

**REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO**

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LVI • Noviembre-Diciembre 1980 • Núm. 541

CONSEJO DE REDACCION

CONSEJEROS:

- D. Narciso de Fuentes Sanchiz.
- D. Pedro Cabello de la Sota.
- D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.
- D. José Poveda Murcia.
- D. Pío Cabanillas Gallas.
- D. Antonio de Leyva y Andía.
- D. José Luis Lacruz Berdejo.
- D. Juan Vallet de Goytisolo.
- D. Ginés Cánovas Coutiño.
- D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

- D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—Madrid-6.—Teléfono 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>
ESTUDIOS:	
«La naturaleza <i>ob rem</i> de la obligación de Renta Vitalicia», por FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ	1335
«Pago indebido subjetivo y mecánica de la relación obligatoria», de ENRICO MOSCATI. Traducción y notas de TOMÁS DE ZUMALACÁRREGUI Y M.-CÓRDOVA	1357
«Estudio y aplicación del principio general de subrogación real en el Derecho de Sucesiones», por M. ^a LUISA MARÍN PADILLA	1399
NOTAS:	
«Los logros del Profesor Werner Goldschmidt Lange», por ALICIA M. PERUGINI DE PAZ Y GEUSE	1477
DICTAMENES Y CUESTIONES ACTUALES:	
«Dictamen sobre uso y disfrute de plazas de garaje. Copropiedad». por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ y FRANCISCO MENCHÉN HERREROS.	1489
JURISPRUDENCIA:	
I. Resoluciones y Sentencias:	
I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO	1501
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JOSÉ QUESADA SEGURA y FRANCISCO CASTRO LUCINI	1525
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS	1544
LIBROS:	
«El valle de Alcudia durante el siglo XVIII», de FRANCISCO GASCÓN BUENO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1561
«Un altro modo di possedere», de PAOLO GROSSI, por JOSÉ M. ^a PIÑOL AGUADÉ	1565

«El arbitraje cooperativo», de ANTONIO MUÑOZ VIDAL, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ ...	1570
«Fori Aragorum». Edición facsímil con introducción en castellano de A. PÉREZ MARTÍN, por MARIANO PESET ...	1573
«Diritto e realtà», de FRANCO TODESCAN, por JOSÉ M. ^a PIÑOL AGUADÉ.	1575
«Concepto y tipos de empresa agraria en el Derecho español», de CARLOS VATHIER FUENZALIDA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ...	1581

REVISTAS:

I. Revistas comentadas ...	1591
II. Noticia de Revistas ...	1597

ESTUDIOS

La naturaleza «ob rem» de la obligación de Renta Vitalicia

SUMARIO: *Introducción: proposición de la tesis.—Estudio del efecto. Transmisión de los bienes. La asunción de deuda: I. Estado doctrinal de la cuestión.—II La asunción de deuda en las subastas judiciales. El artículo 131 de la Ley Hipotecaria.—III. Las distintas formas de asunción de deuda: A) La asunción plena, completa y expresa. El artículo 118, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria. El requisito del consentimiento del acreedor. B) La asunción incompleta y de efectos no plenos: a) Asunción expresa. b) La asunción tácita. El artículo 118, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria. La retención o descuento con fines cautelares y con finalidad solutoria. Efectos de una y otra. El pago de la obligación hecho por el deudor que vendió la finca.—IV. Negación del efecto asuntivo en las subastas judiciales.—V. Alcance del artículo 157 de la Ley Hipotecaria: la transmisión judicial y la extrajudicial de los bienes hipotecados. Sus efectos.—Conclusión: la confirmación de la tesis. La renta vitalicia como obligación ob rem.*

INTRODUCCION: PROPOSICION DE LA TESIS

Con las presentes notas intento fundamentar cumplidamente la idea de que la renta vitalicia, tal y como aparece configurada en nuestra legislación, tiene la naturaleza de una carga personal o, mejor, de una de las denominadas obligaciones *ob rem*.

Las lógicas consecuencias de tal conclusión pueden ser desarrolladas del siguiente modo:

- El titular de los bienes transmitidos a cambio de la renta (con o sin pacto resolutorio por impago de pensiones) será en todo caso deudor personal de las pensiones que vengan mientras se conserve en dicha titularidad. Si los bienes fuesen después enajenados, su adquirente asumirá la expresada deuda.
- Cuando en garantía de la obligación de pago de la renta vitalicia se constituyese hipoteca sobre determinados inmuebles, sean o no

los mismos que fueron objeto de transmisión a cambio de la renta, la obligación personal de pago de las pensiones o prestaciones periódicas seguirá a quien ostente la titularidad de los mismos.

El método que he utilizado, como el lector observará, ha sido quizá el contrario al técnicamente más correcto, que hubiese sido uno que consistiese en ir de la naturaleza de una institución al estudio de las consecuencias lógicas derivadas de tal naturaleza. Pero como quiera que lo que trato es añadir al contrato de renta vitalicia un dato más que pertenece a su naturaleza, el esquema de trabajo antes expuesto no se ofrecía como factible y me he visto en la precisión de seguir justamente el contrario. En efecto, voy a proceder en primer lugar a intentar demostrar que en la renta vitalicia la obligación personal se adhiere al que sea titular de los bienes en cada momento—consecuencia típica de la obligación *ob rem*—, para de inmediato extraer la conclusión de que estamos en presencia de una de tales obligaciones (fijación de la naturaleza jurídica de la institución).

