citada Ley. Asimismo la protección que el artículo 446 del Código Civil dispensa a «todo poseedor» está subordinada, como ha declarado esta Sala (Sentencia de 8 de octubre de 1928) a los preceptos que regulan el derecho del verdadero propietario, en este supuesto el adjudicatario del inmueble en el procedimiento sumario antes mencionado, parte recurrida, y finalmente tampoco hay infracción alguna de los demás preceptos invocados en este motivo relativos a la posesión judicial en los casos en que no proceda el interdicto de adquirir, regulación que no obsta a la que para otros casos establecen las leyes, como es la ejecución hipotecaria prevista en esta legislación especial y que en el supuesto contemplado es de preferente aplicación a cualquier otra.

RICARDO DE ANGEL

**TASACION DE COSTAS: HONORARIOS DE LETRADO (NO INCLUYE LOS VIAJES DEL ABOGADO) (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1986).**

*Hechos.*—Se desprenden de los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso. Ponente: don Antonio Sánchez Jáuregui.

*Doctrina de la Sala.*—Como estableció la Sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 1980, la minuta de honorarios del Letrado interviniente en unas actuaciones judiciales debe limitarse a comprender los devengos derivados de su estricta actividad profesional emanante de su cualidad de tal profesional del Derecho y no a otros aspectos complementarios de ella, dado que lo comprensible en los honorarios de Letrado es simplemente el abono del trabajo intelectual y su desarrollo, pero no los trabajos materiales, que si aquél los ha asumido personalmente ya quedan insertos en su reclamación genérica de honorarios profesionales, razón por la que y abundando en el criterio que ya hubieron de mantener las sentencias de esta propia Sala de 13 de mayo de 1871 y 2 de junio de 1900, los gastos de viaje por trasladarse el Letrado desde su domicilio al lugar donde ha de prestar sus servicios profesionales, no son de procedente abono por la parte contra quien recayó el pronunciamiento de condena en costas, todo lo que determina la procedencia de estimar la pretensión articulada por el Procurador don Manuel Ayuso Tejerizo en el sentido de excluir, por indebidos, de la minuta formulada por el Letrado don

José María D. B., los honorarios correspondientes a dietas por desplazamiento de Valencia a Madrid y demás gastos de viaje, cifrados en la referida minuta en la suma de 44.500 pesetas.

RICARDO DE ANGEL

*CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA EN JUICIO EJECUTIVO POR LETRA DE CAMBIO: LUGAR DE DOMICILIACION DE LAS LETRAS, A PESAR DE SUMISION EXPRESA EN EL CONTRATO CAUSAL (SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1986).*

*Hechos.*—Se desprenden de los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso. Ponente: don Antonio Sánchez Jáuregui.

*Doctrina de la Sala.*—Reiterada jurisprudencia de esta Sala, contenida entre otras y como más recientes en las Sentencias de 5 de mayo y 14 de julio de 1983 y 29 y 30 de marzo de 1984, ha sancionado que «en los juicios ejecutivos derivados de letras de cambio, aceptadas por el ejecutado, la competencia para su conocimiento corresponde al lugar donde fueron las cambiales domiciliadas para su pago y allí protestadas, no siendo admisible la sumisión expresa pactada por los interesados en el contrato causal, acompañado por el ejecutante al serle notificado el auto del Juzgado requirente instando la inhibición, ya que el pacto de sumisión del contrato causal ha de referirse a las letras título de ejecución y al propio proceso ejecutivo, y además aportado en tiempo oportuno, no al contestar al requerimiento de inhibición», pues es regla general, como también pone de relieve la Sentencia de esta propia Sala de 4 de octubre de 1985, que para acreditar sumisión a efectos de competencia no puede tenerse en cuenta el contrato causal presentado extemporáneamente, habiendo de resolverse la cuestión de competencia atendido a los escritos de demanda y de proposición de la inhibitoria y a los documentos aportados con tales escritos.

RICARDO DE ANGEL

*CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: NO ES SUMISION EXPRESA LA REMISION A CONDICIONES IMPRESAS NO SUSCRITAS (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1986).*

*Hechos.*—Se desprenden de los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso. Ponente: don Cecilio Serena Velloso.

*Doctrina de la Sala.*—La presente cuestión de competencia aparece trabada entre los Juzgados de Distrito, número 20, de Barcelona, en que pende juicio verbal civil en reclamación de 30.500 pesetas, y el de igual clase de Don Benito que dirigió al primero requerimiento de inhibición. El objeto del juicio es la reclamación de la indicada cantidad en el concepto de precio de la venta con precio aplazado de libros efectuada

por la entidad demandante al demandado en los términos del documento privado que constituye el folio 3 del juicio y en que se refleja el contrato origen de la repetida reclamación. Examinado dicho documento, que aparece suscrito por el demandado en el anverso y dentro del recuadro correspondiente a la «Firma del cliente», expresa que el contrato se cierra «con las condiciones y forma de pago especificadas», apareciendo estas condiciones en el reverso y entre ellas la 9.ª, según la cual: «Para cualquier divergencia que pueda surgir en el tiempo de cancelación del crédito a que se refiere este documento que hubiéramos de dirimir judicialmente, me someto a la jurisdicción de Barcelona, renunciando a mi fuero». Este contrato, según se afirma en el escrito proponiendo la inhibitoria, no ha sido cumplido en parte alguna, ya que los libros pedidos no han sido remesados a Don Benito ni se ha puesto al cobro en esa plaza, domicilio del comprador, el primero de los recibos del precio aplazado fijado en 2.950 pesetas. Según el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, la condición 9.ª recordada constituye cláusula de sumisión expresa, determinante de la competencia del Juzgado de Barcelona.

Observada la Ley de 17 de julio de 1948 por cuanto la sumisión cuestionada se hace en favor del Juez del propio y habitual domicilio de la Entidad demandada, la competencia pende de la validez de la cláusula sumisoria ya que el Juez competente para conocer de las acciones de toda clase es el del fuero convencional, según así lo dispone el artículo 56 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: aquel a quien los litigantes se hubieren sometido expresa o tácitamente. Se entiende por sumisión expresa, a tenor del artículo 57, la hecha por los interesados renunciando clara y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión el Juez a quien se sometieren. Aunque el caso presente ofrezca similitud con el resuelto por la Sentencia de esta Sala de 23 de octubre de 1984 que reputó válida una cláusula muy semejante, también en documento de pedido de libros, pero existe la diferencia de que en el caso de dicha sentencia se había suscrito que las condiciones aceptadas eran las «estipuladas en el dorso»; mientras que en el caso presente se aprecia la variante de que las condiciones aceptadas son (según se ha transcrito) «las condiciones y forma de pago especificadas en este contrato, sin hacerse una paladina referencia a las figuradas impresas en el dorso las que no aparecen especialmente suscritas. No consta, en definitiva, que la sumisión aparezca suscrita o aceptada y, por lo tanto, no se da satisfacción a las exigencias del artículo 57 de que la sumisión sea clara y terminante y se expresen con precisión y claridad la renuncia al fuero propio y el Juez a quien se sometieren los interesados.

Descartada la sumisión expresa, inexistente la tácita, ya que el demandado interpuso la inhibitoria como el primero de sus actos procesales, ha de prevalecer el fuero del domicilio del demandado que es el del lugar del contrato, o sea, Don Benito, ya que no consta cuál sea el lugar en que deba cumplirse la obligación de pago del precio, ya que éste, según el documento aportado, debía tener efecto a la presentación de los recibos correspondientes a la forma de pago elegida, y que, al

parecer se le presentarían una vez recibida la obra adquirida o al serle entregada, negándose por el demandado tanto la presentación de los recibos como la remesa o entrega de ésta.

RICARDO DE ANGEL.

**DENEGACION DE PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA: NO SE DA LA CIRCUNSTANCIA DEL ARTICULO 862 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1986).**

*Hechos.*—Se desprenden de los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Rafael Pérez Gimeno.

*Doctrina de la Sala.*—Con independencia de que el caso aquí contemplado no puede subsumirse en ninguno de los motivos de casación por quebrantamiento de forma contemplados en los números 3.º y 5.º del artículo 1.693 de la Ley Procesal, en su anterior redacción, en cuanto al pleito fue recibido a prueba en primera instancia y no se denegó ninguna de las diligencias solicitadas, aunque no obstante, no pudo practicarse la propuesta por haberlo sido fuera de plazo, y en cuanto si no fue recibido a prueba en apelación se debió a que la Audiencia consideró, acertadamente, no hallarse comprendido el supuesto en ninguna de las hipótesis del artículo 862 de la citada Ley, hipótesis específica que ni siquiera se invocó, y con independencia igualmente de lo anómalo que resulta que en la declinatoria deducida se entendía como Juzgados competentes los de Barcelona, por alegar ser dicha ciudad lugar de su domicilio, pese a que en los dos poderes otorgados por el recurrente y obrante en autos, el uno en Zaragoza el 9 de diciembre de 1977, por tanto, anterior al pleito, y el otro en Barcelona el 16 de marzo de 1982, posterior a su personación, declara ser Las Palmas el lugar de su vecindad, es lo cierto que a tenor de los artículos 1.689, 1.º, y 1.690, 1.º, de la repetida Ley, cabe el recurso de casación contra las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias, si bien no tienen, a estos efectos, tal concepto las que recayendo sobre un incidente o artículo no ponga término al pleito haciendo imposible su continuación; por lo que si en el caso de litis la resolución recurrida es el auto de la Audiencia de 23 de diciembre de 1983, confirmatorio del dictado por el Juzgado el 23 de febrero de 1982 que desestimando la declinatoria propuesta por el hoy recurrente en el juicio ejecutivo promovido por el «Banco . . . S. A.», y estimándose competente para conocer de dicho proceso, acordaba la continuación del juicio por sus trámites, es manifiesto que no puede subsumirse en el supuesto del citado artículo 1.690, 1.º, en cuanto lejos de poner fin al pleito ordena su continuación

RICARDO DE ANGEL

**CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: ENVIO DE MERCANCIAS A PORTES DEBIDOS (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1986).**

*Hechos.*—Se desprenden de los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso. Ponente: don Jaime Santos Briz.

*Doctrina de la Sala.*—En la demanda origen de la litis (juicio de cognición), de que dimana esta cuestión de competencia por inhibitoria, se reclama el importe de géneros remitidos desde Elche (Alicante) a Portugalete (Vizcaya), constando por documentos acompañados al escrito de demanda que los envíos se hicieron a portes debidos, según albaranes en los que se hace figurar una suma en concepto de tales portes «debidos». Ningún otro principio de prueba ha aportado el demandado que contrareste el aducido por el parte actora, por lo que sin prejuzgar lo que se resuelva definitivamente en la litis, y a los solos efectos de esta cuestión de competencia, ha de resolverse la misma en favor del vendedor demandante, en cuanto conforme a los artículos 1.171, en relación con el 1.500, párrafo 2, ambos del Código Civil, la entrega de la cosa, por tratarse de cosa determinada constitutiva de la obligación, tuvo lugar en Elche, viajando después la mercancía de cuenta y cargo del comprador, y en Elche es donde ha de efectuarse el pago, lugar que, fuera de los supuestos de sumisión expresa o tácita (aquí no acreditados), es aquel en que debe cumplirse la obligación, fuero preferente según determina el artículo 62, regla 1.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y como se ha declarado reiteradamente por esta Sala, el lugar en que un contrato debe tener lugar, o ha tenido efecto, para alguna de sus obligaciones, cual la de entrega de la cosa, es el propio para exigir el cumplimiento de las demás, en este caso la reclamación de pago del precio (Sentencias, entre otras muchas, de 13 de enero de 1942, 17 de marzo y 11 de octubre de 1945); abundando en el mismo criterio las de 18 y 23 de mayo y 1 de junio de 1983, al declarar que no constando la existencia de sumisión expresa, ni elementos de los que inferir la tácita, ni tampoco el lugar en que deba cumplirse la obligación, ni el de entrega de las mercancías, y ejercitándose una acción personal, derivada de una compraventa mercantil, es aplicable la regla jurisprudencial de que el lugar de entrega de la mercancía, y, por tanto, el del cumplimiento, es el del domicilio del vendedor y su Juzgado el competente.

RICARDO DE ANGEL

**RESPONSABILIDAD CIVIL: EXCEPCION DE FALTA DE LITIS CONSORCIO. PASIVO NECESARIO (NO ES PRECISO DEMANDAR A OTRO PERJUDICADO). INCONGRUENCIA: NO EXISTE (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 1986).**

*Hechos.*—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia Sentencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Cecilicio Serena Velloso.

Para un adecuado enjuiciamiento del presente recurso de casación ocurre establecer las siguientes puntualizaciones: A) El 21 de julio de 1959 circulaban por la carretera de Madrid a Irún y en ese sentido de marcha el turismo de la matrícula BU ... , propiedad de don Alberto A. C., quien lo pilotaba, ocupando la primera posición y yendo seguido por otro turismo de la matrícula BOH-D-866 (D), propiedad de Agustín-Aurelio A. C. (nacido el 25 de septiembre de 1938), quien lo pilotaba, ocupándolo con su cónyuge María G. K. y sus tres hijos, entre ellos Angelines, nacida el 13 de diciembre de 1973 B) En el sentido de marcha opuesto marchaba Javier P. M., conduciendo el turismo de la matrícula M ..., ocupándolo Rafael D. M. y Jesús P. G. C) A causa de transitar una curva de dicha carretera ocupando este últimamente circunstanciado turismo la mitad izquierda de la calzada según su propio sentido de marcha, primeramente golpeó el lateral izquierdo del turismo de la matrícula BU ... y a continuación y perdido enteramente el dominio del vehículo, chocó frontalmente contra el de matrícula BOH-D-866 (D), estando éste enteramente en el lado derecho de su propio sentido de marcha. D) A consecuencia de la colisión ocurrida resultaron la muerte de Javier P. M. y la muerte y lesiones graves, respectivamente, de Rafael D. M. y Jesús Manuel P. G. y (lo que importa a los fines del presente recurso) la de Agustín-Aurelio A. C. y Angeles A. G. E) El turismo pilotado por Javier P. M. circulaba amparado por Seguro de Responsabilidad Civil concertado con la aseguradora «L.». F) La demanda originadora del juicio de que el presente recurso dimana aparece entablada por María G. K., por su propio derecho y en la legal representación de sus hijos supervivientes, dirigiéndose contra Rufino P. S. y Sabina M. I. en el concepto de padres y herederos del interfecto Javier P. M. y contra «L.», en reclamación de 3.835.000 pesetas, que corresponde, 3.500.000 pesetas a la indemnización procedente por fallecimiento de Agustín-Aurelio y Angelines, aparte y además de 600.000 pesetas que se confiesa haber percibido con cargo al Seguro Obligatorio de Vehículos de Motor, y las restantes 335.000 pesetas por los daños reportados por el turismo de la matrícula BOH-D-866 (D), propiedad del matrimonio Tanto la Sentencia del Juzgado como la de la Audiencia, contra la que el presente recurso se enredeza, han accedido a la pretensión resarcitoria.

Recorre en casación la compañía aseguradora.

*Doctrina de la Sala*—De los cuatro motivos que el recurso articula debe ser examinado el cuarto y último antes que los restantes. Acusa, en efecto, incongruencia del fallo, fundada en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y amparada en el número 2.º (antiguo) del artículo 1.692. Alega este motivo, referente a la indemnización de 335.000 pesetas merecida por los daños materiales reportados por el turismo de la matrícula BOH-D-866 (D), que «habría que descontar el valor de los restos, toda vez que, tanto si el reclamante se quedó con los mismos, como si los vendió, el intentar nuevamente su pago constituye un enriquecimiento injusto, al pretenderse indemnización por unos supuestos daños que realmente no se han producido». Salta a la vista la improsperabilidad de este motivo, ya que la incongruencia consiste en la falta de correspondencia entre las pretensiones de la fase expositiva y los

pronunciamientos del fallo, lo que poco tiene que ver con el enriquecimiento injusto. Si el fallo condenó al pago de la expresada cantidad, por el concepto indicado, sin tomar en consideración el valor remanente en los restos del vehículo, declarado siniestro total, es porque reputó que procedía el pago de esa cantidad, sin tomar para ello en consideración alguna el valor de los restos. Lo que el motivo propugna no es el reparo de una incongruencia, sino que, a partir de la supuesta improcedencia de la indemnización, se reduzca en el valor de los restos, lo que hubo de alegarse por otro número del artículo 1.692.

El motivo primero, al amparo del número 1.º (antiguo) del artículo 1.692, denuncia la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario, significado en no haberse demandado a Alberto A. C., conductor y propietario del turismo que precedía al siniestrado y contra el cual golpeó lateralmente, antes de chocar frontalmente con este último. Debe ser apresuradamente desestimado este motivo, ya que el litisconsorcio necesario obedece a la necesidad de que se llame al juicio a todas las personas interesadas en la relación jurídica controvertida y que pudieran resultar afectadas por los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones que constituyen el objeto del juicio. El turismo conducido por su propietario Alberto reportó, al parecer, daños en el lateral izquierdo; pero ello no significa que el perjudicado por tales daños haya de ser necesariamente demandado por los demás perjudicados, y más bien carece enteramente de sentido, habida cuenta de su inculpabilidad manifiesta.

Menos consistencia, si cabe, ofrece el motivo 2.º, en que se alega la infracción del número 5.º del artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hoy derogado todo el artículo; en cuyo número se exceptuaba del acto de conciliación los juicios que se promoviesen contra personas desconocidas e inciertas. La demanda de que el juicio dimanase se dirigió contra la aseguradora recurrente y los padres del conductor del turismo que efectuó la colisión y no se alcanza el sentido de la infracción que se aduce en este motivo segundo, que debe perecer al igual que el tercero y con él todo el recurso. Dicho motivo tercero, en efecto, alega la infracción de la excepción dilatoria cuarta del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «en relación con los artículos 661, 807, 935, 936 y concordantes». Ciertamente un motivo así articulado vulnera el artículo 1.720 (antiguo) de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no debió superar el trámite de la admisión por incidir en la causa de inadmisión y ahora de desestimación, cuatro del artículo 1.729 (antiguo), ya que no cita con precisión y claridad las leyes que reputa infringidas. De otra parte, el artículo 533 como el 460 son de naturaleza procesal y su cita no podía servir para fundamentar un recurso de casación por infracción de ley. Final y decisivamente, lo que en concreto se alega con ambos motivos es la falta de constancia de la condición de herederos del conductor del turismo de la matrícula M . de que adolecen los demandados padres del mismo, Rufino P. S. y Sabina M. I.; pero la aseguradora no tiene legitimación para salir en defensa de intereses que le son ajenos, debiendo limitarse a satisfacer la indemnización que adeuda desde la ya remota fecha del siniestro, más los intereses devengados conforme al artículo 921 bis y ahora párrafos 4.º y 5.º del actual artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**RECURSO DE REVISIÓN: DOCUMENTO RECOBRADO (NO EXISTE EN ESTE CASO)** (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1986).

*Hechos.*—Se desprenden de los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Rafael Casares Córdoba.

*Doctrina de la Sala.*—Dictada Sentencia por este Tribunal en 22 de septiembre de 1983 en el recurso número 703/1981, que desestimó el interpuesto contra la Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona de 20 de marzo de 1981, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de dicha capital, que había declarado caducada por falta de uso durante cinco años consecutivos la marca número 106.863, «I.», propiedad de la Sociedad recurrente, contra aquella sentencia se produce el presente recurso extraordinario de revisión en el que con fundamento en el número 1 del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se postula su estimación «rescindiéndose en todo la sentencia impugnada por carecer la Sociedad Anónima «R. P. E.» de la correspondiente legitimación activa para instar la declaración de caducidad de la marca número 106.863, «I.», al haberle sido definitivamente denegada la marca por la misma solicitada número 859.102, «100 I.».