Esta vía inversa, que no utilizaría de no estimarla como única posible, puede tener un serio peligro, y de ahí su incorrección, que es el de querer atribuir una determinada e idéntica naturaleza jurídica a cualquier figura o institución que produzca los efectos propios de tal naturaleza. Tal intento llevaría, en la mayor parte de los casos, a conclusiones erróneas; pero basta, a mi juicio, introducir un nuevo dato para que el peligro quede conjurado, y es el de que sólo cuando por «esencia» y no a virtud de pactos, convenios o condicionamientos sobreañadidos se produzca el efecto característico de una determinada categoría institucional, podrá decirse con propiedad que la figura origen de tales efectos pertenece a dicha categoría jurídica.

La obligación personal puede seguir a la titularidad de los bienes por razón de un pacto añadido a dicha obligación. Ocurre así con la denominada hipoteca de responsabilidad limitada. En ella, acreedor y deudor convienen en que la obligación entre ellos existente y afectante al total patrimonio de este último (art. 1.911 del Código Civil) se limite exclusivamente a los bienes hipotecados en garantía de la misma. Este pacto, permitido por el artículo 140 de la Ley Hipotecaria, motiva, según tesis general, el que todo adquirente futuro de los bienes asuma la deuda personal además de la responsabilidad hipotecaria. Pues bien, pese a tal efecto de adherencia, no puede decirse que estemos ante una obligación de las llamadas *ob rem*, pues simplemente se trata de una obligación ordinaria a la que por un convenio entre las partes se le han introducido efectos que por su naturaleza (que permanece inalterable pese a tal convenio) no hubiese podido producir.

Si en la renta vitalicia la obligación sigue a los bienes, y ello lo es por causas intrínsecas y derivadas de la naturaleza del contrato, puede ya afirmarse que sí estamos entonces en presencia de una obligación *propter rem*.

La serie de razonamientos que se contienen en los epígrafes que siguen pretenden desarrollar y dar respuesta a esa premisa.

ESTUDIO DEL EFECTO. TRANSMISION DE LOS BIENES. LA ASUNCION DE DEUDA

I. Dice el párrafo tercero del artículo 157 de la Ley Hipotecaria que «el que remate los bienes gravados con tal hipoteca (la en garantía de rentas o prestaciones periódicas) los adquirirá con subsistencia de la misma y de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento. Iguales efectos producirá la hipoteca en cuanto a tercero; pero respecto a las pensiones vencidas y no satisfechas, no perjudicarán a éste sino en los términos señalados en los artículos 114 y párrafos primero y segundo del 115 de esta Ley».

En torno a este precepto ha girado una discusión doctrinal cuyas consecuencias interesan en gran manera. El estado actual de la cuestión puede resumirse recogiendo como principales posiciones las siguientes:

- La absolutamente negativa. Tanto en el caso de ejecución forzosa como en el supuesto de transmisión extrajudicial, el adquirente de los bienes gravados no asume la obligación de pagar la renta. En este sentido se pronuncia RUIZ ARTACHO (1).
- La parcialmente negativa, defendida por SANZ (2), para el que, si bien el caso de enajenación en vía de ejecución supone para el rematante la subrogación en la obligación personal garantizada, no ocurre igual cuando de transmisión extrajudicial se trata, supuesto en el que no puede hablarse de que exista tal subrogación por ministerio de la Ley.
- La de aquellos que, ante la oscuridad del transcrito precepto hipotecario, sostienen la inviabilidad de dar al problema una solución de carácter general, debiendo estarse en cada caso concreto a la especial característica del derecho garantizado por la hipoteca de renta para determinar la existencia o no de una asunción de deuda. Esta es la tesis patrocinada por GOMÁ SALCEDO (3).

(1) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1946, págs. 217 y ss.

(2) *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, pág. 438. Id., BELTRÁN DE HEREDIA en *La renta vitalicia*, Madrid, 1963, pág. 152.

(3) *Revista de Derecho Notarial*, núms. 29 y 30, 1960, pág. 327.

- La totalmente positiva. Se defiende la asunción de deuda tanto en el caso de enajenación extrajudicial como judicial de los bienes hipotecados. Esta es la tesis mayoritaria, acogiéndola, entre otros, CABELLO DE LA SOTA (4), URIARTE (5), LÓPEZ TORRES (6), CAMY (7) y ROCA SASTRE (8).

Los argumentos manejados para sostener el referido efecto asuntivo son variadísimos, y van desde el de atribuir supuestas analogías a la renta vitalicia respecto del censo hasta la idea, expresada por CAMY, de que la asunción de deuda es un efecto que debiera preconizarse en todo caso de transmisión de finca hipotecada, aunque tal hipoteca no fuese una de renta. Pese a ello, es forzoso reconocer lo difícil que resulta encontrar un razonamiento de solidez bastante, latiendo en el fondo de casi todas las exposiciones doctrinales esta resumida conclusión: la asunción de deuda se produce porque así lo indica el artículo 157 de la Ley Hipotecaria, aunque no sea un modelo de claridad en este punto, y todo ello aparece coadyuvado, en cuanto a la transmisión judicial, por la idea de que en todo caso de ejecución forzosa de bienes hipotecados (en general, sin precisarse que sea un tipo u otro de hipoteca) el rematante de los mismos asume las obligaciones personales garantizadas con las cargas que han de subsistir.

Voy a ocuparme de examinar en primer lugar la veracidad o no de este último aserto, para hacerlo luego con lo que dice o no el citado artículo 157 acerca de la asunción.

II. Que el rematante o adjudicatario en todo proceso de ejecución judicial de bienes hipotecados no sólo asume la responsabilidad real de las cargas anteriores y preferentes a las del actor, sino que además se subroga en la obligación personal por ellas garantizada, es un postulado que comparten la mayoría de los autores patrios: JERÓNIMO GONZÁLEZ (9), ROCA (10), GUASP (11), SANZ y LÓPEZ TORRES, y aparece recogido en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1927.

En contra de tal asunción de deuda se manifiestan BLÁZQUEZ (12) y RUIZ ARTACHO (13). Para el primero, no es posible hablar en estos

(4) *Anales de la Academia matritense del Notariado*, tomo V, 1950, pág. 111.

(5) *R. C. D. I.*, 1950, pág. 553.

(6) *R. C. D. I.*, 1948, pág. 10.

(7) *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, 2.^a ed., vol. VI, pág. 874.

(8) *Derecho Hipotecario*, 7.^a ed., tomo IV, 2.^o, págs. 762 y ss.

(9) *R. C. D. I.*, 1929, pág. 120.

(10) *Ob. cit.*, pág. 1153.

(11) *R. C. D. I.*, 1942, pág. 392.

(12) *R. C. D. I.*, 1944, pág. 364.

(13) *Ob. cit.*

casos de una subrogación total y liberadora del primitivo deudor; señalando el segundo que lo único que se produce es una subrogación en la responsabilidad real hipotecaria.

El fundamental precepto del que arrancan las divergencias doctrinales es el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en el que se señala:

- Regla 8.^a: «... las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes—si los hubiere—al crédito del actor continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate».
- Regla 10.^a, en la que al referirse al derecho que tiene el actor de adjudicarse la finca en pago de su crédito, si la primera subasta quedase desierta, preceptúa que ello se hará «aceptando la subsistencia de las cargas anteriores y las preferentes, si las hubiere, y subrogándose en la obligación de satisfacerlas».
- Regla 13.^a: «... en el acto de la subasta se hará constar que el rematante acepta las obligaciones consignadas en la regla 8.^a, y si no las acepta, no le será admitida la proposición».

Aunque este artículo 131 de la Ley aparece dictado exclusivamente para el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, las tres reglas transcritas, y por tanto las conclusiones que de ellas se deriven, serán de aplicación no obstante a los demás procedimientos de ejecución hipotecaria y aun «a aquellos otros en que se ejercite cualquier acción real o personal que produzca la venta de bienes inmuebles» (art. 133, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria).

Del examen detenido del precitado artículo 131 de la Ley no es posible obtener solución clara al problema que se plantea, puesto que su redacción resulta ambigua, ofreciendo base tanto a los partidarios de la asunción, cuando en la regla 10 habla de subrogarse «en la obligación de satisfacerlas», como a los que niegan tal efecto asuntivo, cuando en la regla 8.^a se dice que el rematante sólo «queda subrogado en la responsabilidad».

En mi opinión, y partiendo de la recta doctrina de que el citado precepto hipotecario no constituye una desviación por vía excepcional del articulado de nuestro Código Civil, no puede dicha norma ofrecer argumentos definitivos para sostener una tesis absoluta, tanto si ésta es negativa como si es afirmativa.

Ni cabe, a mi juicio, deducir la existencia de una asunción plena, pues ello iría contra lo dispuesto en el artículo 1.205 del Código Civil, el cual exige en todo caso el consentimiento del acreedor, y sólo se am-

pararía en una interpretación más o menos acertada de normas hipotecarias en este punto oscuras y dudosas, ni puede sólo hablarse de una subrogación en la responsabilidad real, hecho que, desde luego, se produce.

Las cargas anteriores y preferentes subsisten, y el rematante se subroga en la responsabilidad de las mismas. Esta declaración, que hoy nos puede resultar superflua, no lo es si tenemos en cuenta que con anterioridad a la Ley de 1909 regía el sistema contrario, es decir, el de purga o liberación de las cargas preferentes, principio que se refleja en el artículo 1.516 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con estos datos no estaba de sobra el que el legislador estableciese expresamente la persistencia de las aludidas cargas.

Pero la norma del artículo 131 de la Ley, además de esta subsistencia de cargas y asunción de responsabilidad real, habla también de una subrogación «en la obligación de satisfacerlas». No se señala, es cierto, la subrogación «en la obligación garantizada», sino sólo en el compromiso de pagarla. Estamos, pues, ante una toma interna de deuda, una asunción en el cumplimiento o una expresa pero incompleta subrogación en la deuda, que, aunque produce en el rematante la obligación de satisfacer las deudas aseguradas por las cargas preferentes (14), no altera, por otra parte, «la relación jurídica entre el acreedor del crédito preferente, que subsiste, y su deudor» (CAMY, *ob. cit.*, pág. 707).

No hay asunción de deuda que opere con carácter pleno, es decir, desligando por completo al deudor primitivo. Así lo demuestran:

- La dicción del artículo 231 del Reglamento Hipotecario, en el que se lee que «subrogado el rematante o adjudicatario en la *responsabilidad* de las cargas o gravámenes anteriores o preferentes al crédito del actor, si el importe de dichas cargas o gravámenes hubiese sido satisfecho por el *deudor*...».