Dejando aparte el tema nada desdeñable de la extemporaneidad de la revisión de la sentencia dicha, a la vista del término «descubrir» que la norma legal invocada —art. 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— emplea para señalar el comienzo del plazo para recurrir en revisión, cuanto entre la fecha de conocimiento del documento que, a los fines revisorios, se dice recobrado —art. 1.796, 1.º, de la Ley Procesal Civil— y la de la demanda de revisión, han transcurrido más de los tres meses previstos en aquel artículo 1.798 de la misma Ley y dando de lado también, a las no menos importantes consideraciones de si puede ser tenido como documento «recobrado», según la expresión de este otro artículo 1.796, 1.º, de la propia Ley, la Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia de Madrid de 5 de octubre de 1983 de cuya notificación o de cuya firmeza quiere deducir el recurrente, con notoria impropiedad, aquel recobramiento que la norma legal demanda para fundar la revisión y aun sin detener el razonamiento en la exigencia, aquí por ninguna parte apreciable, de que la sentencia que en el sentir del actor constituye el «documento recobrado» fundamental para la revisión, ha de haber sufrido detención por fuerza mayor o por obra de la parte a cuyo favor se dictó la resolución en trance revisorio —que aquí por cierto habría de ser la de aquella— y aunque, abundando en la tolerancia, se olvide, con el más amplio criterio *pro-actione*, que la normativa que gobierna el recurso de revisión, en cuanto este recurso extraordinario supone una derogación del principio de irrevocabilidad de las sentencias que han ganado firmeza, ha de ser restrictivamente aplicada, lo que, en este caso, sería suficiente para cerrar, sin más, el camino a la acción revisoria que, planteada con tan manifiestas omisiones y contradicciones, pretende traer a examen solapada e improcedentemente (Sentencias de 6 de abril y 18 de mayo de 1967) las mismas

cuestiones ya ampliamente planteadas, discutidas y resueltas en el anterior juicio, esto es, aunque se pudiesen soslayar, en suma, la falta de tantos requisitos inexcusablemente habilitantes para la revisión postulada, es inocultable que la cuestión de fondo subyacente al pretender la anulación de la Sentencia de este Tribunal de 22 de septiembre de 1983 «por carecer la Sociedad Anónima «R. P. E.» de la correspondiente legitimación activa para instar la declaración de caducidad de la marca número 106.863 «I.» al haberle sido definitivamente denegada la marca, por la misma solicitada número 859.102 «100 I.» da por bueno que la aptitud para actuar dentro de un determinado proceso permitiendo que la pretensión procesal sea examinada en cuanto al fondo, aptitud o condición que, referida al demandante, constituye la legitimación activa imprescindible para que una demanda sea propuesta por cierta persona, ha de darse invariablemente, según el recurrente, a todo lo largo del proceso y no sólo en el momento en que el actor solicita el comienzo de él, formulando, ordinariamente a la vez, la pretensión que va a constituir su objeto, tesis de permanencia e invariabilidad abiertamente rechazable y, con ella, el recurso tan incorrecta como tenazmente defendido, ya que otra cosa supondría ignorar que el efecto jurídico procesal típico de todo proceso, designado genéricamente como litispendencia, comporta, entre sus características, a la vez que la definitiva competencia por el Juez que la tiene en el momento en que la demanda se formula —*perpetuatio iurisdictionis*—, aunque después sufran alteración los hechos que la determinaron, el mantenimiento, asimismo, respecto de las partes, de los caracteres que fijaron su legitimación al tiempo de interponerse la demanda según un principio que, por similitud con aquél u otro, la doctrina más calificada ha llamado *perpetuatis legitimationis*.

RICARDO DE ANGEL

**RECURSO DE REVISION. TESTIGOS PRESUNTAMENTE MENDACES**  
(SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1986).

*Hechos.*—Se desprenden de los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Mariano Martín Granizo.

*Doctrina de la Sala.*—Como consecuencia de Sentencia dictada en apelación por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santander el 29 de diciembre de 1983, resolución revocatoria de la que pronuncia en juicio verbal el Juzgado de Distrito número 2 de la misma ciudad, el 29 de noviembre de dicho año, en autos número 430/1985, seguidos por don Hipólito D. S. contra don Agustín V. G., sobre desahucio por conclusión de contrato de arrendamiento, el citado demandado acude ante esta Sala interesando la revisión de la referida sentencia.

Son hechos básicos para la resolución de esta revisión, los siguientes:  
A) En el citado juicio verbal se propuso por el actor señor D. S. prueba testimonial, presentándose en tiempo y forma relación de testigos e interro-

gatorio de preguntas, formulando el demandado repreguntas, entre las que aparecían las relativas a la amistad de los deponentes con el actor, lo que no fue negado por alguno de los testigos, bien que con la complementaria indicación de que su deseo era que ganara quien tuviere razón. Referidas declaraciones se prestaron a presencia del Procurador de la parte demandada, como aparece en el acta levantada el 6 de septiembre de 1983. B) La sentencia dictada en apelación revoca la de primera instancia y aparece fue leída y publicada el siguiente día. C) Por providencia del Juzgado de Distrito que falló en primera instancia, de fecha 31 de julio de 1984, se acuerda la notificación de dicha resolución a los interesados, lo cual tiene lugar ese mismo día. D) La revisión se funda en la denuncia de «un fraude o maquinación fraudulenta, de unos testigos mendaces, en sus declaraciones y actuaciones, en medios reñidos no solamente con la ley, sino con las más elementales normas éticas», y se integra en el número 4.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La presente revisión resulta de imposible estimación: 1.º Por haber sido formulada fuera de plazo, en cuanto a través de los presupuestos que se han señalado en el precedente fundamento, habiendo asistido al interrogatorio de los testigos que se dicen «mendaces» el Procurador bien aquí actor sin que se hubiere tachado a ninguno de ellos, y, además, conociendo cuando menos desde el momento de sus declaraciones, o sea, el día 6 de septiembre de 1983, el contenido de las mismas, y, desde luego, el de la sentencia a partir de su notificación el 31 de julio de 1984, es evidente que el plazo de tres meses fijado en el artículo 1.798 de la Ley de Ritos había transcurrido con exceso. 2.º Porque, además, el apoyo legal que sirve de base a la pretensión de quien pretende la revisión, esto es, el número 4.º del artículo 1.796 de la Ley Rituaria, no es aquí la aplicación, en cuanto «mendaces» o no, el ataque a la sentencia aquí impugnada se centra en las declaraciones de unos testigos, lo que proyecta la cuestión sobre el número 3.º del citado precepto, como muy bien dice el Ministerio Fiscal, y siendo doctrina de esta Sala que en materia de revisión las interpretaciones han de ser estrictas, el indicado defecto formal es suficiente por sí solo para la desestimación de lo solicitado. 3.º Pero es que además, y cual tiene también indicado el Fiscal en su informe, quien aquí acude en impugnación en ningún momento ha intentado tachar a los testigos ni ha pretendido denunciarlos por vía del falso testimonio, salvo que con maniobra que bien puede merecer el calificativo de fraude procesal intenta aquí soslayar el revisionista fundamentado la revisión en el número 4.º en lugar del 3.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo cual, como queda ya indicado, no puede ser admitido.

RICARDO DE ANGEL

*RECURSO DE REVISION: INTENTO DE OCULTAR A LOS DEMANDADOS LA EXISTENCIA DE LA DEMANDA (NO CONCURRE) (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1986).*

*Hechos.*—Se desprenden de los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Rafael Casares Córdoba.

*Doctrina de la Sala.*—Postulada la revisión de la Sentencia dictada, en juicio de mayor cuantía, el 7 de julio de 1983, por el Juzgado de Primera Instancia número 11 de los de Barcelona, argumentando el actor, al hilo del número 4 del artículo 1796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuyo amparo es ejercitada la acción revisora, que, a aquella resolución, se llegó por el órgano jurisdiccional en un proceso en el que el demandante, observando formalmente las disposiciones legales, eludió, intencionadamente, la posibilidad de que los representantes de la sociedad demandada tuviesen conocimiento de la existencia del pleito, con lo que esta entidad mercantil quedó en la indefensión que tal maquinación comporta, la tesis sustentadora así escuetamente expuesta se revela inviable una vez patente que la demanda, iniciadora del proceso en el que recayó la sentencia aquí impugnada, se notificó en legal forma en el preciso domicilio que, según el Registro Mercantil correspondiente, era el de la Sociedad Anónima demandada, en la fecha 26 y 28 de abril de 1982, en que la diligencia de emplazamiento tuvo lugar, domicilio en el que, por otra parte, había sido citada de conciliación, sólo unos días antes, la propia mercantil cuyo representante compareció en el acto conciliatorio celebrado el 23 de abril de 1982, evidenciando, así, la eficacia práctica de la citación hecha en el mismo domicilio legal en que, a las pocas fechas, se hizo el emplazamiento cuya ignorancia se argumenta, sin demostración fiable no sólo de que tal citación y emplazamiento no llegasen a su poder, sino cayendo en la misma falta de acreditamiento su afirmación de que otro emplazamiento, a instancia del demandante, en el nuevo domicilio de la mercantil, con constancia registral desde el 4 de mayo de 1982, tampoco le llegase por haber tenido lugar, dice, en escalera distinta —la C en lugar de la B—. afirmación esta que ha quedado, en la fase probatoria, igualmente huérfana de toda prueba y, con ello, en situación de improsperabilidad la indefensión que proclama, pretendiendo la revisión de una sentencia firme que, en modo alguno, ha probado fuese ganada en virtud de la maquinación fraudulenta que puntualiza el número 4.º del artículo 1796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que obliga, de conformidad con el Ministerio Fiscal, a desestimar el recurso interpuesto con el efecto, en cuanto a costas, y pérdida del depósito constituido, que establece el artículo 1.809 de la misma Ley Procesal.

RICARDO DE ANGEL

## e) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

*TÍTULOS NOBILIARIOS. POSESION INMEMORIAL. Ley 41 de Toro*  
(SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1987).

Admite la prescripción adquisitiva del título nobiliario poseído durante más de cuarenta años, conforme a la Ley 41 de Toro.

*Nota.*—Es de advertir que las Leyes de Toro se aplican sólo a los títulos nobiliarios del Reino de Castilla, pero no a los aragoneses, que se rigen por las normas de su Derecho especial, entre ellas el Fuero VI del Libro VII del Código de Huesca de 1247, que admite la prescripción de treinta años y un día.

F. C. L.

*TESTAMENTO MANCOMUNADO ARAGONES.—USUFRUCTO UNIVERSAL DE VIUDEDAD* (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1986).

Los fundamentos de esta sentencia, que aplica el derogado Apéndice foral, son los que se transcriben a continuación, de los que resulta la cuestión litigiosa.

*Fundamentos de Derecho.*—1.º El presente recurso de casación hace referencia al procedimiento instado para obtener, sustancialmente, la nulidad de escrituras de compraventa y donación efectuadas por la madre de uno de los hijos, estando aquélla vinculada por el testamento mancomunado de 27 de septiembre de 1951, otorgado con su esposo y padre de las partes litigantes, habiendo fallecido este último el 11 de enero de 1953, por lo que es de aplicación, como así lo han entendido los contendientes y las sentencias recaídas en ambas instancias, el apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón de 7 de diciembre de 1925, en atención a lo dispuesto en la disposición transitoria sexta de la Compilación de Derecho Civil de Aragón aprobada por Ley 15/1967, de 8 de abril; y las consecuencias económico-jurídicas derivadas de tales nulidades en orden a la posesión de las fincas y los frutos percibidos por los demandados hoy recurrentes y cancelación de inscripciones registrales obtenidas en virtud de las escrituras en cuestión y otras de carácter accesorio igualmente consecuentes a las nulidades referidas.

2.º El primer motivo, con sede en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la LEC, denuncia la aplicación indebida del artículo 19 en sus párrafos 2.º y 3.º del Apéndice Foral de Aragón de 7 de diciembre de 1925 y la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia 23 octubre 1964). El motivo va encaminado a patentizar que los únicos bienes objeto del usufructo viudal establecido recíprocamente entre los esposos al otorgar el testamento mancomunado en cuestión, eran de naturaleza inmueble y conse-

cuentemente dicho usufructo es coincidente con el señalado en el artículo 63 de dicho texto foral que al tener carácter legal, es decir, venir impuesto por ministerio de la ley, no comportaba liberalidad de ningún tipo a favor del cónyuge supérstite, madre de los litigantes, vendedora y donante de los bienes cuestionados, por lo que no venía la viuda constreñida en sus disposiciones dominicales por lo dispuesto en el artículo 19, 2.ª y 3.ª, cuya infracción se acusa y el motivo así razonado no puede prosperar, por cuanto viene a hacer supuesto de la cuestión el de que se está en presencia de este usufructo legal, cuando precisamente la sentencia recurrida afirma textualmente «que los cónyuges, causantes de los litigantes, el 27 de septiembre de 1951 otorgaron testamento mancomunado en el que se concedieron recíprocamente el derecho de viudedad universal incluso de los bienes muebles con relevación de inventario y fianza...», estimando a continuación que ello supone una liberalidad o beneficio para el cónyuge superviviente, sin que conste la renuncia al mismo en el caso presente y sin que se haya liquidado previamente con definición clara y taxativa el caudal propio de cada cónyuge testador, razón por la que aplica correctamente la citada sentencia el precepto que se dice conculcado, dada la premisa sentada por la Sala de instancia, que permanece inalterable al no haber sido impugnada, ni por la vía del error de hecho del supuesto fáctico establecido, del artículo 1.692, 7.º, de la LEC, ni por el cauce del número 1 de dicho artículo y señalando el artículo 675 del Código Civil, como normal legal supuestamente infringida al interpretar la disposición testamentaria mancomunada, no siendo ocioso poner de relieve que el artículo 64 en relación con su precedente del Apéndice Foral a que nos referimos, ponen claramente de manifiesto la diferencia entre ese «usufructo legal» u *ope legis*, que aquí no se da y el «universal» que es el de autos, que implica y requiere una extensión a todos los bienes por la voluntad testadora concorde, que incluso puede ser tácita, como se apunta en el primer párrafo del artículo 64.

3.º El segundo motivo, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la LEC, estima la infracción del artículo 1.232, 1.º, del Código Civil, proyectando así error de Derecho en la apreciación de la prueba, en cuanto que no se da el valor preceptivo que de dicha norma se infiere a la absolución de las posiciones 19 y 20 absueltas por el acto recurrido, por lo que atañe a la aplicación de la presunción legal del artículo 48, 3.º, del Apéndice Foral, a las fincas reseñadas bajo los epígrafes *k)*, *l)*, *m)*, *n)*, *p)* y *r)*. El motivo viene condenado al fracaso, porque la absolución de las posiciones señaladas no se refiere explícitamente a las fincas descritas en tales epígrafes, sino que están contestadas en términos generales, estando por ello sujeta a la valoración de conjunto de todos los instrumentos de prueba obrantes en autos, como se expresa que así lo ha sido en el primer considerando de las sentencias de ambas instancias y sin que pueda prevalecer uno de ellos sobre los demás, resultando ineficaz en casación descomponer esa apreciación global del juzgador para impugnar aquellos elementos probatorios contrarios a la tesis del recurrente, pues así lo tiene establecido doctrinalmente esta Sala (Sentencias de 24 y 30 de abril y 28 de septiembre de 1981; 6 de octubre de 1982; 8 de abril, 13 de junio, 25 de junio y 11 de julio de 1983).

4.º El tercer motivo al amparo del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la LEC, es el que trae causa de su precedente y denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 48, 3.º, del Apéndice Foral, aplicación que es correcta dado el resultado fáctico propuesto por la sentencia impugnada que al permanecer incólume origina la decadencia del motivo al *hacer* supuesto de la cuestión. Ello aparte de que, aun cuando fueran bienes privativos de la madre de los litigantes, no podría modificar lo dispuesto en el testamento mancomunado a favor de dichos dos hijos, herederos por partes iguales, según cláusula 4.ª, sin haber cumplido los requisitos exigidos en el artículo 19, 2.º y 3.º, del Apéndice Foral y estudiados precedentemente.

5.º El cuarto motivo, residenciado en el número 1.º del artículo 1.692 de la LEC, señala la infracción por falta de aplicación de los artículos 1.278, en relación con los artículos 1.254, 1.258 y 1.091 del Código Civil, cuyos razonamientos se refieren a las fincas epigrafiadas *j)* y *q)*, donadas en 6 de febrero de 1976, lo que no puede prosperar: A) Porque como dice correctamente la Sentencia de primera instancia, confirmada por la de apelación, tales bienes, aun siendo gananciales, no privativos, estaban sujetos a la falta de disponibilidad del artículo 19, 2.º y 3.º, del Apéndice Foral, según se razonó en el fundamento jurídico 2.º; y B) porque si, según constata el motivo, la madre viuda al hacer la donación tenía pleno poder de disposición otorgado por ambos hijos a fin de que pudiera venderlos para con su precio poder atender a la reparación de la casa familiar del epígrafe *a)*, es evidente que tal condición no se cumplía donándolas a su hijo Modesto, cuando éste no procedió a la reparación de dicho inmueble con su propio peculio, según señala el último considerando de la sentencia de segundo grado, no combatido tal extremo de hecho por la adecuada vía del ordinal 7.º del artículo 1.692 de la LEC, por lo que tal afirmación permanece inalterable.

6.º El quinto motivo con sede en el número 1.º del artículo 1.692 de la LEC, que denuncia la infracción, por aplicación indebida, del artículo 79, 3.º, de la LH en relación con el artículo 76 de la misma Ley, no puede tener éxito, dado que este aspecto registral es consecuencia de las nulidades proclamadas por la sentencia combatida, que, aunque impugnadas en su esencia civil en este recurso no han prosperado, por lo que la corrección hermenéutica de la Sala de instancia en su dispositivo cancelatorio es clara y corresponde a la ecuación realidad físico-jurídica con la legitimación registral.

7.º El sexto motivo por vía del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la LEC, denuncia la violación por no aplicación del artículo 1.303 en relación con los artículos 657 y 659 del Código Civil, que ha de estimarse porque estableciendo las sentencias de instancia la buena fe de los demandados en la posesión de las fincas cuya enajenación se declara, es evidente que por imperio del primer precepto señalado se corresponde a la entrega de la coposesión de las fincas objeto de compraventa al demandante, la devolución de la mitad del precio que figura en las escrituras por el actor al demandado, así como sus intereses y el abono de la mitad de los frutos percibidos por los recurrentes al actor recurrido desde el 9 de julio de 1979, fecha del acto de conciliación en que cesó, según las sentencias de instancia, la buena fe de los recurrentes.

8.º El séptimo motivo, por vía del número 1.º del artículo 1.692 de la LEC, denuncia la infracción del artículo 1.253 del Código Civil por aplicación indebida al entender que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta el documento de reconocimiento de deuda de 300.000 pesetas de la madre al hijo de 15 de julio de 1971. El motivo incide en error de cita del artículo 1.253 del Código Civil e incluso de la sede casacional en que se inscribe, pues el último considerando de la sentencia a que se alude por el recurrente no sólo no cita el precepto sustantivo que se dice violado, sino que lejos de hacer prueba de presunciones, lo que hace es una valoración de la documental y de la de confesión judicial del demandado, extrayendo esa conclusión fáctica que sólo hubiera podido ser combatida por el cauce del ordinal 7.º del artículo 1.692 de la LEC, y al no incumplirse de esta suerte, ha de decaer el motivo.

9.º El octavo motivo, por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la LEC, acusa supuesto error de Derecho en la apreciación de la prueba al no conceder a la prueba documental (documento privado de 15 de julio de 1971, firmado por la madre de ambos litigantes reconociendo deuda de 300.000 pesetas al hoy recurrente) la eficacia del artículo 1.225 del Código Civil, que tampoco puede prosperar, dado que la conclusión a que se llega por la Sala de instancia, según se advierte en el fundamento jurídico anterior, es por apreciación de conjunto de distintos elementos de prueba, por lo que siendo aquí aplicable la doctrina de esta Sala expuesta en el fundamento 3.º, ha de obtenerse la misma consecuencia jurídica que allí se expresaba, siendo, además, incuestionable que ni aun las escrituras públicas dan fe de la certeza intrínseca de su contenido, como tiene señalado la doctrina jurisprudencial.

10. El noveno motivo, con sede casacional en el número 7.º del artículo 1.692 de la LEC, denuncia error de hecho, en orden a la premisa fáctica establecida en la sentencia recurrida que rechaza por improbada la cesión en aparcería o terraje de la madre a su hijo Modesto, hoy recurrente, de todas las fincas de antes y a tal fin señala el documento de 15 de julio de 1971, ya reseñado, y una certificación de la Cámara Sindical Agraria Local de La Almolfa (Zaragoza) que dice constatan el error en que incide la Sala *a quo*, pero ello ha de perecer ante la sola consideración de que no siendo literosuficientes en su contenido, no constituyen la prueba contundente en contra de las afirmaciones del juzgador, que es exigida por el artículo 1.692, 7.º, de la LEC y la jurisprudencia sobre el particular, tanto más cuanto que la premisa fáctica sentada por el juzgador de instancia (considerandos 30 y 31 de la Sentencia de primer grado y penúltimo de la de apelación) lo es virtud de una correcta valoración de prueba de conjunto y el motivo pretende, en forma casacionalmente incorrecta, preterir unos elementos probatorios por otros a los que da preferencia porque estima auspician su propia tesis en el recurso.

11. El mismo perecimiento corresponde señalar al motivo décimo que por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la LEC señala error de Derecho en la apreciación de la prueba por no aplicación del artículo 1.232, 1.º, del Código Civil, al no dar el valor que le atribuye tal precepto, que estima conculcado, a la confesión judicial prestada por el actor recurrido, siendo lo cierto que aquí, aparte de ser aplicable la

doctrina señalada en el fundamento anterior en lo atinente a la supremacía de la apreciación global o de conjunto de todos los medios de prueba producidos en autos verificada por la Sala, ha de tenerse en cuenta que la forma de ser absuelta la posición 8.ª por el actor no puede conferir a la conclusión fáctica pretendida por el recurrente el valor que se deduce del artículo 1.232, 1.º, del Código Civil, sustantivo, ya que el artículo 1.233 del mismo texto legal proscribe la división del contexto confesado y además no se trata de hecho personal del confesante, lo que es condición indispensable para el valor que le atribuye el recurrente, pues así lo determina el artículo 1.231 del citado Código Civil.

12. Los motivos decimoprimer, decimosegundo y decimotercero, que discurren por el cauce del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la LEC, denuncian la infracción por aplicación indebida del artículo 1.947 en relación con el 1.945 del Código Civil y doctrina de esta Sala cuyas sentencias cita, el primer; el segundo, violación por no aplicación del artículo 348, primer párrafo, del mismo Código sustantivo, y el tercero, la violación por no aplicación de los artículos 1.579 y 1.543 del referido texto legal. Pues bien, los tres motivos, dirigidos a desvirtuar la disposición de las sentencias de instancia en orden a la devolución de los frutos por la nulidad declarada de las escrituras de compraventa y donación de las fincas de los padres de los litigantes, por estimar la existencia de una aparcería concedida por la madre al recurrente, es improsperable: A) Porque incide en contradicción la tesis ofrecida en el recurso, puesto que no se puede ser aparcero de fincas que se ostentan con carácter de dueño, si es que prevalecen las citadas transmisiones, onerosas unas y gratuitas otras, en que se apoya la parte recurrente; y B) que los tres motivos hacen supuesto de la cuestión, puesto que ni fue aparcero, ni fue dueño por transmisión de su madre, ni como comprador ni como donatario de las fincas de antes, según declara la sentencia recurrida, cuya declaración fáctica permanece incólume, por lo que la correcta aplicación del ordenamiento jurídico ha de hacerse con vistas de tal premisa, como así lo ha hecho la Sala juzgadora.

F. C. L

*CAPITULACIONES MATRIMONIALES NAVARRAS.—LEGADO.—CONCENTRACION PARCELARIA—SUBROGACION REAL. Leyes 241, 242, 243 y 252 del Fuero Nuevo de Navarra Artículo 869 del Código Civil (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1986).*

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Cecilio Serena Velloso, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelada contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de

Pamplona, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Estella, confirmando en su segunda sentencia la de este último, conforme a los siguientes fundamentos, de los que se desprenden los hechos motivadores del litigio.

1. Para un adecuado enjuiciamiento del presente recurso de casación, ocurre anteponer al examen de sus motivos las siguientes precisiones: A) En capitulaciones matrimoniales otorgadas el 12 de septiembre de 1979 por J. E. L., viuda de B. I. M., y A. I. E., de una parte, y de la otra, R. I. e I. y su cónyuge V. I. H. y la hija de ambos N. I. I., se expone que B. I. M. estuvo casado en primeras nupcias con L. E. L., de cuyo matrimonio queda una hija, J. I. E., la cual está pagada de sus derechos sucesorios paterno y materno; falleciendo B. I. M. el 1 de septiembre de 1954 en estado casado en segundas nupcias con la otorgante J. E. L., y también que mediante testamento de 12 de diciembre de 1940 se instituyeron recíprocamente herederos en pleno dominio, bajo cuyo testamento falleció B., dejando cuatro hijos, a saber el otorgante A. y M. J. y C. I. E. En dicha escritura de capitulaciones matrimoniales de 12 de septiembre de 1959 la otorgante J., en atención al matrimonio contraído el 2 de mayo de aquel año 1959 por su hijo el también otorgante A., hizo a su favor donación universal de bienes presentes y futuros, desde la propiedad de ellos desde que el matrimonio se celebró hasta el usufructo desde que falleciese la donante; haciéndolo bajo, entre otras normas que ahora no importan, la de que J. se reserva para disponer libremente por toda clase de actos y contratos entre vivos o por causa de muerte, las fincas que se describen bajo los números que se expresan y la propiedad privativa y exclusiva con el derecho conjunto de copropiedad en los demás elementos comunes del edificio para su adecuado uso y disfrute, del piso primero de la casa que se describe con el número 1. Se previene, además, que «las fincas o parte de ellas de que la donante no disponga, quedarán en beneficio de don A. al fallecimiento de su madre». B) J. E. L. falleció bajo testamento abierto otorgado notarialmente el 2 de noviembre de 1961, en el cual y luego de hacer referencia a las fincas materia de la reserva hecha en la escritura de capitulaciones matrimoniales de 12 de septiembre de 1959, que se transcribe, otorga, haciendo uso de la facultad de disposición que se reservó, legado en pleno dominio, a su hija M., en usufructo vitalicio y a su hija C. en nuda propiedad, «la pieza en San Pelayo, de 20 robadas, descrita bajo el número 1 en la cláusula 3.ª; a su hija J. en usufructo vitalicio y a su hija C. en nuda propiedad, la pieza de San Justo, de 16 robadas y 6 almutadas, descrita con el número 4; y a su hija C. el pleno dominio de las fincas descritas con los números 2, 3 y del 5 al 13, ambos inclusive, y el piso descrito bajo el número 14, con el derecho conjunto de copropiedad. Ratifica la donación universal de bienes presentes y futuros que hizo en favor de A. C) Mediante codicilo, el 30 de julio de 1964, la testadora J. E. L. modificó el testamento de 2 de noviembre de 1961, legando todas las fincas mencionadas a su hija C., dejándolo subsistente en todo lo demás. E) Estando inscritas las fincas legadas en favor de A. y en méritos de las capitulaciones matrimoniales de 12 de septiembre de 1959, sobrevino la Concentración Parcelaria del término municipal de Legaria,

en que asientan (fuera del piso) todas las fincas objeto de la reserva y legado circunstanciados, habiéndose aprobado la reorganización de las fincas por la Dirección General del Servicio de Concentración Parcelaria el 21 de noviembre de 1969, autorizándose acta de protocolización de 21 de enero de 1970, que causó inscripción de la finca de reemplazo en favor de A el 10 de octubre de 1970 F) El 22 de octubre de 1978 falleció J. E. L. G) Es objeto del juicio declarativo de mayor cuantía de que el presente recuso de casación dimana se declare que C. ostenta el derecho a que su hermano A. le entregue el legado ordenado por su madre, incluidas las fincas rústicas sujetas a la Concentración Parcelaria; que se le condene a entregar y poner a su disposición dichas fincas rústicas y, subsidiariamente y en el caso de no ser materialmente posible la entrega de las mismas fincas, a la entrega de las de reemplazo, equivalentes en situación, calidad y valor a las que fueron objeto del legado, que se determinarán en ejecución de sentencia; condenándose a A. a otorgar la correspondiente escritura y el importe de los frutos y productos de los bienes integrantes del legado, desde la fecha del fallecimiento de la causante; declarándose, en fin, la nulidad y disponiendo la cancelación de las inscripciones registrales producidas a favor del demandado en el Registro de la Propiedad. La Sentencia del Juzgado estima parcialmente la demanda y, en cuanto a las fincas concentradas, condena a A. «a que entregue las de reemplazo, cuyas circunstancias y concreción se realizarán en ejecución de sentencia por el IRYDA y ello con entrega de los frutos y rentas de tales bienes o fincas desde la fecha de la primera reclamación de las mismas al demandado, que se determinará en ejecución de sentencia o en su defecto desde el día 15 de octubre de 1981, fecha del acto de conciliación»; declarándose la nulidad y disponiéndose la cancelación de las inscripciones registrales en favor de A. en cuanto contradigan lo dispuesto. La Audiencia, por su parte y en recurso de apelación interpuesto por A., revoca la del Juzgado y reduce la condena a la entrega del piso, rechazando el resto de las peticiones.

2. El presente recurso de casación, interpuesto por la actora contra la Sentencia de la Audiencia con anterioridad a la reforma del régimen de casación operada en 1984 y, por tanto, ateniéndose al antiguo artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se articula con seis motivos, amparándose el primero en el número 7.º y los cinco restantes en el 1.º de dicho artículo. El motivo primero atribuye a la Sentencia de la Audiencia error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documento auténtico; señalando como tal el testamento de 2 de noviembre de 1961 y el codicilo de 30 de julio de 1964. El motivo primero debe ser desestimado obviamente, pues, como dice la Audiencia (considerando segundo) «no hay discordancia» sobre los hechos y «sólo se discuten sus consecuencias jurídicas» (considerando primero). Los documentos citados, por otra parte, son documentos ya tenidos en cuenta por el juzgador de la instancia, con lo cual decaen del pretendido carácter de auténticos que les atribuye el recurso. No existe duda alguna sobre la existencia y los términos de dichos instrumentos, y en ellos se hallan de acuerdo ambas partes litigantes, cuya discordia se despliega en punto a su eficacia, una vez efectuada la Concentración Parcelaria, respecto de las fincas rústicas objeto de la reserva en las capitulaciones y del legado hecho en las

disposiciones de última voluntad, con lo cual pierde la cuestión toda la sustancia fáctica que es la propia del error de hecho en la apreciación de la prueba y ha de pasarse, sin más, al examen de los motivos por infracción de ley.

3. Los cinco motivos amparados en el número 1.º del artículo 1.692, antiguo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil deben ser examinados conjuntamente, ya que, bien que desde ópticas diversas, se mantiene la vigencia y operabilidad del legado en favor de la recurrente de las fincas rústicas concentradas, señalándose a ese propósito la infracción de los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil (motivo segundo), pues (dice este motivo) no puede presumirse que existiese voluntad de la madre de revocar la donación por no haber intervenido en la Concentración Parcelaria; denunciándose (motivos tercero y sexto) infracción por no aplicación de las Leyes 241, 242, 243 y 252 del Fuero Nuevo de Navarra y del artículo 869 del Código Civil, al no haberse dado la eficacia debida al legado; señalándose en los otros dos (cuarto y quinto) la vulneración de diversos preceptos de la Ley de Concentración Parcelaria, Texto refundido de 8 de noviembre de 1962, incorporada ahora al nuevamente refundido, de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero, y, concretamente, aparte otros, el artículo 67 de la primera y 232 de la segunda; siendo esta la materia que debe ser estudiada.

4. El fundamento del fallo desestimatorio se halla ante todo en afirmar la desaparición de las fincas rústicas legadas, lo que extinguiría el legado conforme a la Ley 253 del Fuero de Navarra, y al artículo 869 del Código Civil. A juicio de la Audiencia no subsisten las fincas legadas en la finca resultante de las operaciones de la Concentración Parcelaria por haberse formado la dicha finca de reemplazo con las mismas y con otras de la indudable propiedad de A. La Concentración Parcelaria «produce una subrogación real y dineraria o equivalencia económica, es decir, sustitución o reemplazo del objeto del derecho real por un *id quod interest* en valor concretos fundiarios o abstractos monetarios» (considerando segundo, al final); aclarándose más adelante (considerando cuarto) «que la finca adjudicada no supone una permuta con las legadas, pues figuran en la Concentración otras cuya disposición no fue reservada, sino una subrogación de otra por aquellas que no pueden ser identificadas y que hay que tenerlas por inexistentes». El otro fundamento se halla en atribuir a la madre «un cambio de voluntad en cuanto a la disposición» de las fincas cuestionadas, ello a partir de que «no puede afirmarse que la testadora, madre de los litigantes, desconociera el expediente» de Concentración, lo cual, según la Audiencia, «le obligaba (a la madre) a una declaración expresa de sustitución del legado por el equivalente en la finca adjudicada al hijo, y al no hacerlo así es indudable que, al menos implícitamente, se producía un cambio de voluntad en cuanto a la disposición», ya que «las fincas legadas no existían al momento del fallecimiento de la testadora», y «máxime si se tiene en cuenta que en la escritura de protocolización se adjudica la finca resultante al demandado que tiene inscrito su dominio desde 1969, hecho que no podía desconocer la madre, que convivió con él hasta su fallecimiento en 1978».

5. Expresada la voluntad *mortis causa* en testamento válido, no puede quedar la misma sin efecto como no hayan sobrevenido, o la revocación

de éste en forma expresa y legal o el otorgamiento de otro testamento de contenido incompatible o contrario al del antecedente o si se da el caso de la revocación llamada real consistente en la destrucción intencionada del testamento hecha por el propio testador. La última voluntad no afectada por alguna de esas modalidades de ineficacia sobrevenida, perdura fuera de ellas en cuanto tal expresión de última voluntad: cuestión distinguible de las de si su cumplimiento ha devenido imposible y de la manera como haya de dársele la siempre debida, en lo posible, efectividad. Por tanto, en el caso no se puede asumir el aserto de que la madre, que había expresado su voluntad *mortis causa* en el testamento de 1961 y codicilo de 1964, produjese un cambio de su última voluntad implícito en el conocimiento que se le atribuye con la base de la índole pública de las operaciones concentracionarias y la inscripción de la finca de reemplazo en el Registro de la Propiedad en favor de A., sin contradicción de la misma, amén de su personal convivencia con éste hasta fallecer en 1978. Desde otra perspectiva, debe notarse que el cuestionado legado reposa sobre la reserva para disponer libremente por toda clase de actos y contratos entre vivos o por causa de muerte de las fincas objeto de dicho legado, comprendidas en la general donación *propter nuptias* hechas en favor de A. en las capitulaciones matrimoniales de éste y que contiene una institución de heredero universal en su favor hecho contractualmente; pero esta era, respecto de dichas fincas reservadas, para sólo el caso condicionante de que la donante no hubiere dispuesto de ellas, en cuyo caso de no disposición quedarían, como las que se hallaban fuera de la reserva, en beneficio de A., muerta la madre. Producido el caso contrario, de positiva existencia de disposición, el desconocerla en su eficacia negándola al legado de las fincas reservadas, equivaldría a despojar a la madre causante de ambos litigantes del derecho de propiedad, retenido al menos en cuanto al *ius disponendi* o facultad de disponer, de las fincas reservadas. Por todo lo aquí razonado, pues, el punto de partida para el adecuado enjuiciamiento del caso es la afirmación de que la madre falleció, dejando vigente el legado ordenado en su testamento y codicilo.

6. El segundo punto, o sea, el de la desaparición de las primitivas fincas objeto de la reserva y del legado en opción con la afirmación de que subsisten de alguna manera en las fincas de reemplazo, debe ser examinado en presencia del principio de que la Concentración Parcelaria aspira a dar satisfacción a la finalidad social, lo que es propio de todo ordenamiento de reforma, dejando inalterado, en lo posible, respetando la equidad y la autonomía privada, el Estado de Derecho preexistente y en el cual se incide sólo en aquella medida que resulta estrictamente precisa para lograr la finalidad social. Deben, por ello, permanecer inalterados los elementos subjetivos siempre que se logre no obstante ello la reforma estructural de la propiedad rústica, que es el fin que se busca. A ello obedece el que la parcela de reemplazo sea el objeto en que reaparecen los derechos de dominio y los demás derechos reales y situaciones jurídicas que tuvieron por base las parcelas sujetas a concentración y que, según enfáticamente se asegura, pasarán a recaer, inalteradas, sobre aquella parcela de reemplazo; lo que la Ley de 1962 calificaba de «subrogación real» y que pudiera también denominarse,

según se ha propuesto por un sector de la doctrina, «conversión legal» caracterizada por la inmutabilidad del elemento subjetivo. El artículo 65 de la Ley de Concentración Parcelaria, Texto refundido aprobado por Decreto 2799/1962, de 8 de noviembre, perdura en el 230 del texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero, y trae causa de otras disposiciones antecedentes: artículo 5.º de la Ley de Concentración Parcelaria de 20 de diciembre de 1952 y 3.º del Texto refundido de 10 de agosto de 1955, y el 67 de la misma Ley de 1962,\*que es ahora el 232 del Texto refundido de 1973, reproduce el artículo 15 de la Ley 3/1962, de 14 de abril, por la que se rectifica y complementa la legislación vigente a la sazón en la materia. Desde sus orígenes, muy anteriores a las operaciones concentracionarias que han motivado el juicio de que el presente recurso dimana, se halla dispuesto que el dominio y los demás derechos reales y situaciones jurídicas que tengan por base las parcelas sujetas a concentración pasarán a recaer inalterados sobre las fincas de reemplazo (párrafo primero del 65), determinándose las fincas o porciones segregadas de ellas sobre las que recaerán los derechos o situaciones y siquiera éstas hayan de reconocerse por el orden jurisdiccional civil (62, 1), pero la determinación de aquellas fincas o porciones segregadas de ellas sobre las que recaerán, corresponde al IRYDA (62, 3, modificado por el 232, 3, y acaso por el Real Decreto 2654/1985, de 18 de diciembre, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Foral de Navarra en materia de agricultura, ganadería y montes). Parece inexcusable, por lo razonado, que la situación jurídica definida por la existencia del legado subsistente al tiempo del fallecimiento de la madre, sea ahora reconocida por la presente sentencia y que, en trámite de ejecución de la misma, la Administración competente determine cómo habrá de hacerse efectiva dicha situación, que es, sustancialmente, lo fallado por el Juzgado y que debe restablecerse.

7. Las costas deberán satisfacerse por cada parte las causadas a su instancia más la mitad de las comunes.

COMENTARIO.—La cuestión fundamental decidida en esta sentencia es la de si la desaparición de la finca legada en virtud de la Concentración Parcelaria y su sustitución por otra u otras (las llamadas fincas de reemplazo), produce o no la extinción del legado consistente en la finca aportada a la concentración por alguna de las causas señaladas en el artículo 869 del Código Civil o si, por el contrario, subsiste el legado, si bien la finca primitivamente legada y aportada a concentración es sustituida por la equivalente de reemplazo o la participación indivisa en la que, en su caso, corresponda, pues sabido es que como la Concentración Parcelaria se propone evitar el minifundio hay casos en los que en sustitución de las fincas aportadas se crean situaciones de copropiedad respecto a fincas de mayor superficie o características superiores (v. gr.: de secano por regadío en todo o parte). El Tribunal Supremo se decide, lo mismo que el Juzgado, por la subsistencia del legado, entendiendo que actúa el principio de subrogación real. Evidentemente, parece ser la solución correcta, máxime teniendo en cuenta que no resultan aplicables ninguno de los supuestos del artículo 869 del Código Civil: los dos primeros,

porque presuponen un acto voluntario del testador y la Concentración Parcelaria actúa incluso sin o contra la voluntad del afectado por la misma; y el último, porque no se puede hablar de «perecimiento de la cosa legada», ya que los inmuebles tales como las tierras no «perecen» físicamente.

F. C. L.

*INSTITUCION DE HEREDERO. CAPACIDAD PARA SUCEDER. ASOCIACION DE HECHO. CARGA MODAL. Artículos 38, párrafo 2.º; 745, número 2.º, y 746 del Código Civil; 4.º, apartado 2, del Concordato de 27 de agosto de 1953 y 2.º del Decreto de 12 de marzo de 1959 (SENTECIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1986).*

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Santa Cruz de Tenerife, sentencia esta última que confirma íntegramente el Tribunal Supremo.

Los fundamentos del fallo son los siguientes:

1. En la demanda origen de la litis traída a casación don R. A. B., demandante, suplica se declare: «a) La nulidad de la institución de herederos, en nuda propiedad, a favor de la Cofradía de la Virgen de Guadalupe, Patrona de San Sebastián de la Gomera, contenida en los testamentos otorgados por don A. B. M. los días 28 y 31 de marzo de 1976, por incapacidad de tal Cofradía al carecer de personalidad jurídica. b) Que el demandante es el único heredero del citado don A., al que debe suceder en todos sus bienes, derechos y acciones, en nuda propiedad, al quedar subsistentes los testamentos en cuanto a los legados en usufructo vitalicio», que se hicieron en favor de los servidores del testador. El Juez de primera instancia desestimó la demanda por entender esencialmente que la Cofradía instituida heredera era al menos una asociación de hecho con existencia real al fallecer el testador en 22 de abril de 1976 y porque el demandante no asume la carga modal impuesta por el testador de destinar íntegramente los bienes relictos a la construcción de un Santuario a la Virgen de Guadalupe. La sentencia recurrida dio lugar en su fallo al recurso de apelación y declaró «heredero al actor con la carga modal establecida en el testamento de A. B. M., anulándose la institución hecha a favor de la Cofradía de Nuestra Señora de Guadalupe al no existir civilmente en el momento de la defunción del testador». Se observa, por consiguiente, comparando el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia recurrida, que el actor pidió se le declarase heredero en nuda propiedad para suceder al causante en todos sus bienes, derechos y acciones; heredero, pues, universal, y, sin embargo, el fallo en cuestión le declara heredero con la carga modal establecida en el testamento, que se extendía a todos los bienes dejados en la herencia, sin especificar que sea en nuda propiedad, como se había pedido. Por otra parte, mientras el suplico se refiere a nulidad de la institución «por incapacidad»

del instituido heredero, el fallo recurrido anula la institución «por no existir civilmente» la Cofradía declarada heredera con la carga modal indicada. Hay, pues, entre suplico de la demanda y fallo una evidente discordancia que integra incongruencia de la sentencia por conceder cosa distinta de lo pedido, lo que implica una modificación cualitativa de la acción ejercitada: en lugar de heredero en nuda propiedad, la sentencia declara heredero universal puro y simple y sin especificar, como se pide en el suplico de la demanda, la subsistencia del legado de usufructo. No alude la incongruencia puesta de relieve, con infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el que en la segunda instancia, al parecer durante la vista de la apelación, se solicitase la declaración del actor como heredero modal, puesto que ello entrañó una alteración de lo pedido en la demanda, verificada fuera de la fase alegatoria y como tal ineficaz por extemporánea. Procede, por consiguiente, la estimación del motivo primero del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal en el que al amparo del número 2 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, anterior redacción, aplicable por razón de la fecha de preparación del recurso, alega la incongruencia de la sentencia con las pretensiones deducidas por el actor, así como hubiera procedido de no haber desistido oportunamente la estimación de los motivos primero y segundo del recurso interpuesto por la Cofradía Nuestra Señora de Guadalupe, en los que respectivamente se alegaba, al amparo de los números 2.º y 3.º del artículo 1.692 de la citada Ley Procesal, la incongruencia de la sentencia por violación del artículo 359 de la misma Ley.