El precepto reglamentario, en parte transcrito, destaca la persona del deudor como distinta a la del rematante o adjudicatario y que, no obstante la subrogación predicada para este último, se conserva como tal deudor.

- La situación del referido artículo 231, colocado junto y paralelamente al artículo 230, que se refiere a la venta voluntaria de finca hipotecada y está dictado en desarrollo del párrafo segundo del artículo 118 de la Ley, al que expresamente se remite. Pues bien, ese artículo de la Ley contempla el caso en que «no se hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada», lo que indudablemente excluye la asunción plena de deuda.

(14) Habida cuenta de que, como después se verá, los postores en la subasta realizan sus ofertas sobre el valor neto de los bienes subastados, es decir, teniendo en cuenta el importe de las cargas que han de subsistir.

En línea con lo argumentado se manifiesta la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en su resolución de 28 de agosto de 1926 señala en el penúltimo considerando: «... las dificultades técnicas que presentaría la afirmación de que el deudor personal de un crédito hipotecario deja de serlo por la adjudicación en subasta del predio hipotecario con la carga de la hipoteca».

En resumen, no hay asunción plena, pero sí una especial situación productora de peculiares efectos, y, antes de examinar cuáles sean éstos, conviene detenerse en perfilar las posibles formas que, a mi juicio, deben distinguirse dentro del fenómeno general de la asunción de deuda.

III. Estas formas son tres:

1. La asunción expresa, completa y plena.
2. La asunción expresa, pero incompleta y de efecto no pleno (asunción de cumplimiento); y
3. La asunción tácita, limitada e incompleta.

Paso a destacar las características de cada una de ellas, para hacerlo después respecto a las del caso que nos ocupa (asunción en subasta judicial), con la ayuda que podrá facilitarnos entonces el hecho posible de que el referido caso pueda ser, en mayor o menor parte, subsumido en alguna de las expresadas categorías de asunción de deuda.

A) Es plena, completa y expresa la asunción prevista en el párrafo primero del artículo 118 de la Ley Hipotecaria.

Es expresa, porque el consentimiento del nuevo deudor que va a asumir la obligación, aparece clara y externamente manifestado a través del convenio de subrogación que estipula con el primitivo deudor transferente de la finca.

Es completa porque reúne los requisitos exigidos por el artículo 1.205 del Código Civil, que destaca como fundamental el del consentimiento del acreedor.

Es plena porque produce el fundamental efecto de la asunción de deuda: desligar por completo de la obligación al antiguo deudor (lo dice así el citado artículo 118) y constituir como tal y con todos sus efectos al nuevo deudor. Se trata, en palabras del precepto hipotecario, de la «transmisión de la obligación garantizada».

Sobre si se produce en estos casos una novación extintiva o simplemente modificativa de la obligación, es polémica que no corresponde ser aquí tratada; pero lo cierto es que el artículo 1.204 del Código Civil, al predicar el efecto extintivo sólo en los casos en que se produzca una declaración terminante en tal sentido, o una incompatibilidad absoluta en-

tre la nueva y la antigua obligación, autoriza a sostener la tesis que se inclina por la simple modificación.

Aunque el artículo 118 que examinamos vincula este tipo de asunción con el supuesto de que la finca hipotecada se transmita, no cabe duda de que aquélla puede operar con independencia de tal transmisión. El deudor, propietario de la finca gravada, puede convenir con un tercero que no va a adquirirla, la asunción de la deuda garantizada a cambio de la condonación de otra existente entre ellos, siendo todo ello aceptado por el acreedor de aquella deuda.

En los casos de asunción plena es el nuevo deudor el obligado al cumplimiento de la obligación asegurada y, consistiendo ésta en pagar una suma de dinero, a hacerlo así. En el improbable caso de que el pago fuese hecho por el primitivo deudor, que podría estar interesado en ello si conservase el dominio o algún derecho real o personal (ejemplo: un arrendamiento) sobre la finca hipotecada, tal pago será correcto y habrá de ser aceptado por el acreedor (art. 1.158 del Código Civil). El primitivo deudor podrá repetir contra el nuevo por lo pagado en la forma prevista por dicho artículo, es decir, la totalidad de lo pagado o sólo aquello en que le hubiese sido útil el pago, según los casos, y quedará subrogado en los derechos del acreedor si, como en los citados supuestos, tenía interés en la obligación y, aun no teniéndolo, si pagase con la aprobación expresa del nuevo deudor (arts. 1.159 y 1.210 del Código Civil).

La asunción de deuda, si se quiere que produzca sus plenos efectos, exige como requisito esencial el consentimiento del acreedor (art. 1.205 del Código Civil). Este es un dato que no debe olvidarse y cuya exigencia descansa en razones de peso, entre las que se encuentran:

1.^a El serio perjuicio que para el acreedor supondría el tener que pasar por la insolvencia de los nuevos deudores.

Por ello dice el artículo 1.206 del Código Civil que sólo en el caso en que el nuevo deudor haya sido aceptado por el acreedor su insolvencia «no hará revivir la acción de éste contra el deudor primitivo, salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar su deuda».

2.^a El principio de que ningún acto del acreedor tendente a conservar, proteger o hacer efectivo su crédito puede verse impedido, ni tan siquiera dificultado, a virtud de la acción de su deudor.