2. Se discute en cada uno de los recursos (motivo tercero del recurso desistido de la Cofradía y segundo del Fiscal) la existencia de la entidad demandada denominada Cofradía de Nuestra Señora de Guadalupe de San Sebastián de la Gomera. Se alega en los dos, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, la infracción por interpretación errónea del artículo 38, párrafo 2, del Código Civil, en relación con el artículo IV, apartado 2, del Concordato de 27 de agosto de 1953, entre España y la Santa Sede, y el artículo 2.º del Decreto de 12 de marzo de 1959. También se alega la infracción por interpretación errónea del artículo 746 del Código Civil en el mismo motivo, y en el motivo cuarto de los propuestos por el Ministerio Fiscal se aduce la infracción por no aplicación de dicho precepto civil. Al respecto para resolver sobre estos motivos es de tener en cuenta que como hechos no discutidos se deduce de la sentencia de instancia: a) Por testamento otorgado en 31 de marzo de 1976 don A. B. G. legó a sus fieles sirvientes, que menciona, el usufructo universal vitalicio y sin fianza de todos los bienes relictos, e instituyó heredera universal en nuda propiedad de dichos bienes a la Cofradía recurrente, «pero con la inexcusable obligación de invertir la totalidad de la herencia en la construcción de un Santuario para la Virgen de Guadalupe, respetando en todo lo más posible el existente, según decida la propia Cofradía, por mayoría de sus cofrades, debidamente asesorada». Añade que «en cualquier caso, nunca podrá destinarse parte alguna de su herencia, por pequeña que ésta sea, a otro fin distinto, aunque también sea religioso, de la edificación del antedicho Santuario». b) El testador falleció en 22 de abril de 1976, pero con anterioridad, el día

3 de octubre de 1972, tuvo lugar la erección canónica, por el Obispo de la Diócesis, de la Cofradía de nuestra Señora de Guadalupe en la Iglesia parroquial de Nuestra Señora de la Asunción, en San Sebastián de la Gomera. Dicha erección fue comunicada al Ministro de Justicia en 4 de octubre del mismo año 1972, y reiterada la comunicación en 1 de julio de 1974 y 22 de enero de 1977. La Dirección General de Asuntos Eclesiásticos, con fecha 10 de marzo de 1977, comunicó al Canciller Secretario del Obispado de Tenerife que figura en el Archivo de la Dirección citada la comunicación que le remitió. c) La controversia gira en torno a si la personalidad jurídica de la Cofradía recurrente comienza al ser remitida dicha comunicación de 10 de marzo de 1977 por la Dirección General mencionada, o si dicha personalidad arranca del Decreto de erección canónica de 3 de marzo de 1972.

3. Esta Sala de casación se atiene a esa segunda posibilidad, como ya sostuvo la Sentencia de primera instancia y el Ministerio Fiscal, único recurrente en este trámite, y ello principalmente: a) Porque el artículo 38, párrafo 2, del Código Civil manda atenerse a la legislación concordada entre la Iglesia Católica y el Estado español, y esta legislación, Concordato a la sazón vigente de 27 de agosto de 1953 (art. IV, apartado 2), reconoce personalidad jurídica y plena capacidad de adquirir, poseer y administrar toda clase de bienes a las entidades, entre otras, Congregaciones religiosas e Institutos seculares de perfección cristiana que sean erigidas o aprobadas después del Concordato por las autoridades eclesiásticas competentes, con la sola condición de que el Decreto de erección sea comunicado oficialmente por escrito a las autoridades competentes del Estado. Condición esta última que se cumplió desde el día siguiente a dicha erección canónica, aunque sólo muy tardíamente la autoridad civil contestase a la correspondiente comunicación. b) En todo caso esta comunicación del Ministerio de Justicia no es constitutiva de la personalidad, sino meramente administrativa o de control estatal de estas instituciones, sin que la Cofradía haya de soportar perjuicio alguno por el retraso de la autoridad ministerial en acusar recibo de su comunicación. Significa un medio de prueba de la erección canónica, pero no sustituye a ésta, ni elimina el efecto de que la entidad se constituya en la fecha de la aprobación por la autoridad eclesiástica competente para ella. c) Nada se opone a la conclusión establecida en el Decreto de 12 de marzo de 1959, publicado por la autoridad estatal para desarrollar, dentro de su ámbito, la actividad de las entidades eclesiásticas de referencia, pero sin carácter de legislación concordada, que es a la que únicamente se refiere el párrafo 2 del artículo 38 del Código Civil, ni establecer requisitos suplementarios para su debida constitución, que figuran solamente en el Concordato referido. Por todo ello procede la estimación de los motivos expresados (motivos tercero del recurso desistido formulado por la Cofradía y segundo y cuarto de los formulados por el Ministerio Fiscal), en cuanto para este último la sentencia recurrida ha infringido por inaplicación el artículo 746 del Código Civil que reconoce capacidad para adquirir por testamento a instituciones de la clase de la Cofradía recurrente.

4. Procede, por último, también la estimación del motivo tercero del recurso del Ministerio Fiscal, en cuanto es evidente que la institución de

heredero a favor de esta entidad no infringe el artículo 745, número 2, del Código Civil, al tratarse de asociación permitida por la ley, con existencia de hechos y jurídica desde su erección o aprobación por el Obispado de Tenerife, con independencia de que la autoridad civil no acusase recibo de la comunicación sobre esa aprobación sino con mucho retraso. Pero es que, a mayor abundamiento, aunque se sostuviese el comienzo de su personalidad por el cumplimiento de ese requisito administrativo, no podría negarse que con anterioridad se hallaba en fase de constitución, lo que posibilita su aptitud para suceder por testamento siempre que lleguen válidamente a constituirse, al modo como por analogía ocurre con las personas físicas concebidas y no nacidas (arts. 29, 959, 964, 644, párrafo 1, y 966 del Código Civil) y también para las no concebidas en algunos casos, como en las sustituciones fideicomisarias (art. 781). E incluso es frecuente que los nudos propietarios designados en esas sustituciones sean personas no concebidas. La doctrina científica no ve obstáculo alguno en que los *concepturus* sean declarados herederos, no ya sólo por vía indirecta de la sustitución, sino también por la vía directa de la institución. O se ha permitido (caso de la Sentencia de 2 de junio de 1952), atendiendo a la voluntad del testador, que una vez cesado un usufructo se interprete aquella voluntad a través de la creación de una fundación como medio de cumplirla. Y en ningún momento en el caso de la litis se dio de la certidumbre de la entidad instituida heredera y de su identificación.

COMENTARIO.—Mantiene esta sentencia, como no podía menos de ser, la interesante doctrina de que la personalidad civil de una asociación religiosa arranca de la fecha del decreto de erección canónica, comunicado al Ministerio de Justicia, aunque éste tarde varios años en contestar a dicha comunicación. Y como justificación, aclara que tal comunicación de la autoridad eclesiástica a la civil no es constitutiva de la personalidad, sino que su naturaleza es meramente administrativa o de control estatal, pudiendo servir como un medio de prueba de la erección canónica, pero nunca sustituye a ésta. Y tal criterio habrá que aplicar actualmente, en virtud de la Ley de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980, a cualquier asociación dentro del ámbito de la misma, además de las católicas.

Y en orden a la capacidad sucesoria, merece destacarse la afirmación de que tienen capacidad para suceder por testamento las personas jurídicas en fase de constitución, siempre que lleguen efectivamente a constituirse válidamente, por analogía a lo que ocurre con las personas concebidas. Y aún va más allá, pues se declara en la sentencia que «la doctrina científica no ve obstáculo alguno en que los *concepturus* sean declarados herederos, no ya sólo por vía directa de la sustitución, sino también por la vía directa de la institución». Esto último requiere alguna matización. Conocida es la distinta opinión al respecto entre quienes, como DÍEZ PASTOR, OSSORTO, ALCÁNTARA SAMPELAYO y MOLLEDA admiten la posibilidad de la institución directa a favor del *concepturus*, apoyándose fundamentalmente en que el Código no exige la institución de heredero *actual* para la validez del testamento y admite la hecha bajo condición suspensiva, y la mayoría de la doctrina tradicional que únicamente la admitían por la vía indirecta (v.gr.: mediante una sustitución fideicomi-

saria, una carga o modo impuesta al heredero directo), criterio este último que era el seguido por la jurisprudencia. En lo que sí parecen estar todos conformes es en la necesidad de que el *concepturus* haya dejado de serlo en el momento de abrirse la sucesión cuando sea llamado de modo directo, razón por la cual no es posible *declarar* heredero al *concepturus*, como literalmente habría de ser de entenderse en sentido la sentencia. Y mucho menos extender tal posibilidad a la sucesión intestada.

F. C. L.

**TESTAMENTO—NULIDAD—ACTOS PROPIOS DEL HEREDERO.—LEGADO.—**Artículos 4.º, párrafo 1.º, actualmente 6.º, apartado 3, del Código Civil. Leyes 208, párrafo 1.º; 210 y 243, párrafo 1.º, del Fuero Nuevo de Navarra (SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 1986).

Los cónyuges navarros L. y M. otorgaron testamento de hermandad ante un Notario de Pamplona, instituyéndose mutuamente únicos herederos en absoluto y pleno dominio y en la cláusula sexta ordenaron lo siguiente: «Al fallecimiento del último que muera de los testadores, en los bienes que entonces queden procedentes de ambos, éstos instituyen por herederos, en cuanto a una mitad de los mismos, en absoluto y pleno dominio, a su hija E.; y en la mitad restante, en usufructo vitalicio a su hija política I., y en cuanto a la nuda propiedad desde luego, en la que se consolidará el usufructo al fallecimiento de la usufructuaria, a su nieto J.».

Fallecido el marido, su viuda otorgó testamento ordenando, entre otras disposiciones, un legado de bien inmueble a favor de unas nietas, a quienes la heredera I. se niega a entregarlo, por lo que las legatarias promueven la correspondiente demanda, que es estimada por el Juzgado de Primera Instancia de Aoiz, siendo desestimada la apelación interpuesta por la demandada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona. Finalmente, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la apelante, conforme a los siguientes fundamentos.

**Fundamentos de Derecho.—1.** De aceptarse la tesis que reiteradamente se mantiene en el recurso, según la que el testamento abierto otorgado por la común causante de ambas partes litigantes doña M. U. A., el día 10 de diciembre de 1958, por contrariar las disposiciones legales del Fuero Nuevo de Navarra que se aducen, era radicalmente nulo, en razón a que la expresada señora al haber otorgado, juntamente con su fallecido esposo don L. E. V., testamento de hermandad con fecha 25 de junio de 1952, no podía disponer, como lo hizo, con atribución de legados, de los bienes que en el momento del otorgamiento del testamento de hermandad ya correspondían al patrimonio de ambos cónyuges, el referido recurso, con abstracción de un análisis pormenorizado de todas sus motivaciones, habría de prosperar, por lo que y habida cuenta de los antecedentes fácticos a que se hará mérito, la primera cuestión a dilucidar

es la de si al testamento abierto de doña M. U. corresponde, sin más, esa tacha, de nulidad radical o absoluta que determine la aplicación del párrafo 1.º de la Ley 19 del Fuero Nuevo de Navarra, en cuanto la declaración de voluntad que el testamento significaba estaba prohibida por la Ley, o, por el contrario, tal declaración de voluntad, al no serle aplicable el precepto dicho, podía tener la eficacia que los herederos de la señora U. le concedieron en fechas inmediatas a su fallecimiento, acaecido cuando había transcurrido un escaso lapso de tiempo desde el día en que otorgó el testamento cuestionado.

2. La jurisprudencia de esta Sala —como pone de relieve la Sentencia de 27 de febrero de 1964—, «al enfrentarse con el texto del párrafo 1.º del artículo 4.º del Código Civil, hoy 6, 3, no ha podido por menos de reconocer su importancia, proclamando en Sentencia de 1 de marzo de 1934 que constituye un auxilio del Derecho, para remediar las faltas fundamentales o graves, cometidas en actos jurídicos o procesales; y, al mismo tiempo, se ha visto precisada a delimitar su alcance, estableciendo, entre otras, en las Sentencias de 19 de octubre de 1944 y 28 de enero de 1958, que tal precepto se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, lo que restringe mucho su eficacia práctica, como resorte para dar impulso a la casación, sin que deba ser interpretado con criterio rígido, sino, como sugiere la doctrina científica, con criterio flexible, por lo que no es posible admitir que toda disconformidad con una ley cualquiera haya de llevar siempre consigo la sanción extrema de la nulidad, ni tampoco que sea preciso que la validez de los actos contrarios a la ley sea ordenada de modo expreso y textual en la ley misma, y de esta tónica jurisprudencial es forzoso inferir no sólo que el precepto genérico del artículo 4.º, párrafo 1.º, del Código Civil no puede aplicarse, sin más, como norma específica de nulidad, respecto a cuantos actos quepa estimar que son contrarios a la ley», concretando la citada sentencia, para el supuesto de los actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración expresa sobre su nulidad o validez, «que los Tribunales para decidir han de extremar su prudencia, en uso de una facultad, hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja y sancionándole con la nulidad si median trascendentales razones que patenticen al acto como gravemente contrario al respeto debido a la ley».

3. En relación concreta al testamento abierto otorgado por doña M. U. el día 10 de diciembre de 1958, establece la Sentencia del Juzgado en sus razonamientos, aceptados en su integridad por la recaída en segundo grado jurisdiccional y aquí recurrida, que: a) habiendo fallecido la testadora doña M. U. A. el 5 de enero de 1959, por escritura de 30 de mayo de 1959, los herederos doña E. V. y doña M. I., aceptando el último testamento de doña M. U. procedieron a la entrega del legado ordenado en la cláusula 4.ª del mismo, en nuda propiedad a don J. V. y en usufructo vitalicio a doña M. I.; b) posteriormente, esta misma señora, tras solicitar defensor judicial para su hijo J., menor de edad, pidió autorización judicial para vender la casa objeto del legado porque exigía urgentes y

costosas reparaciones que su hijo no podía atender, realizándose la venta del inmueble, cuyo producto fue destinado íntegramente a don J., que se benefició con ello; c) en el presente juicio y al cabo de veinticuatro años, son los cinco hermanos A. V. quienes solicitan que se les haga entrega del legado que por su abuela (doña M. U.) se les había asignado en la cláusula 6.ª de su testamento; d) transcurridos veinticuatro años desde la fecha en que la demandada (ahora recurrente), doña M. I., llevó a efecto las disposiciones del testamento de doña M. U. en todo lo que afectaba a ella y a su hijo don J. V., se opone en el litigio a la pretensión de las actoras, aduciendo la nulidad del citado acto de última voluntad, con el exclusivo fundamento de que contrariaba las disposiciones contenidas en el testamento de hermandad que, con anterioridad había otorgado con su esposo, y sin alegar ninguna causa razonada que pudiera referirse a perjuicios, desigualdad o reivindicación de algún bien concreto de la herencia, y e) no se impugna por la demandada doña M. I. la validez de la aceptación del legado que a ella y a su hijo se le atribuía en el testamento cuya validez ha sido cuestionada.

4 Inalteradas en casación las afirmaciones fácticas de la resolución impugnada, resumidas en el fundamento de Derecho que antecede, puesto que las mismas no ha tratado de desvirtuarlas la recurrente por el cauce, adecuado al efecto, del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, decaen, por aplicación de la doctrina legal consignada en el segundo de los aludidos fundamentos de Derecho a tales afirmaciones fácticas, los motivos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, octavo y noveno del recurso, pues la aplicación del párrafo 1.º de la Ley 19 del Fuero Nuevo de Navarra es improcedente cuando, cual acontece en el caso aquí enjuiciado, en la disposición contrariada —Ley 202 del Fuero Nuevo de Navarra— falta una declaración expresa sobre la nulidad o validez, y la índole y finalidad del precepto vulnerado, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos ya realizados por los interesados hacen que la declaración de voluntad —testamento de doña M. U.— haya de estimarse válida, al no mediar trascendentes razones que la patenticen como contraria a la moral, la ley o el orden público, y sí, por el contrario, se infringirían las más elementales normas de equidad acogiendo la pretensión de nulidad de quien aceptó por actos propios de inequívoco significado la validez del repetido testamento y recibió como consecuencia de tal aceptación los bienes que en su clausulado se le atribuían.

5. En definitiva, haciendo un análisis pormenorizado, el procedente rechazo de los motivos primero a quinto y octavo y noveno del recurso, lo determinan las circunstancias de que: a) el motivo primero, aunque formulado con amparo procesal en el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo es con base en el alegato de que las cláusulas del testamento de hermandad otorgado por doña M. U. y su esposo y la del testamento abierto otorgado con posterioridad por la misma no contenían idénticas disposiciones de última voluntad, por lo que el segundo revoca claramente al primero; conclusiones que aun admitiéndolas en el sentido propugnado por la recurrente son intrascendentes al efecto de privar de validez en el caso concreto aquí enjuiciado al testamento de la señora U.; b) por idénticas razones la sentencia recurrida

no violó por inaplicación las Leyes 208, párrafo 1.º, y 210 del Fuero Nuevo de Navarra, cuya infracción, con amparo procesal en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa en el segundo motivo del recurso, pues la misma no fundamentó su fallo en la circunstancia de que el testamento abierto de doña M. U. no hubiera revocado el de hermandad que había otorgado con anterioridad, sino en la validez de las disposiciones del primero; c) el motivo tercero del recurso, formulado al igual que el anterior, por el cauce del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la violación por inaplicación del párrafo 1.º de la Ley 19 del Fuero Nuevo de Navarra y la aplicación indebida del párrafo 2.º de la propia Ley, ambas en relación con las Leyes 202, 204 y 206 del mismo Cuerpo legal, al partir de una interpretación de las normas jurídicas que se supone infringidas y sobre todo el párrafo 1.º de la Ley 19 del Fuero Nuevo de Navarra, citada, que no es aceptable, al haber de estarse a la verificada por la doctrina legal, según lo argumentado en los fundamentos de Derecho que anteceden, no pueden prosperar; d) igual suerte desestimatoria corresponde al cuarto motivo del recurso, que al acusar la inaplicación de la Ley 1.ª del Fuero Nuevo de Navarra, haciendo alusión a las disposiciones del Derecho histórico navarro a tener en cuenta para la interpretación de las normas de la Compilación vigente, no señala en concreto la preceptiva que se oponga al criterio hermenéutico mantenido por la jurisprudencia de esta Sala en orden a la posibilidad de conceder validez a actos que contraríen una disposición legal, a lo que es de añadir que según el párrafo 1 del artículo 13 del Código Civil, las disposiciones de su título preliminar, entre las que se encuentran las atinentes a la interpretación de las normas jurídicas —art. 3—, tienen aplicación general y directa en toda España; e) si la sentencia recurrida, al confirmar el fallo de la del Juzgado, concedió a los demandantes lo que habían postulado en relación al testamento de doña M. U., o sea, la entrega del legado a que se refería la disposición quinta del citado testamento, es indudable que al conceder eficacia a tal disposición atribuía validez al testamento, por lo que, aunque no contenga una declaración especial sobre este último punto, conforme a lo pedido en el escrito de réplica, la resolución impugnada no puede tacharse de incongruente, como tampoco merece tal calificativo por la circunstancia de que en el meritado fallo se haga una referencia a la casa que constituía el objeto del legado, sin pormenorizar sobre sus anejos, todo lo que hace que carezca de fundamento la vulneración del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, con base en el ordinal 3.º del artículo 1.692 de la propia Ley, se denuncia en el quinto motivo del recurso; f) aunque es cierto, como se pone de relieve en el octavo motivo del recurso, formulado al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exceptuada la nulidad de pleno derecho de un acto que contraría una disposición legal, la misma puede ser apreciada sin necesidad de reconvencción en que así se postule, la realidad es que proclamado que el testamento abierto cuestionado ha de sostenerse como válido, el motivo carece de trascendencia y de base fáctica que le sirva de apoyo, y g) totalmente ajustada a Derecho la aplicación por la sentencia recurrida del principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, en lo refe-

rente a los ejecutados por la recurrente después del fallecimiento de doña M. U., y en relación al testamento abierto otorgado por la misma, la vinculación que tales actos significaron en orden a la admisión de su validez, no queda sin efecto por la circunstancia de una alegada nulidad de pleno Derecho del repetido testamento que ni la resolución impugnada ni esta Sala admiten; careciendo, por ende, de fundamento el motivo noveno del recurso en el que, por igual cauce procesal que el anterior, se acusa la aplicación indebida del referido principio.

6. El motivo sexto del recurso, por la vía del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia a la sentencia recurrida de haber infringido por inaplicación del párrafo 1.º de la Ley 243 del Fuero Nuevo de Navarra, en cuanto dispone que «el legatario por sí solo no puede tomar posesión de la cosa legada, sino que deberá exigirla de la persona gravada con el legado», fundamentándose el motivo en el alegato de que «la sentencia recurrida, al hacer suya la dictada por el juzgador de instancia, que confirma, nos dice que la condena es a la entrega de lo dispuesto en la disposición quinta del testamento, pero, a pesar de que dice que estima la demanda, al detallar su contenido, concede menos de lo solicitado en demanda, y mi mandante, a tenor de la norma citada, no está obligada a entregar más que la cosa legada, ni más ni menos, por lo que al declarar que se estima una demanda en la que se pide más de lo legado, se está infringiendo la citada disposición legal, que debió aplicarse y condenarse, en todo caso, a la entrega de la cosa legada», y como tal alegación no se corresponde en absoluto con lo que el precepto que se supone vulnerado establece, constituyendo a lo sumo sendas denuncias de incongruencia y de interpretación, no admisible, de una cláusula testamentaria, el motivo no puede prosperar, al no ser subsumibles los hechos que le sirvan de apoyo en la norma cuya violación se acusa.