El acreedor que no acepte el cambio de deudor, y que aun es posible que ni conozca, no puede ser obligado a dirigirse contra el nuevo deudor para el cobro de la deuda. Los requerimientos y reclamaciones que formule contra el primitivo deudor producirán todos sus correspondientes

efectos, entre los que, como trascendental, cabe destacar el de la interrupción de la prescripción a que se refiere el artículo 1.973 del Código Civil.

Es tan importante este requisito del consentimiento del acreedor que, aun en los casos que la doctrina no duda en calificar como de asunción legal, encontramos que dicha exigencia aparece más o menos veladamente cumplida.

En efecto, en el caso de las hipotecas a favor del Banco Hipotecario de España, los Estatutos del mismo, de 3 de noviembre de 1928, prevén en su artículo 95 la asunción de deuda por todo adquirente «cuando la finca hipotecada cambie de dueño». Esta disposición, en términos similares, ya se contenía en el artículo 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, creadora del mencionado Banco. Es el propio acreedor (el Banco) el que consiente la asunción futura, y al hacerlo a través de unos Estatutos que gozan del rango y la publicidad de los aludidos, no será preciso que se reitere en cada escritura de hipoteca idéntico consentimiento. Al nuevo deudor la asunción le resultará impuesta con carácter forzoso por el mero hecho de adquirir la finca hipotecada. Desde este punto de vista sí puede decirse que la asunción es legal.

En los demás casos que se citan como de asunción legal, a saber: el de la hipoteca con pacto de responsabilidad limitada y la en garantía de renta, al producirse la subrogación en la deuda bien por razón de un convenio en el que es parte el acreedor, o bien por causa de la especial naturaleza de la obligación garantizada, puede afirmarse que uno y otro son hechos conocidos del acreedor, y presumirse aceptadas por él las lógicas consecuencias derivadas de tal convenio o tal naturaleza especial: la subrogación en la deuda por parte de todo adquirente de los bienes.

B) La asunción incompleta y de efectos no plenos puede ser, como antes se vio, expresa o tácita.

a) Es expresa cuando el deudor primitivo y el nuevo convienen en la asunción de deuda, pero el acreedor no ha prestado a ello su consentimiento.

En este caso la relación obligatoria no queda alterada, y la sustitución de la persona del deudor sólo afecta a quienes fueron parte en ella, no alcanzando a vincular ni al acreedor ni a terceros.

El nuevo deudor, llegado el caso de ejecución, no tendrá que ser requerido de pago si no fuese como tercer poseedor, tal y como previene el apartado tercero de la regla 3.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. El obligado al pago es, pues, el primitivo deudor, contra el que podrá dirigirse el acreedor.

Pero entre el deudor antiguo y el nuevo ha surgido una especial relación que casi podríamos denominar de crédito—por cuanto obliga a una

persona para con otra—, por virtud de la cual el nuevo deudor se compromete a pagar la deuda y, caso de no hacerlo, a quedar responsable frente al primitivo deudor por lo que éste haya desembolsado. Si la obligación fuere satisfecha por el antiguo deudor, éste podrá, pues, repetir frente al nuevo por lo pagado, quedando a tal efecto subrogado en los derechos del acreedor. Así autorizan a entenderlo el artículo 1.210, 1.º, del Código Civil (pago hecho por un acreedor a otro preferente) y la fuerza del convenio suscrito por los deudores.

Este tipo de asunción que denominó expresa, incompleta y no plena se ofrece cada día con mayor frecuencia. Bastará resaltar los numerosos casos en que se produce el convenio de subrogación en la deuda con ocasión de la transmisión voluntaria de la finca hipotecada. Lo normal será que tal convenio se vea acompañado por la retención o descuento del importe de la obligación garantizada del precio de la transmisión—si la hubiere—o del valor de las fincas (así en las permutas). Por ningún lugar encontramos el necesario consentimiento del acreedor a la operación subrogatoria, que por ello queda incompleta.

b) Es tácita la asunción limitada, cuando sin mediar expreso convenio entre los deudores antiguo y nuevo, éste, comprador (o adquirente) de la finca hipotecada, descuenta o retiene del precio de la venta el importe de la obligación garantizada (art. 118, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria).

Pero tal consecuencia no puede ser afirmada indiscriminadamente y precisa de un examen detenido de las diferentes formas que el descuento o retención puede adoptar en atención a los fines perseguidos, y que o son meramente de garantía, constituyéndose una especie de prenda de dinero o depósito irregular de finalidad cautelar, o bien son propiamente solutorios.

◉ En el primero de los casos, el deudor que vende la finca acuerda con el comprador la venta en un precio, del cual éste retiene o descuenta el todo o parte de la carga con exclusiva finalidad de garantía.

El obligado al pago de la deuda seguirá siendo el vendedor, y si paga, el único derecho que le asiste es el de reclamar del comprador lo retenido o descontado, pues el peligro que motivó la garantía ha sido totalmente conjurado. No puede el deudor-vendedor oponer excepción alguna al requerimiento que para el pago le haga el acreedor.

El comprador no se compromete a pagar la deuda, sino sólo a restituir al deudor lo retenido o descontado cuando la deuda haya sido satisfecha, bien por aquél, bien por cualquier otro, pues ello le es indiferente,

sin perjuicio en el último caso de las relaciones que puedan surgir entre el deudor y la persona que realiza el pago de la obligación.

No pagándose en tal forma la deuda, estimo que el comprador, dada su cualidad de tercer poseedor, puede pagar como interesado en el cumplimiento de la obligación, y en una utilización práctica de la compensación de deudas, y salvado el obstáculo del artículo 1.200 del Código Civil, ha de entenderse que podrá emplear para el referido pago el importe de lo retenido o descontado. Será muy conveniente el que en el convenio de retención o descuento se prevea, para despejar dudas, esta posibilidad de utilización del importe objeto de tales actuaciones.

En estos casos de retención o descuento, con mera finalidad de garantía no se produce para el comprador asunción de deuda, ni siquiera limitada e incompleta, puesto que falta su voluntad en tal sentido. Por todo ello, aunque el acreedor prestase posteriormente su consentimiento a lo que él entiende que constituye un convenio de asunción, tal asunción no puede producirse, salvo, claro está, que el comprador lo acepte así en cualquier momento.

Esta finalidad de garantía en la retención o descuento practicados no puede decirse que constituya la regla general; antes al contrario, será preciso que el carácter meramente cautelar quede establecido de forma clara para que así deba entenderse. Podrá no obstante presumirse querida dicha finalidad de garantía cuando la retención o el descuento alcancen sólo a una parte y no al todo de la obligación pendiente de satisfacer.

• Por el contrario, la regla general está integrada por el segundo de los casos que antes se mencionaba: el de la retención o descuento con fines solutorios.

En estos casos el comprador retiene o descuenta la totalidad de la deuda con la intención de pagarla a su vencimiento.

Se trata de una asunción tácita, aunque a veces, la mayor parte, se acuerde aquélla de forma expresa. El Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de noviembre de 1943, ha postulado la existencia de esta tácita asunción para el caso de compraventa con retención.

La asunción que se produce es además incompleta, y sólo quedará perfecta cuando el acreedor la consienta expresa o tácitamente. En tanto esto no ocurra el acreedor podrá reclamar el pago a su deudor, quien no podrá oponer ni la retención ni el descuento para eludir tal pago. Que el primitivo deudor se conserva como tal lo muestra claramente la dicción del párrafo segundo del artículo 118 de la Ley Hipotecaria, así como la del artículo 230 de su Reglamento, en los que al hablarse del «deudor que vendió la finca» se consagra la permanencia de la cualidad de sujeto pasivo de la obligación en la persona del vendedor.

○ Los efectos de una y otra retención o descuento—en garantía o solutorios—se resumen en los siguientes:

Para el acreedor, el comprador en todos los casos será un tercer poseedor, en el sentido de que su deudor sigue siendo, como se ha visto, el primitivo, y la insolvencia del comprador no le afecta si no aceptó la asunción (art. 1.206 del Código Civil).

En la relación interna entre deudores la cuestión es bien diferente y menos simple, debiendo distinguirse entre los dos casos apuntados. Así:

- Si la retención o descuento fueron hechos con exclusiva finalidad de garantía, el comprador habrá de ser considerado siempre tercer poseedor y disfrutará de todas las protecciones y ventajas que le asignan, entre otros, los artículos 112 al 116 y 131 de la Ley Hipotecaria.
- Cuando la finalidad es solutoria se crea una interesante dualidad, existiendo un deudor nuevo, que lo es tal en su relación con el primitivo deudor y que no lo es frente al acreedor hasta tanto éste no lo acepte expresa o tácitamente. A juicio de SANZ, este nuevo deudor no será nunca un tercer poseedor, en tanto que para ROCA (15) no lo es cuando hay retención (igual que cuando existe un convenio expreso de subrogación en la deuda), admitiendo tal carácter cuando lo que exista sea un simple descuento.

Tanto en este caso como en su similar, el de la subrogación expresa no aceptada, que antes se examinó, se crea una situación de pendencia que concluirá al producirse cualquiera de los siguientes eventos: la aceptación de la asunción hecha por el acreedor, su rechazo, o el nuevo convenio entre los deudores, tendente a dejar sin efecto el previo de asunción.

1. El acreedor puede aceptar la asunción de deuda de una forma expresa o tácita, según permite el último inciso del párrafo segundo del artículo 118 de la Ley Hipotecaria. Hay aceptación tácita cuando el acreedor requiere de pago al nuevo deudor en concepto de tal y no como tercer poseedor, lo que habrá que presumir cuando el nuevo deudor no sea tal tercer poseedor por haberse pactado la asunción sin coetánea transmisión de la finca hipotecada.

Aunque la aceptación del acreedor puede producirse en el mismo momento del convenio de asunción, lo normal es que se produzca con carácter previo a él, coincidiendo con el momento de la constitución de la obligación (16) o bien posteriormente, extremo este último permitido

(15) *Ob. cit.*, tomo IV-1.º, págs. 444 y ss.

(16) En la Escritura de Hipoteca el acreedor acepta el que todo adquirente de la finca hipotecada asuma la deuda garantizada.

por las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1908 y 22 de febrero de 1946.

En caso de aceptación posterior el comprador deviene en deudor personal con carácter retroactivo, es decir, desde el momento del convenio de asunción o desde la retención o el descuento, no pudiendo alegar las defensas del tercer poseedor. Tampoco podrá el acreedor, salvo lo previsto en el artículo 1.206 del Código Civil (insolvencia anterior y pública o conocida), hacer revivir su acción contra el deudor primitivo si el nuevo fuese insolvente.

2. La posibilidad y validez de un nuevo convenio entre vendedor y comprador, consistente en dejar sin efecto la asunción expresa o tácita, hay que estimarla como indudable, siempre que dicho nuevo acuerdo se produzca antes de que el acreedor acepte la asunción. El comprador de la finca podrá entonces invocar su condición de tercer poseedor.