7. También ha de fracasar el motivo séptimo del recurso, pues declarada la validez de las disposiciones contenidas en el testamento abierto de doña M. U. y la aceptación de las mismas por los legatarios a que dichas disposiciones testamentarias se contraían, carece en absoluto de trascendencia la circunstancia de que el referido testamento, respetando el de hermandad otorgado con anterioridad, hiciera un reparto igualitario de los bienes que integraban el patrimonio de los dos cónyuges que otorgaron éste, por lo que la infracción de la preceptiva contenida en el artículo 1.214 del Código Civil, que por el cauce del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa en el motivo, es inoperante al efecto de determinar la casación de la resolución impugnada, desde el momento en que la prueba del idéntico valor de los bienes legados a ambas partes litigantes, no es determinante del fallo estimatorio de la demanda, o sea, la *ratio decidendi* del mismo.

8. Por último, en el motivo décimo del recurso se aduce, con igual amparo procesal que el examinado con anterioridad, la inaplicación de la doctrina jurisprudencial del litis consorcio pasivo necesario, puesta en relación con lo dispuesto en la Ley 243 del Fuero Nuevo de Navarra, por entender la recurrente que existe una defectuosa constitución de la relación jurídico procesal al no haber demandado las actoras a su madre doña E. V. U. que, juntamente con ella, había de proceder a la entrega

de la cosa legada. Habida cuenta de que en el testamento de doña M. U. toda la herencia fue distribuida en legados de cosas concretas y determinadas, el precepto de aplicación para la exigencia de su entrega es el contenido en el número 3 del párrafo segundo de la citada Ley 243, precepto que para el caso de que todos los legatarios no se pusieran de acuerdo sobre la entrega de la cosa legada, prevé que los legatarios puedan acudir al Juez para recabar dicha entrega, de lo que resulta obvia la falta de necesidad de que fuera demandada doña E. V., que no se opuso a la entrega y si antes, por el contrario, se allanó a verificarla en acto de conciliación, todo lo que hace procedente el rechazo del motivo.

F. C. L.

*COMUNIDAD HEREDITARIA.—EXTINCION.—CLAUSULA PROHIBITIVA DE LA INTERVENCION JUDICIAL.—COMUNIDAD ORDINARIA.—*  
*Artículos 675 y 743 del Código Civil (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1986).*

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandado y apelante contra la Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 5 de dicha capital, conforme a los siguientes fundamentos:

1. Al denunciarse en el primero de los motivos del recurso, amparado en igual ordinal del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, antes de su reforma, la interpretación errónea del artículo 675, en relación con el 743, ambos del Código Civil, se está remitiendo a la cláusula VI del testamento de doña M. C. C., la que se dice causante de los actores y demandado, hoy recurridos y recurrente, por la que se prohibía la prevención y formación del juicio de testamentaria y, en general, toda intervención judicial en su herencia; y aparte la cuestión de cuanto la misma pudiera afectar a la actora y recurrida doña V. V. M., viuda y heredera universal de don J. D. C., hijo y heredero de doña M. C. C., es que como bien se dice en la recurrida sentencia «la aceptación pura y simple de los herederos que reciben la herencia en común y *pro indiviso*, transforma la comunidad hereditaria en otra ordinaria de bienes sobre el único que al parecer existía, el inmueble de que se trata», resultando evidente que la cuestión litigiosa, promovida al cobijo del artículo 400 del expresado Código, resulta extraña a la propia de la herencia de la que fuera causante de uno de los actores y demandado, a la que ha de resultar del todo inoperante aquella disposición testamentaria en la que ni siquiera entró a conocer el juzgador de instancia, sin que, por tanto, se pueda decir que interpretó ni errónea ni acertadamente, haciendo fracasar el motivo.

2. El segundo de los motivos, por igual cauce procesal que su anterior, denuncia la interpretación errónea del artículo 348 del Código Civil, en

cuanto siendo el recurrente propietario de la vivienda de autos, no puede ser condenado a abandonar la finca en cuestión, antes de ser adjudicada en subasta, mas teniendo en cuenta que su título no le ampara sino en una tercera parte de la tan meritada propiedad, al estimar el juzgador de instancia que viniendo en la posesión exclusiva de la misma obviamente contraria al interés de los dos restantes propietarios, debe abandonarla, no puede decirse que el artículo 348 del Código Civil haya sido erróneamente interpretado, ya que al no reconocérsele la propiedad íntegra, ha de compaginarse con la de sus copropietarios, la que no tendría lugar de mantenerse en aquella posesión exclusiva en la que venía, por lo que el motivo ha de ser también desestimado.

COMENTARIO.—La tesis mantenida por nuestro más Alto Tribunal es la de que transformada la comunidad hereditaria en comunidad ordinaria por la aceptación de la herencia y adjudicación *pro indiviso* del único bien relicto, consistente en una finca urbana, no es aplicable la cláusula testamentaria prohibiendo la intervención judicial, por cuanto los litigios que a partir de entonces se susciten carecen de carácter hereditario (no son juicios de testamentaría), sino que afectan a una comunidad ordinaria por cuotas. De aquí la frase de la sentencia «la cuestión litigiosa... resulta extraña a la propia herencia de la que fuera causante de uno de los actores y demandado». Ahora bien, creo que merece alguna precisión la afirmación hecha por la sentencia recurrida y compartida por el Tribunal Supremo consistente en que «la aceptación pura y simple de los herederos que reciben la herencia en común y *pro indiviso*, transforma la comunidad hereditaria en otra ordinaria de bienes sobre el único que al parecer existía, el inmueble de que se trata, pues entendida con alcance general no parece del todo exacta, ya que la mera aceptación, por sí sola, carece de virtualidad suficiente para transformar el derecho de cada coheredero en un derecho concreto sobre una participación indivisa de los bienes relictos, fenómeno que sólo se produce cuando la aceptación va acompañada de la correspondiente adjudicación de bienes, incluso *pro indiviso*, en virtud de la *partición*. Es ésta y no meramente la aceptación, la que origina la transformación de la comunidad hereditaria en comunidad ordinaria o por cuotas.

F. C. L.



### 3. JURISPRUDENCIA FISCAL

Por CARLOS MARÍN ALBORNOZ

*PRESTAMOS HIPOTECARIOS.—BONIFICACIONES.—PROCEDE APLICAR LA BONIFICACION EN LA BASE DEL 75 POR 100 CUANDO HA SIDO CONCEDIDO PARA LA CONSTRUCCION DE VIVIENDAS EN POLIGONOS O MANZANAS DE NUEVA URBANIZACION O REFORMA INTERIOR (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1985).*

*Hechos.*—Concedido un préstamo de las características apuntadas la oficina competente gira liquidación sin aplicar bonificación alguna, asunto en el que el Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado excelentísimo señor don José María Ruiz Jarabo Ferrán, adopta otro criterio, en base a la siguiente:

*Doctrina.*—Primero. Considerando que en reiteradas Sentencias de la Sala, de las que, como más recientes, se citan las de 22 de febrero de 1983, 9 de mayo y 14 de noviembre de 1984 y 30 de enero de 1985, se ha estudiado ya la cuestión derivada del otorgamiento de un préstamo hipotecario a una sociedad constructora, en el presente supuesto, la misma que también fue parte apelada en la segunda de las antes aludidas sentencias, préstamo destinado a la construcción de viviendas en polígonos o manzanas de nueva urbanización o reforma interior, habiéndose establecido en las precitadas sentencias que la concurrencia de los indicados requisitos, es decir, utilización del préstamo en su totalidad para la construcción de una edificación, y ubicación de esta última en los polígonos o manzanas de las características mencionadas, debe determinar la concesión de la bonificación del 75 por 100 establecida en el apartado *d)* del artículo 66, 1, B, del Texto Refundido del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales de 6 de abril de 1967, mas en el presente caso tal bonificación no fue aplicada al girar la liquidación del préstamo concedido por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid a la entidad mercantil ... el 23 de junio de 1976, con la finalidad de dedicarlo a la construcción del edificio sito en el número 38 de la calle Sirio, el cual, según certificación del Secretario General de la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Area Metropolitana de Madrid, está situado en polígono de nueva urbanización, cuyo proyecto de ordenación fue aprobado por dicha Comisión el 31 de marzo de 1965, construcción que, según informe de la Dirección Técnica de Control Urbanístico del referido Organismo, fue terminada el 9 de agosto de 1976, denegación de la bonificación del artículo 66, 1, B, *d)*, en el presente caso, que fue corregida en la sentencia apelada, al anular las Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Madrid y Central que confirmaron aquella denegación.

Segundo. Que, evidentemente, la conclusión de la sentencia recurrida es de plena conformidad jurídica, al aparecer acreditados los requisitos que tipifican la bonificación del apartado *d)* del artículo 66, 1, B, ya aludido, según se desprende ello de lo relacionado en el precedente razona-

miento jurídico, al tratarse en este caso de un préstamo destinado a la construcción de un edificio en un polígono de nueva urbanización, edificio terminado con posterioridad a la concesión de dicho préstamo, según se ha acreditado con las fechas de la escritura pública y de la finalización de la ejecución de la construcción a que nos hemos referido precedentemente, esta última, y en contra de lo alegado en esta apelación por el representante de la Administración, certificada por un Organismo urbanístico cual es la Coplaco, razones todas ellas por las que, en conclusión, debe ser confirmada la sentencia recurrida, con desestimación, por consiguiente, de la presente apelación.

C. M. A.

**PRESTAMOS PARA LA CONSTRUCCION DE VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL.—EXENCIONES.— NECESIDAD DE QUE SE SOLICITE EXPRESAMENTE LA EXENCION PARA QUE PROCEDA APLICARLA (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1985).**

*Hechos.*—Por escritura pública otorgada el 27 de diciembre de 1976 la Caja Postal de Ahorros concedió a cierta entidad treinta préstamos con garantía hipotecaria, solicitándose la exención prevista en el número 67, artículo 65 del Texto Refundido del Impuesto, y no la del número 63 del mismo artículo.

Denegada la exención se gira liquidación contra la cual se recurre, solicitándose la aplicación de la exención del número 67 o alternatively la del número 63 del propio artículo.

Los Tribunales Económico-Administrativo Provincial y Central desestimaron el recurso, no así el Contencioso-Administrativo, que fue estimado por la Audiencia Nacional, reconociendo a la entidad recurrente la exención del número 63 del artículo 65 del Texto Refundido del Impuesto.

Contra esta última sentencia interpone recurso de apelación el señor Letrado del Estado, recurso que el Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado excelentísimo señor don José Luis Martín Herrero, estima, basándose en la siguiente:

*Doctrina*—Primero Debe resaltarse que ni el expediente administrativo ni en el período probatorio del recurso contencioso aparece la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, que fue el documento presentado a liquidación, cuya impugnación motiva este recurso; por tanto, no se conocen los términos exactos de ese documento, y hay que estar a lo que, respecto de él, expresa el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central en su Resolución resolviendo el recurso de alzada, cuyos términos no han sido objeto de impugnación expresa por parte del actor apelado, a quien, en caso de no ser exactas tales afirmaciones, correspondía la prueba de los hechos constitutivos de su derecho, según el artículo 114 de la Ley General Tributaria.

Segundo. En la referida escritura de préstamo solamente se solicitaba que fuera concedida la exención del número 67 del artículo 65 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, aprobado por Decreto de 6 de abril de 1967, esto es, la que beneficia «los préstamos

concedidos por las Cajas de Ahorro en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Ordenación del Crédito y la Banca», siempre que se otorguen a los tipos de interés, en las condiciones y por la cuantía fijados por el Ministerio de Hacienda.

Tercero. Por tanto, si en la escritura presentada a liquidación no se solicitaba más que la concesión de la exención del número 67 del artículo 65 del Texto Refundido del Impuesto, y no se hizo petición alguna de la exención del número 63 del mismo artículo es por lo que la Oficina Liquidadora del Impuesto no podía de oficio conceder otra exención distinta de la solicitada.

Cuárto. La necesidad de pedir expresamente esta exención resulta de los propios términos del número 63 del artículo 65 del Decreto de 6 de abril de 1967 —que aprobó el Texto Refundido del Impuesto—, cuyo párrafo final se remite a «la prevención establecida en el último párrafo del número 28 de este artículo». El número 28 contiene tres párrafos: el primero, en el que se concede exención a determinados negocios jurídicos relacionados con las viviendas de protección oficial; el segundo, que establece que para el reconocimiento de esta exención bastará con que se consigne en el documento que el contrato se otorga con la finalidad expresada (de construir viviendas de protección oficial). En cambio, el tercer párrafo dispone que la exención se entenderá concedida con carácter provisional y condicionada al cumplimiento de los requisitos que en cada caso exijan las disposiciones vigentes para esta clase de viviendas. Es decir, que así como para los negocios jurídicos —compra, promesa de venta, arrendamiento— que tienen por objeto construir viviendas de protección oficial sobre los terrenos, basta con que se exprese que se adquieren con esa finalidad para que haya de concederse la exención, porque así lo establece el párrafo 2.º del número 28 del artículo 65, en cambio, para que proceda conceder la exención del número 63, hay que pedirla expresamente, porque ni el número 63 de ese artículo ni el párrafo 3.º del número 28 exoneran de la necesidad de pedir expresamente el beneficio, por lo que al no haberse solicitado en el caso debatido, la liquidación girada, que no la tuvo en cuenta, está ajustada a Derecho.

Quinto. Esta es la doctrina que ya estableció la Sala en su Sentencia de 30 de octubre de 1980, en un caso en el que el posible beneficiario solicitaba le fuera concedida la exención del número 63 del artículo 65 del Texto Refundido del Impuesto —el mismo beneficio que ahora se pretende—, frente a cuya petición, la sentencia entiende que «para que tal beneficio fiscal pueda ser concedido en cada caso individual, el destino del préstamo ha de ser quedar predeterminado en la escritura pública de su constitución, haciéndose constar en ella, expresa y claramente, el motivo de la solicitud del préstamo y su destino, requisitos totalmente omitidos en la otorgada y que dio lugar a la liquidación impugnada»; estas omisiones no son susceptibles de posterior subsanación, como expresa la referida sentencia, sino que deben de ser concurrir en el momento en que se presenta la escritura a liquidación que es cuando debe ser solicitada la exención, como antes se ha dicho.

Sexto. Tampoco se hizo mención alguna en la escritura presentada a liquidación de que las cantidades recibidas en préstamo, garantizado con hipoteca, se destinaban a la construcción de unas viviendas aún no

finalizadas en su construcción, sino que se manifestó que las cantidades recibidas se destinarían a la adquisición de viviendas por sus posteriores compradores, aún indeterminados; esta omisión, junto a las antes mencionadas, obligan a concluir declarando la improcedencia de la exención solicitada, como acertadamente hizo el Tribunal Económico-Administrativo Provincial y ratificó el Central con los acertados y extensos razonamientos del Acuerdo que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra el antes dicho, por lo que no habiéndolo entendido así la Sentencia apelada, que anuló ambos acuerdos, procede revocar ésta, confirmando aquéllos, lo que produce, como consecuencia, la estimación del recurso de apelación interpuesto.

C. M. A.

*VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL.—CONCEDIDA PROVISIONALMENTE UNA EXENCION, NO SE CONFIRMA CUANDO, TRANSCURRIDOS LOS TRES AÑOS DE SU CONCESION, NO SE OBTIENE LA CORRESPONDIENTE CEDULA PROVISIONAL DE LAS VIVIENDAS PROYECTADAS, SIN QUE PUEDA APRECIARSE EL MOTIVO DE FUERZA MAYOR ALEGADO POR EL RECURRENTE (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1986).*

*Hechos.*—Por escritura pública otorgada el 17 de mayo de 1979 cierta entidad compra un solar haciendo constar que lo adquiriría con objeto de edificar viviendas de protección oficial, especificando en ella que solicitaría los pertinentes beneficios fiscales.

Presentada la escritura a liquidación, la Oficina Liquidadora competente, accediendo a la exención solicitada, practica una liquidación provisional, aplazando su pago por tres años a partir del día 27 de septiembre de 1979, para que en ese plazo se obtuviera la correspondiente cédula de calificación provisional de las viviendas proyectadas.

No habiéndose obtenido la cédula mencionada, la entidad apelante, con fecha 14 de mayo de 1982, presenta nuevamente la escritura, junto con un escrito solicitando la prórroga del plazo anteriormente concedido por otros tres años, al estar suspendido por el Ayuntamiento el otorgamiento de licencias, suspensión afectante al solar adquirido.

Ante esta nueva presentación se gira a la entidad apelante nueva liquidación, en la que se incluían los conceptos de inspección y prórroga.

Interpuesto recurso económico-administrativo, el Tribunal Provincial lo estima en parte, anulando los conceptos de inspección y prórroga, manteniendo en cambio la primitiva cuota a la que agregaba los correspondientes intereses de demora.

Este criterio se mantuvo en el Contencioso-Administrativo y en el Tribunal Supremo, en sentencia, en este último, en la que, siendo Ponente el Magistrado excelentísimo señor don José Luis Martín Herrero, se establece la siguiente:

*Doctrina.*—Primero. El artículo 165 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico permite a los particulares solicitar, por escrito, la información del régimen urbanístico aplicable a una finca, polígono o

sector, presentando su solicitud en el Registro General del Ayuntamiento, precepto que coincide con lo que dispone el artículo 55 de la Ley del Suelo. Esta Ley, en su artículo 27, autoriza a los órganos competentes para aprobar los Planes de Urbanismo, a suspender el otorgamiento de licencias de edificación en los casos que indica, debiendo ser publicado el pertinente acuerdo tanto en el *Boletín Oficial* correspondiente como en un periódico de los de mayor circulación.

Segundo Está probado ante el Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Albacete que en el solar adquirido por el apelante no era posible la edificación desde el día 28 de julio de 1977 hasta por lo menos el día 7 de febrero de 1983 —fecha de la certificación del Ayuntamiento que así lo acredita—, por estar pendiente la aprobación de un Plan Especial de Reforma Interior previsto en las Normas Subsidiarias vigentes y estar incluido el solar en la zona de remodelación

Tercero. Por tanto, si la causa de inedificabilidad existe antes de la adquisición del solar, y duró más de tres años a partir del otorgamiento de la escritura pública por la que se compró, no puede hablarse de una fuerza mayor, ya que, siendo ésta equiparable a un suceso que no haya podido preverse o que previsto fuera inevitable, no concurren ninguna de tales circunstancias, ya que si la Sociedad ignoraba que la edificabilidad del solar era anterior a su adquisición, fue por no emplear la mínima diligencia exigida al adquirir una finca que se dice destinarse a edificación, pues parece lógico comprobar si ello es o no posible; y si no lo ignoraba y conocía la inedificabilidad, debió prever que las circunstancias que impedían la edificación podían durar más de tres años, como en efecto ha sucedido, lo que excluye que pueda hablarse de causa mayor, en los términos previstos en el artículo 1.105 del Código Civil.

Cuarto Finalmente, si bien sería aceptable la tesis del apelante, en el caso de que un acto particular de la Administración posterior a la adquisición, pretendiera dejar sin efecto una exención concedida por una norma con rango de ley, como era el Texto Refundido del Impuesto, en cambio no puede aceptarse una prórroga del plazo de tres años para el que adquirió un solar, o bien teniendo conocimiento pleno de su inedificabilidad, o bien sin conocerlo, pero sin poner el mínimo de diligencia para saberlo, porque ello permitiera incluso ventajas de orden económico, adquiriendo a bajo precio lo que no es susceptible de edificación y puede serlo transcurridos los tres años por los que se concede la exención, si es que dentro de ellos se cumple la condición que la ley impone de obtener la cédula de calificación provisional.

Quinto. Como el apelante solamente alega en este recurso de apelación la existencia de una fuerza mayor, que le impidió cumplir la condición exigida, y ésta no existe, debe de confirmarse la sentencia apelada, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Provincial, que igualmente había desestimado la reclamación interpuesta por la entidad apelante contra la liquidación girada en cuanto a la cuota —no así respecto de otros conceptos impropriamente incluidos en la segunda liquidación—, lo que produce como consecuencia la desestimación del recurso de apelación interpuesto.

C. M. A.



# INFORMACION BIBLIOGRAFICA



CANO MATA, A.: *Cuestiones de inconstitucionalidad. Doctrina del Tribunal Constitucional*. Cuadernos Civitas. Madrid, 1986. Un tomo de 132 páginas.

Del mismo modo que a los hombres no se les debe medir tan sólo por su estatura, los libros deben valorarse más bien por su contenido y no sólo por el número de páginas. Decimos esto porque hay librotos voluminosos, pero llenos en gran parte de vaciedades —de «paja», decíamos en nuestros tiempos estudiantiles—, mientras que, por el contrario, hay tomitos densísimos que enseñan y aprovechan mucho más de lo que su magra apariencia parece mostrar.

El que ahora vamos a presentar pertenece a esta segunda clase, ya que en sus 132 páginas recoge al completo la esencia tanto doctrinal como jurisprudencial de los fallos pronunciados por el Tribunal Constitucional a lo largo de más de cinco años, al resolver las diversas cuestiones de inconstitucionalidad que se le han presentado.

El autor de este libro es ya conocido nuestro, como recordarán quienes leyeran el comentario que hicimos en estas mismas páginas de otra obra de tema afín, titulada *Doctrina civil del Tribunal Constitucional*, donde se recogían las sentencias o autos de dicho Tribunal en los años 1980-1982, que comprendían tanto recursos de inconstitucionalidad como recursos de amparo. Tiene, pues, experiencia en este campo.