Nada debe obstar para que a este nuevo convenio se le otorguen en todo caso efectos retroactivos en cuanto a la liberación que para el comprador de la finca (o nuevo deudor) supone.

3. La posibilidad, por último, de que el acreedor rechace expresa o tácitamente (17) la asunción, pese a no estar prevista en lugar alguno, entiendo que debe ser admitida. El acreedor puede ignorar la asunción, pero también puede desaprobala como medio de asegurarse para el futuro de que ningún acto de los que realice vayan a considerarse como de aceptación tácita. Caso de desaprobación, el comprador será igualmente tercer poseedor frente al acreedor, pero no por ello queda desligado del compromiso asuntivo contraído con el vendedor.

• Efectos del pago de la obligación garantizada realizado por el deudor que vendió la finca.

Cuando la retención o el descuento lo son con exclusiva finalidad de garantía, el pago hecho por el deudor-vendedor extingue la obligación garantizada y éste podrá reclamar del comprador por la vía personal el importe de lo retenido o descontado, pero sin que para ello pueda subrogarse en los derechos del acreedor, pues tal subrogación ni encaja en los artículos 1.158 y 1.209 del Código Civil, que sólo la prevén en los casos en que el pago sea hecho por persona distinta del deudor (aquí es éste el que paga), ni cabe dentro de los supuestos de los artículos 118 de la Ley Hipotecaria y 230 de su Reglamento, dictados para el caso de retención o descuento con fines solutorios. Esta solución negativa es, por otra parte, la que mejor se aviene con la posibilidad de retenciones o

(17) Lo que habrá de presumirse cuando accione contra el primitivo deudor pese a conocer la existencia del nuevo.

descuentos parciales que, de admitirse la subrogación en los derechos del acreedor, conllevarían necesariamente extraordinarias complicaciones a la hora de delimitar los efectos de estas subrogaciones parciales (18).

Cuando la retención o el descuento lo son con fines solutorios y mientras el acreedor no acepta el cambio de deudor, el compromiso de pagar la obligación, tácitamente contraído por el comprador, ocasiona el que al ser pagada aquélla por el vendedor se produzca para el comprador un enriquecimiento injusto, que se corrige y evita autorizando a aquél a repetir contra éste por lo retenido o descontado, quedando para ello subrogado en los derechos del acreedor: extremos que no encajan en lo prevenido en los artículos 1.158 y 1.209 y siguientes del Código Civil, pues el deudor primitivo, al menos desde el punto de vista del acreedor, paga como tal y no como simple interesado en el cumplimiento de la obligación. Por ello ha de entenderse sumamente conveniente y acertado el que la Ley Hipotecaria, en su artículo 118, y su Reglamento, en el artículo 230, se hayan ocupado del caso y fijen:

- La obligación que tiene el comprador de reintegrar al vendedor que pagó la deuda del total importe retenido o descontado (118).
- La subrogación del deudor que vendió la finca en los derechos del acreedor satisfecho hasta tanto aquella restitución no tenga lugar (118 y 230).

IV. Con todos estos antecedentes puede ya confirmarse la idea, que en otro lugar exponía, de que el remate o adjudicación en una subasta judicial no supone para el adquirente una asunción plena respecto de las deudas preferentes, y ello porque falta el consentimiento del acreedor de las mismas. Es más, puede incluso ocurrir que el acreedor ni siquiera conozca la asunción, porque al menos, tal y como está previsto para el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, la existencia de tal procedimiento sólo se notifica al tercer poseedor y a los titulares de las cargas o gravámenes posteriores a la hipoteca del actor que resulten de la certificación registral (art. 131, regla 5.^a, de la Ley Hipotecaria).

Igualmente es indudable que el rematante o adjudicatario se compromete a solventar las obligaciones garantizadas con las cargas anteriores o preferentes, que han de subsistir. La regla 13 del citado artículo 131 está dictada con la finalidad de obtener tal declaración de voluntad por parte de aquél.

Este compromiso ocasiona especiales consecuencias: si el acreedor lo acepta, tendremos una asunción perfecta, y mientras esto no ocurra se produce una situación de pendencia, ya examinada en apartado ante-

(18) CAMY en *ob cit.*, vol. VI, pág. 600, admite las subrogaciones parciales.

rior, la cual también podrá resolverse por acuerdo desligatorio entre el rematante y el primitivo deudor y por voluntad desaprobatoria del acreedor, según se vio, pero nunca por la sola voluntad del rematante que aceptó la asunción y que no puede ir contra sus propios actos.

Mientras la situación de pendencia subsiste, para el acreedor sigue siendo deudor el primitivo; pero como quiera que el rematante al hacer su proposición en la subasta ha realizado un proceso mental de descuento del importe de las obligaciones garantizadas con las cargas que han de subsistir, si éstas fuesen pagadas por el deudor (que sólo recibió por su finca el valor neto), el enriquecimiento injusto obrado en el rematante es evidente y por ello el artículo 231 del Reglamento Hipotecario, con gran acierto por cuanto el caso no puede comprenderse en las normas civiles antes citadas, previene expresamente que aquel deudor puede exigir del rematante el importe de tales deudas satisfechas, subrogándose para ello en los derechos del acreedor de las mismas.