La obra presente tiene mayor amplitud en el tiempo, pues recoge sentencias y autos hasta 1985. En cambio, es más limitada en cuanto al ámbito, ya que no contempla los recursos de amparo y se ciñe tan sólo a las cuestiones de inconstitucionalidad.

Como es sabido, el artículo 163 de la Constitución establece que cuando un órgano judicial, en el conocimiento de algún caso sometido a su decisión, considere que la norma legal aplicable y de cuya validez dependa el fallo, sea inconstitucional, podrá plantear esta cuestión para que el Tribunal Constitucional resuelva en consecuencia, expresando su doctrina que se proyectará para lo sucesivo en todo el ordenamiento jurídico, ya que ha de incidir en las diversas esferas del Derecho.

El interés que los temas planteados puede suscitar estriba en la relevancia de las soluciones, las cuales tendrán consecuencias importantes tanto en el aspecto puramente doctrinal como en sus aplicaciones positivas o prácticas. El que una ley sea declarada anticonstitucional o no, tendrá indudables repercusiones para todo el ámbito jurídico general.

De aquí la importancia que tienen estas cuestiones en cuanto que, por una parte, manifiestan la vinculación de los órganos juzgadores con la Constitución y, por otra, contribuyen a fomentar su estudio, conclu-

yendo en la formación de una doctrina elaborada que ayudará de modo decisivo a la interpretación y aplicación de las normas.

El autor plantea un sencillo esquema para la exposición, dividiendo el libro en cuatro capítulos donde estudia las normas aplicables, relaciona las sentencias y autos dictados hasta la fecha, recoge la doctrina procesal sobre el tema y se ordenan y clasifican las cuestiones resueltas según su distinta naturaleza. Por razones de claridad y facilidad en la exposición, seguiremos el mismo esquema.

#### I. REGULACIÓN LEGAL

Es básico el artículo 163 de la Constitución, que se desenvuelve en la Ley Orgánica 2/1977, de 3 de octubre, sobre el Tribunal Constitucional, especialmente en los artículos 35, 36 y 37, y en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en los apartados 2 y 3 del artículo 5.<sup>o</sup> El libro recoge los textos de todos estos preceptos.

#### II. RESOLUCIONES DICTADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Hasta el momento de la edición del libro, el Tribunal Constitucional ha dictado veinticuatro sentencias, que se relacionan, con indicación respectiva de su número, fecha, Ponente y *Boletín Oficial del Estado* en que han sido publicadas. Algunas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas no llegaron a trámite de sentencia por haberse decretado su inadmisión; hay once autos en este sentido, que igualmente se relacionan.

#### III. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

Como consideración general previa, el autor recoge la doctrina de las Sentencias de 29 de abril y 1 de junio de 1981 y la de 22 de noviembre de 1983, que muestran una idea globalizada del tema, lo que le permite estudiar y exponer después los distintos problemas que pueden presentarse en estos procesos de inconstitucionalidad.

El planteamiento de dichas cuestiones sólo corresponde a los Jueces y Tribunales, de modo exclusivo y excluyente. De tal manera, este proceso sólo puede ser deducido por los órganos que integran el Poder Judicial, desde el Tribunal Supremo al último Juez de Paz. Se recoge la opinión crítica de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, quien cree que debía otorgarse legitimación activa a los interesados justiciables que, resultando dañados por una ley inconstitucional, se ven, sin embargo, impedidos para plantear la cuestión; el autor dice, en contra, que si las partes de un proceso ordinario estuvieren legitimadas para el planteamiento de estas cuestiones, múltiples pleitos o asuntos se dilatarían indebidamente distorsionando el proceso judicial en contra de la celeridad y eficacia deseables. Por ello, la intervención de las partes litigiosas se reduce a:

- Instar al Tribunal para que plantee la cuestión de inconstitucionalidad, concretando los extremos a que hace referencia el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
- La solicitud podrá hacerse en cualquiera de los escritos que se presenten, en la vista o mediante petición formulada especialmente a tal fin, siempre antes de dictarse sentencia.

- Puede ser instado el planteamiento de este proceso por la parte en las segundas o posteriores instancias, si recurre.

Lo que resulta evidente, según se ha declarado en Auto 10/1983, de 12 de enero, es que el juzgador no queda vinculado por la petición de parte.

La norma cuya constitucionalidad se cuestiona ha de tener rango de ley, pues si tuviera categoría inferior bastaría con impugnarla en la ordinaria jurisdicción contencioso-administrativa. Incluso el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ordena a los Jueces y Tribunales que no apliquen, ya de entrada, los reglamentos o cualquiera otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa. En el libro se recoge la doctrina del Tribunal Constitucional en los distintos supuestos que se han ido presentando en la práctica, con aplicación al punto que se estudia.

En cuanto a si se pueden plantear estas cuestiones respecto a leyes anteriores a la promulgación de la Constitución o se trataría más bien de considerarlas derogadas, la Sentencia de 2 de febrero de 1981 consideró que en todo supuesto de incompatibilidad entre preceptos impugnados y Constitución, procederá la declaración de inconstitucionalidad.

Si la norma que se trata de impugnar no fuese aplicable para dictar la sentencia en el caso en que la cuestión se suscita, más bien conduciría a la declaración de inadmisión de la cuestión, como ocurrió en el proceso resuelto por el Auto 239/1982, de 30 de junio.

Ha de haber una relación directa entre la validez y la invalidez de la norma cuestionada y el fallo que haya de dictarse en el proceso. La omisión de requisito tan básico impidió que el Tribunal Constitucional entrase a conocer sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 252 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, según Sentencia de 1 de junio de 1981, a la que después nos referiremos.

El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el proceso y dentro del plazo para dictar sentencia; sin embargo, el antiformalismo del Tribunal Constitucional se ha puesto de manifiesto en varias sentencias en las que entra en el tema de fondo debatido a pesar de que la cuestión ha sido planteada prematuramente.

La cuestión deberá concretar la ley o norma legal de cuya constitucionalidad se duda y el precepto de la Constitución que se supone infringido, especificando y justificando en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. El incumplimiento de este requisito puede conducir a la inadmisión de la cuestión planteada, según señalaron los Autos números 17, 18 y 19, todos de fecha 18 de enero de 1983.

En cuanto al procedimiento, señala el artículo 37, 2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que, recibidas las actuaciones, se dará traslado de la cuestión al Congreso y al Senado, al Fiscal General del Estado, al Gobierno y, en su caso, a las Comunidades Autónomas afectadas, todos los cuales pueden personarse y formular alegaciones en plazo de quince días. Transcurrido este término, el Tribunal Constitucional dictará sentencia en plazo de quince días, prorrogable a treinta por resolución motivada. La sentencia se notificará en la forma establecida en el artículo 38

de la Ley Orgánica y sus efectos se determinan en los artículos 39 y 40 de la misma Ley.

#### IV. NORMAS SOBRE LAS QUE SE HAN PLANTEADO CUESTIONES

Las normas y preceptos jurídicos cuestionados por los distintos Juzgados y Tribunales son los siguientes, ordenados por materias:

##### 1. *Normas civiles*

- Sobre el artículo 252 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, referente a la incapacidad para suceder. Por tratarse de una sucesión abierta antes de la promulgación de la Constitución, la Sentencia de 1 de junio de 1981 declaró no haber lugar a pronunciarse.
- Sobre la disposición transitoria primera, regla 1.ª, apartado 2.º, de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980, se declara que no es contraria a la Constitución.
- Sobre el artículo 1584 del Código Civil, referente a las relaciones entre amo y criado doméstico, la Sentencia 26/1984, de 24 de febrero, entendió que no había lugar a pronunciarse acerca de la constitucionalidad de las normas cuestionadas.

Hacemos un resumen más amplio de las dos primeras sentencias citadas en la recensión del libro del mismo autor *Doctrina civil del Tribunal Constitucional*, antes dicha, donde nos remitimos.

##### 2. *Normas procesales*

- Han recaído sentencias sobre los artículos 707 y 709 del Código de Justicia Militar; sobre los artículos 785, 1.581 y 1.598 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; sobre el artículo 504, 2, 3º, del Código de Comercio, y sobre los artículos 13 y 14 de la Ley Orgánica de reforma del Código de Justicia Militar de 1980.

##### 3. *Normas penales*

- Sobre los artículos 6 y 7 de la Ley de Control de Cambios de 10 de diciembre de 1979.

##### 4. *Normas administrativas*

- Sobre el artículo 365, en relación con el 362, de la Ley de Régimen Local de 1955; sobre el artículo 28 de la Ley de Derechos Pasivos de la Administración del Estado de 1966; sobre el artículo 28 de la Ley Especial del Municipio de Barcelona; sobre la Base XVI de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 1944; por último, artículos 12, 14 y 15 de la Ley de la Cultura Física y el Deporte de 1980.

##### 5. *Normas laborales*

- Sobre la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores; sobre el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974; sobre el artículo 56 y la disposición adicional segunda del citado Estatuto de los Trabajadores.

6. *Normas fiscales*

- Sobre la disposición transitoria segunda, b), del Real Decreto-ley 11/ 1979, de 20 de julio, sobre medidas urgentes de financiación de las Haciendas Locales.

En conclusión, ya lo habíamos advertido. Un libro aparentemente pequeño, pero densísimo de contenido y utilísimo para la práctica. Un nuevo éxito de concreción y doctrina del autor.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

PASCUAL ESTEVILL, L.: *El Pago*. Editorial Bosch, Barcelona, 1986. Un tomo de 414 páginas.

Casi siempre que un libro parece serio, lo es. Resulta curioso, pero es cierto; no sé si es el aspecto, el título, la presentación, o todo junto; el caso es que cuando recibí este libro con el encargo de comentarlo ya me «olí» que merecía la pena y, al leerlo, me he confirmado en el pronóstico.

La verdad es que no se ha tratado tan sólo de una simple corazonada, pues ya tenía elementos previos para un juicio favorable, puesto que conocía dos trabajos del mismo autor que, en realidad, son partes de este libro: uno sobre los efectos del cumplimiento estricto o indebido de las obligaciones (*Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 1986) y el otro sobre la dación en pago, que se publicó en el número 575 de la presente Revista, en julio-agosto del mismo año.

El caso es que la materia del pago es ciertamente muy seria, por lo que supone en el tejido normal de las relaciones económicas humanas. El cumplimiento de una obligación por parte del sujeto pasivo, además de ser lo normal en Derecho, confirma su buena crianza y honra a quien puntualmente paga lo que debe; lo contrario supone tacha de deslealtad y suscita recelos y desconfianza para el futuro de las relaciones habituales. En el lenguaje vulgar, que se refleja insuperablemente en el refranero, se acierta con una pincelada en el *quid* del problema al decir «el que paga, descansa; y el que cobra, **más**».

El tema del pago no es sencillo, ni mucho menos, sino que encierra una gran complejidad, y el Doctor PASCUAL ESTEVILL ha escrito un completo tratado sobre esta amplia cuestión en cuanto que contempla su concepto y naturaleza y examina la identidad, integridad y la indivisibilidad de la prestación, sus sujetos pasivo y activo y los efectos del pago, en la primera parte del libro. En la segunda se abordan figuras que, aun siendo sustitutivas, no son infrecuentes en la práctica, originando problemas incluso más complicados que el propio cumplimiento: tales son el pago por persona distinta del deudor, la dación en pago y la cesión de bienes, así como el ofrecimiento y la consignación, sin olvidar la cuestión de la imputación de pagos cuando hay varias deudas homogéneas pendientes de cumplir. Toda una rica gama de supuestos posibles que el autor enfoca a base de precedentes, legislación, doctrina y jurisprudencia, con

la final aportación de las propias opiniones que coronan certeramente la exposición.

Como está mandado, seguiremos el orden señalado por el propio autor, que es además el clásico: naturaleza de la institución, estudio de los elementos personales y reales y de los diversos efectos, para pasar después a los casos especiales.

En la *introducción*, dedicada a *la obligación y su extinción por el pago*, recoge las definiciones clásicas romanas, aprendidas en nuestros años mozos, que la configuraron como *iuris vinculum* que sujeta al deudor *ad dandum, vel faciendum, vel prestandum*, para aceptar como concepto actual el del italiano GIORGANI, según el cual es obligación aquella relación jurídica por medio de la que una determinada persona está vinculada a un comportamiento patrimonial para satisfacer un interés de otra persona que tiene derecho al cumplimiento, aunque este interés no sea patrimonial. También los romanos nos dijeron que las obligaciones pueden nacer *ex contractu, ex delictu, ex variis causarum figuris*; el autor ahora se atiene, como es natural, al artículo 1.089 del Código Civil que nos sirve de pauta. Y para la extinción hay que acudir al artículo 1.156, cuyo primer supuesto, el normal y deseable, es precisamente el pago o cumplimiento, objeto del estudio de este libro.

#### *Capítulo I.—Concepto y naturaleza del pago*

Plantea en principio una disquisición terminológica, analizando los nombres de este fenómeno a lo largo de la historia, con apuntes de Derecho comparado y notas jurisprudenciales, para afirmar que el verdadero pago es el resultado del vaciado de la relación obligatoria. Sólo por medio de la realización del deber de conducta y satisfacción del derecho de crédito, dice, puede sostenerse que se ha guardado fidelidad a la línea programática contenida en el título de la relación y con ello realizado un cumplimiento verdadero.

Ampliamente entra también en la cuestión de la naturaleza jurídica del pago que no es, en su opinión, una disquisición lujosa, sino que implicará una visión diversa en las cuestiones que plantea, variando las consecuencias o efectos. Examina la teoría negocial del pago, con sus variantes contractualistas o como negocio unilateral y la teoría del pago como mero acto jurídico, con opiniones doctrinales y tendencias jurisprudenciales, para terminar diciendo que en base al pacífico concepto que tiene el acto solutorio, la doctrina generalmente aceptada atribuye al pago la naturaleza de «mero acto jurídico», negando la aplicación de las normas que para los contratos se contienen en el título II del libro IV del Código Civil.

#### *Capítulo II.—La exactitud de la prestación*

La prestación no puede ser alterada con posterioridad al acuerdo de voluntades que la estableció, a no ser, naturalmente, por propio acuerdo novador de los interesados. El exacto cumplimiento de la obligación conlleva la entrega real y efectiva de la cosa o la realización de la prestación en que dicha obligación consiste; supone, pues, la identidad, integridad

c indivisibilidad de esa prestación que ha de realizarse, además, en el tiempo y lugar pactados.

A lo largo del capítulo el Doctor PASCUAL ESTEVILL repasa estas cuestiones siempre en sus apartados histórico, legal, jurisprudencial y doctrinal, con una visión de las facetas posibles que conforman la idea total; se detiene especialmente en las deudas de dinero y sus diversos problemas tan actuales, con estudio de la concepción nominalista a la luz del artículo 1.157 del Código Civil y de los requisitos objetivos del pago según se interprete la regla 1.ª del artículo 1.170 del mismo Código. En la cuestión temporal repasa los distintos supuestos de determinación o no de plazo cierto y de aquellas obligaciones que son más bien condicionales en cuanto supeditan su eficacia a que se produzca o falle un suceso futuro, pero incierto. Y dentro de los supuestos circunstanciales del pago, estudia también el lugar o espacio donde ha de realizarse el cumplimiento, según se pacte de modo expreso o nada se haya determinado sobre el particular. Esta cuestión la ha publicado también en la *Revista de Derecho Privado*, octubre de 1986.

### *Capítulo III.—Las posiciones pasiva y activa en el pago*

Consecuente el autor con su idea de que el pago se basa en el deber del *deudor*, considera a éste como figura prevalente en la relación y por ello lo estudia en primer lugar, contemplando quiénes son las personas obligadas al cumplimiento, ya sea desde el nacimiento de dicha relación o por razón de cambios acontecidos con posterioridad. El primer obligado es, por supuesto, el deudor que como tal quedó ligado en el acto constitutivo del negocio, como lo confirma el artículo 1.161 del Código; se estudian los requisitos de la capacidad y el poder de disposición del *solvens* en los diversos supuestos, con especial detalle del trato de favor que dispensa el artículo 1.160 en su último inciso para proteger en todo caso al acreedor que de buena fe haya gastado o consumido el dinero o cosa fungible recibidos.

El *acreedor* es el destinatario normal del cumplimiento, ya lo sea por sí o a través de un representante legal o voluntario debidamente legitimado para cobrar y el autor desarrolla la normativa y las sentencias atinentes a los diversos casos. Estudia las autorizaciones para cobrar que no suponen por sí solas la existencia de un verdadero poder representativo, como la adición del *adiectus solutionis causa*, el ingreso en cuentas bancarias de las deudas de dinero y el caso del albacea universal en Cataluña, autorizado por el artículo 237 de su Compilación para ser destinatario del pago en las obligaciones de dar y hacer. La apariencia jurídica tiene aquí también un supuesto de aplicación en el artículo 1.164 del Código Civil que establece la liberación al deudor que paga de buena fe a quien estuviere en posesión del crédito, aunque no se trate del verdadero acreedor. El capítulo se completa con el estudio de la capacidad del *accipiens* y su libertad para disponer del derecho de crédito.

#### *Capítulo IV.—Efectos del pago*

Pueden ser diversos, según se trate de un cumplimiento estricto o indebido. En cuanto al primero, el autor hace una introducción previa para hablar de lo que llama la «cooperación debida» y sigue con los efectos normales del pago regular, o sea, la satisfacción del interés del acreedor, la extinción de la obligación y la liberación del deudor, para terminar analizando el título de adquirir y conservar del cumplimiento. Respecto al pago indebido, empieza presentándonos los antecedentes y el concepto de la *condictio indebiti*, para continuar con los requisitos (pago, inexistencia de obligación y error del pagador) y los efectos respecto al *solvens* y al *accipiens*. Considera que la regla restitutoria del artículo 1.895 tiene como excepción al que creyendo de buena fe que se hacía el pago por cuenta de un crédito legítimo y subsistente y considerándose bien pagado, realiza actos que convierten el crédito en cuestión en una situación de difícil realización.

#### *Capítulo V.—El pago por tercero*

Dando comienzo a la sección segunda del libro, que lleva por título genérico «Sustitutivos del pago o cumplimiento», este capítulo se dedica a estudiar la consecución del fin de la obligación en virtud de la intervención de un tercero que realiza la prestación en lugar del obligado y los efectos que se producen como consecuencia del subingreso, no previsto inicialmente, de dicho tercero en la relación originaria. Como siempre, el autor inicia la cuestión por sus antecedentes romanos y subsiguientes, para llegar a la regulación actual. Ya en ella, estudia las cuestiones de legitimación de ese extraño en la relación al inmiscuirse en la misma y las diversas formas en que el tercero puede intervenir, con las consecuencias diferentes en función de que tenga o no interés en la realización del contenido de la obligación, todo en razón de los preceptos legales que lo regulan, interpretados por una amplia jurisprudencia que se recoge. El efecto principal es, naturalmente, la subrogación en el lugar del acreedor, no tratada de modo igual por los distintos sistemas doctrinales o legales; su naturaleza jurídica se ha calificado de difícil e intrincada y el autor concluye, tras examinar los preceptos legales, que la subrogación actúa como un deferimiento o delación protegida por la ley en favor del tercero-pagador, de donde resulta un subingreso de éste en la posición activa del primitivo acreedor con identidad de derechos y posibilidad de su ejercicio.

#### *Capítulo VI.—La dación en pago y la cesión para pago*

Nuestros lectores ya conocen la doctrina del autor en esta materia por haberse publicado, como dijimos, en el número 575 de esta Revista, a donde nos remitimos.

#### *Capítulo VII.—La imputación de pagos*

Hay unos amplios precedentes históricos de esta figura en Roma, las Partidas, el *Code* Napoleón y los varios proyectos codificadores nacio-

nales que el Doctor PASCUAL ESTEVILL pone como introducción, antes de abordar el concepto y la naturaleza jurídica de la imputación. La pluralidad y la identidad de prestaciones son los motivos que reclaman el determinar cual sea la obligación a que se imputa la prestación realizada habiendo varias y la naturaleza del instituto dependerá de si esta imputación la realiza el deudor o el acreedor. Cuáles son sus requisitos y efectos y la normativa legal supletoria centrada en el artículo 1.174 del Código Civil para el caso de no haber imputación expresa, son objeto de detenido análisis en el libro.

### *Capítulo VIII.—El ofrecimiento y la consignación*

Las Partidas nos dicen que a virtud del ofrecimiento el deudor hace presente al acreedor su resolución de hacerla o darle la prestación convenida. Si se le acompaña de la consignación de la cosa o cantidad debidas, el deudor queda liberado; pero eso no supone que el ofrecimiento por sí solo carezca de efectos, aunque otra cosa parezca deducirse del artículo 1.176. El autor estudia a fondo las maneras posibles de llevar a término la oferta, a la luz de la jurisprudencia, y sus consecuencias, deteniéndose en los requisitos que considera precisos para que la oferta sea eficaz.

La consignación es el depósito que el deudor hace de la prestación debida, mediando la asistencia e intervención de la autoridad judicial, para que la prestación quede a disposición del acreedor y se pueda cumplir la obligación en el momento procesal oportuno; así la define el autor, pasando a seguido a considerar su naturaleza jurídica que no será otra que la que se concita o provoca por el mero hecho de ejercitarse la facultad de instar, por cauces diversos a los que se habían previsto, la cancelación de la obligación previo al depósito de la prestación debida, suponiendo un acto supletorio del verdadero pago con efectos liberatorios. También analiza los requisitos de la consignación, ya sean los de carácter general ya los especiales, refiriéndose concretamente a las exigencias del artículo 1.177; con el examen de las consecuencias jurídicas que produce esta institución se acaba la doctrina de este libro, el cual es, repetimos, serio y densísimo de contenido.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

CALVO GONZÁLEZ, J.: *La Institución Jurídica*. Universidad de Málaga. Departamento de Derecho Natural y Filosofía del Derecho, 1986.

La obra que traigo a recensión y que en portadilla, no en portada, se subtitula «Interpretación y análisis filosófico del lenguaje jurídico», tiene la tentación de averiguar con claridad lo que podemos o debemos entender por «institución» jurídica ahora que en el ámbito del pueblo se ha sustituido la palabra *cambio* por el verbo *institucionalizar*. Hoy día ya no se habla de cambiar algo, sino de institucionalizar algo. Y, de verdad, cuando esto se me ha dicho desde el asiento por un conductor de un taxi comienza a preocuparme, pues mis nociones son escasas sobre la «institución» jurídica, pero absolutamente alejadas de la realidad cuando se proyectan como verbo para el logro de que determinada actividad o suceso

se convierta en institución. He oído y quizá leído en alguna pancarta, que había que institucionalizar el aborto, y uno piensa si previamente no tendríamos que institucionalizar los derechos humanos, entre los que se encuentra la dignidad.

Ya el autor en su introducción se hace eco de esta situación y, por ello, invoca a PÉREZ SERRANO, quien en su prólogo a la obra de los *Dictámenes*, de BERGAMÍN, decía que hoy día las técnicas jurídicas obligan a «una mayor depuración de los conceptos y a un empleo más riguroso y preciso de los términos...; es ideal recomendable una severa policía del lenguaje jurídico y la evitación de dicciones borrosas que confunden». De todo ello se ocupa el autor en la primera parte del estudio, donde recoge ese proceso de nominalización fáctica o estados de hecho con infinitivo verbal (institucionalizar), sea admitiendo participios sustantivados o adjetivados (instituyente) u adverbios de modo (institucionalmente). Aparte de la pureza del concepto, creo que tiene el mismo cierto proyección dentro del campo del Derecho hipotecario y de ahí que el autor lo refleje en la tercera parte de sus estudios. La primera se destina a la problemática analítico-lingüística del término o concepto; la segunda, a la precisión del concepto de institución y al proceso institucional del Derecho, y la tercera, a la recepción en España de la concepción institucional del orden jurídico.

Me hubiera gustado decir algo de la personalidad del autor, pero en la publicación aparece a cuerpo limpio, sin ningún título que lo identifique en su relación universitaria y con sólo una dedicatoria, me imagino que a su ascendiente, en testimonio de una memoria compartida, que toma de JORGE LUIS BORGES («El Congreso», en el *Libro de arena*), al decir: «Las palabras son símbolos que postulan una memoria compartida».

#### A. Problemática analítico-lingüística del término institución

Para mí, este capítulo, con el que se inicia la obra, es muy semejante a las dificultades que tuve que superar para poder seguir leyendo *El nombre de la rosa*. Claro que una vez superadas, anda uno con cierta soltura. A veces, los escritores no piensan que su libro puede ser leído por un «leigo» en la materia y se les va la mano en la expresión pensando en que sus lectores militan o son de los «suyos». Por eso tengo que llegar a E. SMITH (*El concepto de institución: usos y tendencias*) para poder abrir esos cinco caminos que los usos utilizan para explicar la institución: 1) La institución como estructura cultural (haz de normas, núcleo de valores y con necesidades humanas básicas). 2) Como complejo de normas y valores institucionales (con la nota de la obligatoriedad). 3) Como un todo que consiste en las estructuras y relaciones sociales interactivas que son características de grupos y sistemas sociales. 4) Combinación de las nociones de estructura cultural y sistema de relaciones interactivas características de grupos y asociaciones. 5) Como combinación de las nociones de estructura cultural y sistema de relaciones interactivas, más símbolos y objetos materiales esenciales para el funcionamiento institucional.

Expuesta esta tesis y las que sostienen ORESTANO, TARANTINO y SANTI ROMANO llega a la conclusión de que pueden ser siete los usos del concepto institución: a) Institución como conjunto de convenciones, reglas y normas. b) Institución como materia misma regulada por el Derecho. c) Institución como combinación de las dos anteriores nociones. d) Insti-

tución como nomenclatura empleada en la presentación de las obras en que se exponen elemental y compendiadamente, conforme a un plan didáctico, las ideas fundamentales del Derecho. *e)* Institución como expediente técnico-jurídico al servicio de la solución de problemas de aplicación del Derecho. *f)* Institución como elemento arquitectual indispensable del orden jurídico-político constitucional. *g)* Institución como concepto fundamental utilizado por los representantes de la concepción institucional del orden jurídico (HAURIOU, ROMANO, RENARD, DELOS, CESARINI-SFORZA). El autor concluye entendiendo que en la institución hay un punto de convergencia generatriz —por arriba, la norma; desde abajo, el comportamiento social típico— y funcional —en su interrelación práctica—.

### B. *Concepción institucional del Derecho*

El autor aun y a pesar de reconocer y exponer que pueden existir antecedentes históricos importantes, es lo cierto que el verdadero y moderno pensamiento institucional no se fragua hasta la primera década del presente siglo, coincidiendo con publicaciones de las que destaca la de HAURIOU (*L'institution et le droit statutaire*, 1906). De ahí que exponga sistemática y ordenadamente los pensamientos de los representantes del institucionalismo jurídico: escuela francesa (HAURIOU, RENARD y DELOS) y la escuela italiana (SANTI ROMANO y CESARINI-SFORZA), para concluir que de los cuatro niveles que se predicán de la institución pueden quedar reducidos a dos: la institución como *forma*, concerniente a la fundación y reglas objetivas institucionales, y la institución como *materia*, relativa a la organización o cuerpo social y al régimen estatutario o de medios institucionales.

### C. *Recepción en España de la concepción institucional*

Si la recepción en España es tardía —año 1926—, es evidente, sin embargo, que la doctrina ha manejado constantemente el término y el concepto de institución para proyectarlo en diversas ramas del Derecho. Por ello, el autor va pasando lista a la «institución» en el Derecho público y en el privado.

En el primero se estudia su problemática en el Derecho político, en el Derecho administrativo, en el procesal y en el canónico y eclesiástico. Por lo que se refiere al Derecho privado, se enfoca en relación con el Derecho civil, el inmobiliario o registral, el agrario, el mercantil y el de trabajo, terminando con un último apartado referido a la institución en la filosofía jurídica.

Por serme más familiar quiero destacar cómo el autor se inclina a entender que el concepto de «institución» encaja perfectamente en el de Registro de la Propiedad y en la función calificadora del Registrador con la finalidad de dotar de conocimiento fidedigno de la verdad y legalidad al Derecho, superando con ello aquella famosa exposición que ROCA SASTRE hacía al distinguir el Registro de la Propiedad como institución, como conjunto de libros y como oficina. Es una institución que se sirve de una oficina y que funciona a base de un conjunto de libros donde se inscriben los derechos reales después de la previa calificación registral, con la finalidad de publicarlos y proteger la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.

Con esto concluimos esta recensión, que me ha servido para instruirme respecto de la «institución» jurídica. De verdad que estoy deseando volver a encontrarme con el taxista que me hablaba de la «institucionalidad» del aborto para decirle: «¡Macho, léete primero a CALVO GONZÁLEZ y luego hablamos!»

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

CUENCA ANAYA, F.; RODRÍGUEZ ADRADOS, A.; MEZQUITA DEL CACHO, J. L.; LANZAS GALVACHE, J., y FONT BOIX, V.: *La Seguridad Jurídica y el Notariado*. Academia Sevillana del Notariado. Editorial Revista de Derecho Privado, 1986.

Lo mismo que sucede con el empleo de las palabras, las modas y las costumbres, se traslada inevitablemente a los conceptos jurídicos y a su desarrollo. Yo recuerdo que la parte más huérfana de estudios en la época en que comenzamos a preparar oposiciones era la de sucesiones, y también recuerdo el gran esfuerzo de la doctrina —tanto notarial como registral— en aportar esfuerzos para que aquella zona del Derecho civil estuviera igualitariamente representada que las demás. Gracias a aquel esfuerzo hoy es difícil no poder resolver un problema sucesorio por muy complicado que se presente.

Esto empieza a suceder con el concepto y proyección del principio de la «seguridad jurídica». El concepto era conocido, su doble proyección a través de EREMBERG también lo era (seguridad del Derecho, seguridad del tráfico), su aplicación a los diversos órdenes de la vida también lo era, pero faltaba esa bibliografía que con cierta insistencia se está aportando desde diversos puntos de las esferas del Derecho. Antes, mucho antes de la Constitución española vigente, hubo algunos artículos y comentarios, pero fue la publicación y aprobación de ésta la que hizo que los primeros comentaristas se lanzasen sobre el concepto. La verdad es que aquello fue doloroso: leer ahora, con calma, lo que escribieron, por ejemplo, OSCAR ALZAGA, ALVAREZ CARBALLO o RAMÓN TAMAMES, asombra y entristece. Luego ya han comenzado los estudios serios que enlazan con los que en su día aportaron los filósofos del Derecho o los llamados especialistas en Derecho constitucional. El hueco lo noté cuando hice unos puntcamientos del tema allá en América y luego desarrollé un avance de conceptos en la revista *La Ley*, en competición para optar a un premio que no se me concedió.

No me extraña, por tanto, que ahora, desde el campo notarial (en el cual ya hubo ciertos artículos que se habían preocupado del tema, lo mismo que en el registral, en donde el tema fue objeto de una ponencia en Congresos internacionales) se comience a suministrar trabajos que engrandezcan los estudios sobre la materia. El libro que traemos hoy a recensión es una muestra de ello, pues en él, aparte de la aportación de nuestro compañero LANZAS GALVACHE, todos los demás son Notarios. Entiendo que todo esto es bueno, pues quizá el gran tema de nuestro tiempo sea ése: el de la seguridad proyectada en los diversos planos sociales, culturales, económicos, jurídicos, de tráfico, cívicos, etc. Vamos a ver ahora cómo los Notarios enfocan el problema en sus esferas y cómo entiende el principio nuestro compañero de «paseíllo».

### A. *El Notariado y los fines del Derecho*

El Notario FRANCISCO CUENCA ANAYA desarrolla el tema de su conferencia con dos previas distinciones: el Derecho y la seguridad y el Derecho y la finalidad. Forzosamente —como mandan los cánones— el autor va recorriendo esas escalas de conceptos del orden: la certeza, la justicia, la permanencia, el valor y el principio, la libertad, la paz, el bienestar y el cambio social.

La segunda distinción está basada en la dicotomía Derecho-finalidad, siendo para el autor el fin del Derecho el buscar el bienestar o servir de instrumento para el cambio social. Estructura esta parte con la cita abundante de diversos autores y el pensamiento puesto en un excesivo cambio como nocivo para la seguridad: lo que cambia es inconcebible, sin lo que permanece.

Las dos distinciones apuntadas le sirven al autor para llevarlas al campo del Notariado y allí, a su vez, distinguir entre Notario y seguridad, Notario y finalidad, situando al Notario desde una perspectiva amplia como órgano de seguridad y planteando el problema del quehacer del Notario frente a la finalidad.

### B. *El documento notarial y la seguridad jurídica*

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS se ocupa del tema, de por sí amplio, pero con su habitual maestría. Arranca el tema con la caracterización del protocolo notarial como «exclusiva» del Notario (arts. 218 RN y 602 EEC), para luego ir desmenuzando el documento notarial en el ámbito de la prueba del hecho que contiene, del documento notarial como declaración en su exactitud e integridad y en su eficacia frente a terceros, y el documento en cuanto al contener o deber contener un negocio adecuado al ordenamiento jurídico, esto es, un negocio válido, proporciona lo que el autor llama seguridad sustancial. Distingue, como no puede menos, los elementos integrantes del documento cuya eficacia es distinta, y de ahí que la eficacia que el autor llama «sintética» del documento se desenvuelva en presunciones de legalidad, pero todo ello supeditado a su posible inscripción, que exige una valoración registral que hará cobrar al documento la seguridad jurídica de que carece sin la inscripción.

### C. LA FUNCIÓN NOTARIAL Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO se ocupa del presente tema y lo hace a través de la idea de que tanto las actuaciones judiciales de la jurisdicción voluntaria, como todo el sistema notarial y el registral, aparecen como parcelas de lo que puede denominarse Derecho preventivo. En esa línea, no exenta de fino humor comparativo, va diseñando funciones, y singularmente la notarial, que colabora con el aparato judicial desde el plano de lo preventivo para evitar su actuación innecesaria o inconveniente y no mediante una actuación «en paralelo».

### D. *La publicidad como instrumento de la seguridad jurídica*

Es el único conferenciante que no pertenece a la carrera notarial y que milita en las filas de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, el

que se ocupa del tema: JOAQUÍN LANZAS GALVACHE. Para este autor, la esencia de la seguridad reside en el principio de publicidad. Para llegar a esta conclusión parte de la base de distinguir las situaciones de hecho, indiferentes, subjetivas e intermedias a las que la apariencia se proyecta provocando consecuencias jurídicas o bien una protección legal. Pero se hace preciso no confundir la apariencia con la publicidad, pues la primera ni es publicidad ni es medio de publicidad: ésta no es consecuencia del «ser», sino del «estar».

E. *La jurisdicción voluntaria y sus relaciones con la función notarial*

La publicación se cierra con la última de las conferencias pronunciadas por el Notario VICENTE FONT BOIX. El autor explica las razones por las que doctrinalmente se le adscribe como figura dentro del concepto de jurisdicción voluntaria, pero yo leí en su día el trabajo y verdaderamente es un especialista. En éste va recorriendo las diferentes posturas que diseñan lo que se entiende por jurisdicción voluntaria, para luego enfocar el concepto hacia la función notarial y ver los encajes que en ella puede tener. Su resumen o el resumen de su postura es que tanto la jurisdicción voluntaria como la función notarial representan técnicas para obtener seguridad evitando la conducta antijurídica.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

*Aspects du Droit Prive en fin du 20<sup>e</sup> Siecle.* Estudios en honor del Profesor MICHEL DE JUGLART con motivo de sus LXX años. Editoriales de París LGDJ, Montchrestien y Techniques, 1986.

A través de sus prologuistas, compañeros y alumnos, la figura del homenajeado se nos aparece como la del edificio evangélico construido sobre roca, inmutable ante los vientos transitorios de todos los puntos cardinales, a diferencia de los contruidos sobre arena. Mantiene unos sólidos principios cristianos que proclama y defiende a lo largo de su vida docente, en varias Universidades francesas y en el Centro Notarial de Formación e Información, con absoluta integridad y enorme caballerosidad. Inicialmente accedió a la enseñanza de los Derechos civil y marítimo, pero un trágico accidente que costó la vida a uno de sus grandes amigos, obligado a navegar contra toda técnica y en base a un falso sentido patriótico en sarcófagos volantes de exclusiva construcción francesa, le hizo dedicarse apasionadamente al Derecho aéreo, del que fue no sólo uno de sus pioneros, sino un estudioso constante. Tampoco le fueron extraños el Derecho rural y el mercantil. La impresionante recopilación de datos sobre sus publicaciones que aparece en la obra es la mejor prueba.

El homenaje consiste en 34 estudios de variados sectores y que, pese al atractivo enunciado con que se agrupan, ni todos destacan materias importantes del siglo xx ni ofrecen bases para un despegue en el porvenir inmediato. Todos son de gran interés, pero dado su número y la variedad de sus temas nos limitaremos a mencionar y anotar con leves comentarios algunos de los que consideramos más destacados para los lectores de esta especializada REVISTA.

El nombre de JEAN P. BUFFELAN es bien conocido en el ámbito de la informática jurídica. Profesor en Tannanarive, nos ofrece ahora, junto con la de París, IVAINE BUFFELAN-LANORE, un estudio sobre el continente o datos más adecuados para el *input* de materias jurídicas en los bancos de datos, institutos éstos que han adquirido considerable importancia a consecuencia de que el enorme contingente de alumnos imposibilita la utilización de las bibliotecas tradicionales y las informaciones de los bancos son mucho más completas, y a ellas se acude para la redacción de tesis o estudios monográficos.

LACRUZ BERDIO, bien conocido, realiza una aportación centrada en la innecesidad del consentimiento de la «gentil» esposa del empresario inmobiliario en los actos de enajenación de inmuebles de la empresa.

HENRI MAZEAUD, de la Facultad de Derecho de París, estima que la sanidad, fortaleza y estabilidad de la familia es indispensable a la sociedad. Por ello clama contra la legislación abortiva fundada en sonoras y vacuas frases, como las de que el principio de la vida en la concepción es de índole supersticioso o fetichista; contra las doctrinas eutanásicas, las manipulaciones genéticas y el eugenismo en general. Son materias que en muchos casos implican un absoluto enfrentamiento del Derecho y la moral y no son susceptibles ni siquiera de reglamentación. Las consideraciones se efectúan cara a los progresos de la ciencia médica y contra los intentos de reducir a condición inferior la especie humana.

ALAIN PIÉDELIEVRE, de la propia capital, ofrece un atrevido ensayo: la reconsideración del concepto de bien y la distinción entre bienes corporales e incorporeales. Ello le lleva a profundizar en la trascendencia del valor en el concepto, la necesidad de su inserción en un patrimonio, la insuficiencia de la clasificación de los derechos en reales y personales, estimando que sólo la noción de valor es esencial. Hay bienes corporales que al hallarse limitada la propiedad por un derecho de otra naturaleza, como usufructo o arrendamiento, pasan a ser incorporeales, mientras que con la aparición de las SICOVAM los títulos al portador han perdido su condición tangible. La clasificación es, pues, intrascendente.

El también parisiense PIERRE RAYNAUD aporta consideraciones sobre la familia legítima y la natural; los problemas creados por las uniones libres y la inserción de los hijos adulterinos, hasta hace poco ignorados o tolerados, en la familia de su progenitor, que le es extraña. Hay momentos en que parece reputarse de peor condición la familia legítima que el concubinato, y la cita de un título de ATÍAS y LINOTTE: «Le mythe de l'adaptation du Droit au Fait», resulta más que expresiva.

M. CABRILLAC, de la Universidad de Montpellier, abre la parte mercantil con un estudio sobre «Monética y derecho de pago». El neologismo referido no implica una nueva generación de moneda, sucesora de las modalidades metálica, fiduciaria o escrituraria, sino la referencia a un instrumento liliputiense en plástico, un microprocesador llamado «Carte a la puce», que introducido en un terminal, previas las comprobaciones procedentes, permite la práctica de transferencias en cuentas bancarias. Tal vez en el futuro innovaciones tecnológicas permitan hablar de un «Derecho de la monética», pero el actual estadio es de prudencia legislativa, aunque los estudios sobre firmas electrónicas, basados en huellas dactilares, tonos de voz o fondos de ojo, empiezan a abundar.

JACQUES DUPICHOT, de París, trata de las nuevas perspectivas de los

juristas de empresa hasta la fecha graduados como oficiales superiores, cuadros técnicos especializados, con misiones preventivas o contenciosas, pero no admitidos a la Escuela de Guerra: no participaban en el *risk management*. El hecho de que muchos estudios en Estados Unidos han pasado a ser de Derecho y Finanzas ha producido una creciente incorporación de juristas a la gerencia, que, a título de generalistas, aportan sensibilidad operativa. La especializada, fuera de la higiene preventiva, el arte en profundidad, es aportado por abono complementado o no con estipulaciones no prohibidas sobre *quota litis* por grandes firmas de *Lawyers*, con locales que incluso disponen de restaurantes para «comidas de trabajo». «Baber-Mackenzie», de Chicago, dispone de 702 *Lawyers*; «Finley-Kuble», de Nueva York, de 462. DUPICHOT comenta que todo ello implica una decadencia profesional, el cáncer que destruye la civilización jurídica, de que hablaba CARBONNIER.

EL-HAKIM, de Damasco, estudia el arbitraje y su importancia en la solución de conflictos entre empresas internacionales y otras del Tercer Mundo, dada la desconfianza de aquéllas en ciertos Tribunales. Su estudio es pragmático y analiza los elementos indispensables basándose en su experiencia.

MARTIN y SAINT-ALARY, ambos de París, tratan temas de afianzamiento. El primero destaca los casos de anulación de fianzas por Tribunales franceses en base a la deficiente información del contenido del contrato y de la situación económica del deudor. Son manifestaciones paralelas a la protección que se presta a los consumidores y, como ella, no alcanza a los aseguradores profesionales. Es contrato singular que se presta sin profundizar por razones familiares o de amistad. Uno de los ejemplos citados se refiere a un Notario poco escrupuloso. SAINT-ALARY estudia el afianzamiento mutuo, en especial a través de sociedades, que evita bancarrotas y daños de ellas dimanantes, los motivados por responsabilidades civiles profesionales, citándose el ejemplo notarial, habiéndose asumido un papel muy destacado en las relaciones jurídicas de índole litigiosa.

El Notario español BALLARÍN inicia la sección de Derecho agrario exponiendo la extensa estructura orgánica y legislativa española, para concluir con una referencia a los complejos agro-alimentarios o *agraribusiness* y a las posiciones sobre la *agrarietà* de CARROZZA. Este ofrece el siguiente estudio con un recuerdo al Código Civil de 1942, que en su postura unificadora acogió no sólo la normativa mercantil, sino que trazó un esquema muy aceptable de Código agrario dentro de la filosofía de la asociación, destacando los contratos de *mezzadria*. Con el cambio político aparece una nueva filosofía, la de exterminio del simple inversor, el propietario no cultivador que obtiene menguadas rentas de fundos hereditarios. El panorama legislativo iniciado con la Ley *anti-mezzadria* de 1964 queda inmerso en una vorágine de reformas y reformas de reformas, la última de las cuales, la de 1982, quiere ser la más importante. Es una historia de errores y contradicciones, un laberinto que conduce necesariamente a la descodificación, ya practicada expresa o tácitamente.

DELMAS-SAINT-HILAIRE, profesor de Burdeos, presenta en forma amena el contraste entre el Derecho rural y urbano —especialmente el penal—, que hace discutible el clásico «el aire de la ciudad hace libre». En el mundo rural había una amplia zona de tolerancia, no de Derecho. La justicia acudía temporalmente, y en ella participaban los convecinos y tenían en

cuenta circunstancias personales y principios éticos y religiosos, por lo que se consideraban más graves los delitos contra la familia o instituciones fundamentales que los de índole económica. La privación de libertad era estado transitorio que terminaba normalmente en castigo corporal o incautación de bienes. En cambio, las ciudades con infinitos reglamentos controlan la vida entera de una persona, sin consideraciones individuales, como computadoras inhumanas; los funcionarios judiciales son también profesionales asépticos, y la pena, la privación de libertad. Con la Revolución francesa triunfa el Derecho urbano, cuya inadecuación se constata actualmente al copiar normas en países tercermundistas.

GERMANO, de Florencia, y HUDAULT, de París, se refieren a modalidades agrarias concretas: la *communione tacita familiare* y el *Bail a vigneronage* de Beaujolais, de características especialísimas, que sobreviven con dificultades en la confusión actual, en la que las normas parecen empeñadas en demostrar que el Derecho no es el *ars equi et boni*. MALAÏOSSE estudia las Directivas de la CEE de 1974 y 1979, encaminadas a evitar sufrimientos a los animales, y su contraste con los usos cinegéticos franceses, que muestran a los hombres como descendientes directos de los de Cro-Magnon. Las leyes ya intentan acomodarse a las directivas, pero los usos locales las superan, encargándose de demostrar su impotencia.

PAUL ORIAC cierra la sección rural con unas amenísimas páginas sobre «Historia y Derecho rural». La Asamblea revolucionaria francesa se dispuso a enseñar su catecismo al mundo rural tratando de recopilar y modernizar usos e institutos, pero su diversidad y los aparentes «monstruos jurídicos» establecidos no le permitieron otra cosa que suprimir, con el calificativo de feudales, instituciones inmemoriales e implantar principios igualitarios que permitían el libre contrato a partes desiguales. Afortunadamente, la labor jurisprudencial preservó múltiples institutos y lentamente el testarudo mundo agrícola fue restableciendo su orden eterno. Durante el breve régimen de Vichy, con las Corporaciones de Agricultores, circularon aires de adaptación de la Ley a la vida, pero pronto se restablecieron las disposiciones abstractas, tecnocráticas y expropiatorias que han conducido al mundo medieval con sus arrendamientos-enfiteusis y *tenures*, sus explotaciones cooperativas o comunitarias de corte señorial, y hasta las unidades intervenidas recuerdan el título «De agro deserto» del Código Justiniano y otras del Teodosiano que transformaron la agricultura, o lo intentaron, en servicio público. Se desprecia a la historia, que es la que más puede ofrecer una imagen inteligible de instituciones incomprensibles.

En la sección de Derecho marítimo, DU PONTAVICE estudia el transporte de vino en contenedores, lo que equivale a fletes especiales y requisitos y responsabilidades también singulares. Anota cómo durante el primer tercio del siglo pasado se descubrió que los vinos transportados a Chile envejecían durante el camino, posiblemente a causa de efectos vibratorios, por lo que se establecieron «paseos» como técnicas de envejecimiento artificial.

VIALARD, de Burdeos, diserta sobre los ingenios de puertos y estuarios. La doctrina estima que la consideración de elemento distintivo a efectos de Derecho marítimo es la sujeción a los riesgos de la navegación, materia en la que los Tribunales hacen uso de amplia discreción. Ciertamente que algunos artefactos destinados al remolque o dragado, etc., en supuestos de abordaje o asistencia, deben considerarse como sujetos al Derecho del

mar, pero aplicarles el calificativo de buques y su legislación parece algo desorbitado. Cita al navegante solitario Bardiaus, que afirmaba que el recorrido más peligroso de su dilatada experiencia era una zona de la desembocadura del Gironde. Pero realmente el tema está complicado por aquellas normas que, como el Reglamento del Registro Mercantil español, obligan a la inscripción de dichos ingenios, lo que, aparentemente, parece implicar una inadecuada sujeción al Derecho marítimo.

VILLENEAU, de París, analiza los problemas de asistencia marítima y polución complicados con el transporte marítimo de carburantes en gran escala. Aunque la «Lloyd's Form» de 1980 y la Convención de Montreal de 1981 adoptaron criterios muy positivos, los complejos problemas no pueden considerarse todavía resueltos.

En la sección de Derecho aéreo, DRAGO, de París, estudia el espacio hertziano, no asimilable al aéreo, ya que las ondas hertzianas se propagan a través de agua, tierra, aire y espacio extra-atmosférico. Es *res communis*, pero aunque en Francia la Ley de 1982 la califica de tal, es norma hipócrita, ya que a continuación contiene reglamentaciones incompatibles con tal naturaleza.

DUTHEIL DE LA ROCHE, Decana de la Descartes de París, se centra en el Derecho del espacio, que hasta 1975 ofrecía pocas complicaciones. Aun antes de definirse aparecía reglamentada por los pocos países interesados. Pero desde aquella fecha su número ha aumentado considerablemente, y actualmente ofrece problemas insolubles, tanto por lo que se refiere a normas de televisión como a armamento, ya que sólo aparecen prohibidas las susceptibles de provocar una destrucción masiva, con lo que indirectamente se autorizan otras.

CHARLES GIGNOUX, Doctor en Derecho y Medicina, analiza las deficiencias de legislación respecto a la declaración de fallecimiento y presunciones de premoriencia o conmoriencia de víctimas de accidentes aéreos, de considerable importancia no sólo en materia civil, sino en seguros. Las normas clásicas dictadas para casos de guerra aparecen superadas. Señala como ejemplar la legislación canadiense.

MATEESCO-MATTE, de Nantes, dedica unas estremecedoras páginas a la militarización del espacio, ligada especialmente a lo nuclear. Se puede estimar que el 80 por 100 de los ingenios existentes en el mismo son militares. Y aunque existen sonoras proclamaciones de derechos, prohibiciones y usos a cargo de organismos internacionales, lo cierto es que sólo pueden establecerse «responsabilidades históricas».

MICHEL POURCELET, a la vista del trágico incidente en el que resultó derribado un avión civil coreano por otro soviético en 1983, detalla los acuerdos del siguiente año de la Organización de Aviación Civil y normas de la Convención de Chicago. Y la obra concluye con un excelente estudio del argentino VIDELA ESCALADA sobre responsabilidad civil de los explotadores de aeródromos en caso de deficiencias de los servicios de infraestructura relacionados ineludiblemente con el progreso de la aviación. Distingue los aeródromos privados de los públicos, cada uno con sus diferentes servicios mínimos; las responsabilidades que pueden dimanar del incumplimiento de las normas, de naturaleza extracontractual, y las resultantes de acuerdos con compañías aéreas.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

# REVISTA DE REVISTAS



## REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 511 (abril 1987)

- El resumen del presidente en el Tribunal de Jurados*, por ANTONIO GISBERT GISBERT, pág. 1429.
- Decálogo del Jurado español*, por GUSTAVO LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, pág. 1441.
- Requerimientos y notificaciones en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria*, por FAUSTO ROMERO MIURA GIMÉNEZ, pág. 1467.
- Constitucionalismo español: 1808-1978. Ensayo histórico-jurídico*, por EMILIO ATTARD, pág. 1491.
- El refrendo de la firma real ante el Tribunal Constitucional*, por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, pág. 1529.
- La regla del agotamiento de los recursos internos en Derecho internacional general y en la Convención Europea de Derechos Humanos*, por AMPARO SANJOSÉ GIL, pág. 1679.
- Naturaleza y efectos de las directivas comunitarias*, por FRANCISCO BUENO ARUS, pág. 1773.
- Inversiones extranjeras y control de cambios*, por CARLOS F. LÓPEZ FUSTER, página 1787.

## REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Abril 1987)

- El Derecho de familia y la inseminación artificial —in vivo e in vitro—*, por PEDRO F. SILVA-RUIZ, págs. 323 a 331.
- Febrero y la comunidad de gananciales en Luisiana*, por JAMES MANUS McCaffery, M.A., J.D., págs. 332 a 338.

## ANUARIO DE DERECHO CIVIL

(Octubre-diciembre 1986)

- Una reelección sobre la posesión*, por JUAN B. JORDANO BAREA, pág. 1035
- Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad*, por JOSÉ JAVIER LÓPEZ JACOISTE, pág. 1059.
- Competencia de los Parlamentos autónomos en la elaboración del Derecho civil. Estudio del artículo 149.1.8 de la Constitución*, por MARÍA PAZ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, pág. 1121.

BOLETIN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID  
(Marzo-abril 1987)

- El principio de igualdad en la aplicación de la Ley por los órganos jurisdiccionales*, por MANUEL JAÉN VALLEJO, pág. 9.
- Ingemiería jurídica*, por ANTONIO PÉREZ TENESSA, pág. 27.
- La justicia en el pensamiento griego*, por AMADOR GARCÍA CARRASCO, pág. 31.
- Unión marital de hecho*, por VÍCTOR M. GARRIDO DE PAJMA, pág. 33.
- Bloqueo ilegal del cheque*, por JORGE ENRIQUE VALENCIA M., pág. 37.
- El Jurado: Oportunidad y recencia*, por JAVIER HIDALGO TORRES, pág. 47.
- La problemática integración de la Mutualidad de Previsión en el régimen general de la Seguridad Social*, por JUAN EUGENIO BLANCO, pág. 53.
- Nomenclatura y notación de la legalidad relativa al concepto y práctica de quota litis como régimen de honorarios sintéticos*, por PABLO M. CASADO CORA, pág. 59.
- Costas y auxilio judicial*, por JORGE GARCÍA MAURIÑO DE VIGO, pág. 67.
- La organización del Joven Foro en España desde los años sesenta*, por PASCUAL MENEU MONLEÓN, pág. 69.
- Un gran Notario: Juan Vallet de Goytisolo*, por ALBERTO SÁENZ DE SANTAMARÍA, pág. 75.
- Decálogo de libertad religiosa del Vaticano*, pág. 79.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Número 50 (abril-junio 1987)

- La empresa aseguradora: marco institucional de su ordenación administrativa*, por SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, págs. 165 a 183.
- Intereses y actualización en las deudas de la Administración*, por JOSÉ LUIS DAROCA TORRES, págs. 185 a 219.
- La contratación administrativa y la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985*, por MIGUEL DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, págs. 221 a 241.
- La administración municipal rural: los obstáculos de la reforma*, por ERNESTO CARRILLO BARROSO, págs. 243 a 258.
- La competencia de las entidades locales menores*, por FRANCISCO LUIS BORRELL, págs. 261 a 264.
- Una resolución novedosa en materia de medidas cautelares: el Auto del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1984*, por JOSÉ SUAY RINCÓN, págs. 265 a 268.
- El anacronismo del factum principis en la legislación de contratos*, por TOMÁS QUINTANA LÓPEZ, págs. 269 a 274.
- En torno a las oposiciones restringidas*, por VICENTE MARÍA GONZÁLEZ-HABA GUISADO, págs. 275 a 279.
- Hacia el fin de la preclusión del plazo impugnatorio*, por PEDRO GONZÁLEZ SALINAS, págs. 281 a 286.

## REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 2 (1987)

*Información, libertad de prensa y dignidad de la persona*, por P. PERIN-  
GIERI, pág. 285.

*La tutela de menores en la Ley catalana 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores. El acogimiento*, por JOAN EGEA I FERNÁNDEZ, página 301.

*Las inversiones españolas en el exterior*, por ENRIC ENRICH MOLS, pág. 339.

*El convenio colectivo como posible fuente autónoma de regulación de las condiciones de trabajo en Cataluña*, por FRANCISCO PÉREZ AMORÓS y EDUARDO ROJO TORRECILLA, pág. 359.

*Estado autonómico y colegios profesionales*, por RAFAEL ENTRENA CUESTA, página 375.

*El Consejo General del Poder Judicial: Naturaleza jurídica, composición y facultades reglamentarias*, por MANUEL GERPE LANDIN, pág. 397.

*Aproximación a las directivas comunitarias en materia de contratación de obras*, por ANTONI NOGUÉS OLIVE, pág. 427.

*La mercantilidad de la compraventa de bienes para uso empresarial*, por GUILLERMO ALCOVER GARAU, pág. 443.

*Sobre las ejecuciones judiciales*, por PASCUAL MARTÍN VILLA, pág. 469.

*Solicitud de ejecución provisional por la parte actora apelante de sentencia de primera instancia estimatoria en parte*, por JUAN E. RODES, página 481.

*La Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva*, por J. MUÑOZ CAMPOS, pág. 485.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACION  
LOCAL Y AUTONOMICA

Número 231 (julio-septiembre 1986)

*La competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de denominaciones de origen*, por PEDRO DE MIGUEL GARCÍA, pág. 409.

*Consideraciones generales en torno a la comarca*, por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN, pág. 431.

*La nueva normativa sobre la Función pública y sus derivaciones en el ámbito local*, por VICENTE MARÍA GONZÁLEZ-HABA GUIADO, pág. 441.

*El nuevo sistema de fuentes de los bienes locales, con particular referencia a la regulación de los bienes comunales*, por JUAN MANUEL ALFONRE AVILA, pág. 485.

*La ejecución normativa del Derecho de la Comunidad Europea por las Comunidades Autónomas*, por JOSÉ LUIS SÁNCHEZ DÍAZ, pág. 485.

## REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 102 (marzo-abril 1987)

*La suspensión del otorgamiento de las licencias de urbanismo: una aproximación histórica y jurisprudencial*, por JAIME RODRÍGUEZ-ARANA, pág. 13.

- Comentarios a la Ley de adaptación de la Ley del Suelo a Galicia*, por JUAN RICO LENZA, pág. 71.
- De nuevo sobre la Ley del Parlamento catalán por la que se suprime la Corporación Metropolitana de Barcelona*, por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BLRENGUER Y URRUTIA, pág. 115.

## BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Número 57 (septiembre-diciembre 1986)

- Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre Derecho y política*, por OTTO BACHOF, pág. 837.
- El Derecho internacional del desarrollo, nueva rama del Derecho internacional público*, por MANUEL BECERRA RAMÍREZ, pág. 853.
- El trabajo de los menores y de los jóvenes*, por JOSÉ DÁVALOS, pág. 869.
- La rehabilitación en las prisiones: ¿éxito o fracaso?*, por DOLORES E. FERNÁNDEZ MUÑOZ, pág. 907.
- La Comisión Marítima Tripartita del Pacífico Sur, las 200 millas y el patrimonio común de la humanidad*, por LUIS DÍAZ MULLER, pág. 921.
- Régimen jurídico de la investigación científica marina*, por ALONSO GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, pág. 929.
- El régimen jurídico de aguas no marítimas, en la literatura iusromanista desde los postglosadores hasta mediados del siglo XVIII*, por GUILLERMO F. MARGADANT S., pág. 945.

## NOTICIAS CEE

Número 27 (abril 1987)

### 1. LA LEY DE DELEGACION

- Notas en torno al no ejercicio por el Gobierno de la delegación legislativa operada por la Ley 47/1985*, por ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, pág. 11.
- La adaptación del ordenamiento jurídico español al ordenamiento comunitario y la Ley de Delegación 47/1985, de 27 de diciembre*, por TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, pág. 19.

### 2. LOS DECRETOS LEGISLATIVOS

- La adaptación de la Ley 3/1985, de metrología al ordenamiento jurídico comunitario*, por GREGORIO ARRANZ PUMAR, pág. 27.
- Derecho comunitario y legislación nacional delegada: adaptación del Derecho español al ordenamiento jurídico comunitario en la materia de acceso a la profesión de transportista de viajeros y de mercancías por carretera*, por FERNANDO CASCALES MORENO, pág. 33.
- La Directiva de la CEE de 15 de julio de 1975 (75/442/CEE) sobre residuos, y el Real Decreto legislativo 1163/1986, de 13 de junio, por el que se modifica la Ley 42/1975, de 19 de noviembre, sobre desechos y residuos sólidos urbanos*, por FERNANDO FUENTES BODELÓN, pág. 45.

*La Directiva Comunitaria (85/337/CEE) sobre evaluación del impacto ambiental y la necesaria adaptación al Derecho español: el Real Decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio*, por FERNANDO FUENTES BODELÓN, página 53.

*La adaptación del cine español a la CEE*, por JOSÉ MARÍA GARCÍA ESCUDERO, página 63.

*La adaptación del Derecho aduanero español al comunitario*, por ANTONIO MÉRQUEZ Y MÁRQUEZ, pág. 69.

*Las zonas y los depósitos francos*, por SONSOLES MAZORRA Y MANRIQUE DE LARA, pág. 81.

*La adaptación de la legislación bancaria española a la legislación comunitaria*, por ENRIQUE PIÑEL LÓPEZ, pág. 93.

*La adaptación del título VIII de la Ley de Minas al ordenamiento jurídico comunitario*, por RAFAEL PIQUERAS BAUTISTA, pág. 105.

*La adaptación del Derecho español de seguros a las Directivas comunitarias, con especial consideración del seguro del automóvil*, por FRANCISCO JAVIER TIRADO SUÁREZ, pág. 111.

*El nuevo seguro del automóvil tras la adaptación de la legislación española a las normas de la CEE*, por MERCEDES VÁZQUEZ DE PADURA, pág. 133.

## Número 28 (mayo 1987)

### 1. AGRICULTURA

*El futuro de la política común*, por SICCO MANSHOLT, pág. 11.

### 2. ECONOMÍA

*Los contratos mercantiles modernos ante el Derecho europeo*, por VICENTE BENEDITO FRANCÉS, pág. 29.

*Un comentario al Proyecto de Directiva sobre liberalización del crédito hipotecario*, por JULIO RODRÍGUEZ LÓPEZ, pág. 47.

### 3. UNIÓN ADUANERA

*La integración de España en la Unión Aduanera de la CEE*, por JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ RANZ, pág. 51.

*La aplicación de derechos «antidumping» en España tras su adhesión a la CEE*, por ENRIQUE GUARDIOLA, pág. 59.

*Nuevas disposiciones sobre importación temporal*, por JOSÉ MARÍA MAS ESTEVE, pág. 61.

### 4. FISCALIDAD

*La aplicación por los Tribunales Económico-Administrativos del Derecho comunitario y las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, por RAMÓN FALCÓN TELLA, pág. 65.

*Los regímenes especiales para las pequeñas empresas en el Impuesto sobre el Valor Añadido*, por ALFONSO POLO SORIANO, pág. 75.

## 5 LIBRE PRESTACION DE SERVICIOS

*La Comunidad Europea y el ejercicio de la abogacía (en torno al Real Decreto 697/1986, de 21 de marzo)*, por JOSÉ A. CORRIENTE CÓRDOBA, página 83.

*La libre circulación de trabajadores en el Real Decreto 1099/1986*, por DIEGO LUIS LOZANO ROMERAL, pág. 97.

Número 29 (junio 1987)

## 1. EL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA

*La experiencia de la Comisión en la aplicación de la política de competencia*, por J. L. CADIEUX y CL. ROUAM, pág. 13.

*Régimen para una competencia no falseada en las Comunidades*, por RAMÓN CARMONA FERNÁNDEZ DE MESA, pág. 19.

*El abuso de posición dominante: el artículo 86 del Tratado CEE*, por FERNANDO DÍEZ MORENO, pág. 31.

*El concepto de empresa relevante en el Derecho de competencia de la Comunidad Europea. Exposición y crítica*, por JUAN IGNACIO FONT GALÁN, pág. 39.

*Joint Venture y Derecho de la competencia*, por ALEJANDRO RODRÍGUEZ ALVAREZ, pág. 57.

*El artículo 85.3 del Tratado CEE: las exenciones individuales y por categorías de acuerdos*, por ROSARIO SILVA DE LAPUERTA, pág. 61.

*Principales disposiciones legales comunitarias sobre el Derecho de la libre competencia*, por ANA MARÍA TOBÍO RIVAS, pág. 69.

## 2. LA ADAPTACION DEL DERECHO ESPAÑOL

*España en la política comunitaria de competencia. Comentarios al Real Decreto 1882/1986*, por MIGUEL COMENGE PUIG, pág. 89.

*La legislación española sobre la competencia y su adaptación a la normativa CEE*, por RAFAEL ILLESCAS ORTIZ, pág. 93.