Que esta asunción que la adjudicación en subasta ocasiona es comparable a la producida en virtud de la retención o el descuento lo muestran la paridad de sus efectos, la colocación del artículo 231 del Reglamento Hipotecario junto al artículo 230 (relativo a la venta con retención o descuento) y, por último, la alusión que el mismo artículo 231 contiene al artículo 118 de la Ley respecto de la subrogación activa que postula.

Con todo lo que se lleva expuesto queda ya patente que si el rematante de bienes sujetos a una hipoteca de renta asume la deuda rentaria no es porque tal efecto sea típico de todo remate. Por consiguiente, las razones, si las hay, para la asunción que pretende predicarse habrá que buscarlas a través no de la vía analógica, sino del camino directo, y éste no es otro que el de la interpretación del artículo 157 de la Ley Hipotecaria.

V. A tal respecto conviene separar las dos partes que el citado precepto contiene: la relativa a la transmisión judicial de la finca hipotecada y la referente a su transferencia extrajudicial.

Transmisión judicial

El que remate los bienes gravados con una hipoteca de renta los adquirirá con «subsistencia de la hipoteca y de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento».

Así lo dice el tan reiterado precepto hipotecario, que, no obstante ello, y porque no se habla en él de asunción de deuda ni de subrogación, ha dado lugar a que autores como GOMÁ SALCEDO (19) no atribuyan a

(19) *Ob. cit.*, pág. 327.

tales expresiones otro significado que el de que «la ejecución de la hipoteca de renta no produce extinción de la misma ni de la obligación garantizada, a diferencia de lo que ocurre con la hipoteca de capital», pero sin que ello prejuzgue que se produzca una asunción de deuda, respecto a la que el citado autor se muestra contrario.

A tal forma de razonar debe objetarse que no es cierto que la ejecución de una hipoteca de capital por razón de unos plazos impagados, quedando por satisfacer otros no vencidos, produzca de derecho la extinción de la hipoteca, pues, de un lado, el párrafo segundo del artículo 135 de la Ley Hipotecaria es claro en el sentido de que «se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviese satisfecho», y el párrafo segundo del artículo 127 de dicha Ley, aparte de que tal y como está redactado (remisión al artículo anterior) pudiera pensarse que es aplicable al juicio ejecutivo con exclusividad, sólo concede al acreedor rematante la facultad de optar entre continuar con la carga de la hipoteca que queda por satisfacer o, en otro caso, depositar «su importe, con los intereses que le correspondan, para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes». Naturalmente, y por esencia, este derecho de opción sólo cabe ejercitarlo cuando el importe de los referidos plazos es plenamente conocido, lo que no ocurre en la hipoteca de renta dado el carácter aleatorio de la misma renta vitalicia (dependiente de la vida del pensionista). Por lo tanto, aunque el artículo 157 de la Ley no existiese, no podría aplicarse este derecho de opción y, por tanto, la posibilidad de extinción de la hipoteca de renta.

¿Para qué sirve entonces el artículo 157? Si de las reglas 8.^a, 10 y 13 del artículo 131 de la Ley se desprende la subsistencia de las cargas y gravámenes anteriores y preferentes a la del actor, considerándose como tales, según el artículo 227 del Reglamento, «los simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor»; si el párrafo segundo del artículo 135 de la Ley declara, como se ha visto, igual subsistencia respecto de los plazos que del crédito ejecutado queden por satisfacer, ¿qué utilidad representa que el artículo 157 prevenga nuevamente idéntica pervivencia? ¿Por qué el legislador ha creído necesaria tal reiteración?

A mi juicio, precisamente porque los artículos 131 y 135 no implican asunción de deuda, la repetición aparente que comporta el artículo 157 tiene un nuevo y profundo significado: que en este especial caso sí se produce el fenómeno de la asunción de deuda, y ello tanto si la ejecución se ocasiona por razón de la misma hipoteca de renta, en méritos a pensiones vencidas y no satisfechas, como en los casos en que tenga lugar por causa de cargas posteriores a ella y deba entonces subsistir la hipoteca de renta como gravamen preferente.

Transmisión extrajudicial

El artículo 157 de la Ley tiene una segunda parte, en lo que a nosotros interesa, en la que se atribuyen a la hipoteca iguales efectos (subsistencia) en cuanto a tercero, a quien, sin embargo, no perjudicarán las rentas vencidas y no satisfechas sino en los términos previstos en los artículos 114 y párrafos primero y segundo del 115, ambos de la Ley.

Aunque es ciertamente oscura en este punto la redacción del precepto, hay que inclinarse por el efecto asuntivo, y ello porque:

1. De no recoger el fenómeno de la asunción de deuda, el artículo 157 está perfectamente de sobra, pues toda la problemática de la transmisión extrajudicial de una finca hipotecada se contempla con carácter general en el artículo 118 de la Ley, que ya conocemos.

2. Si el adquirente voluntario de la finca no se subroga en la obligación de pagar la renta, quiere decir que frente a ella es un tercero, y sólo responderá hipotecariamente de las rentas correspondientes a las dos últimas anualidades y parte vencida de la corriente, computadas desde el momento en que se produce la reclamación (art. 114 de la Ley Hipotecaria). Con la transmisión de la finca, la hipoteca quedará entonces en una situación realmente precaria.

Este resultado, que, como dice ROCA (20), es soportable para el acreedor cuando de intereses se trata, pues en tal caso lo verdaderamente trascendental, que es el capital, estará siempre asegurado hipotecariamente frente a terceros, no lo es tanto cuando, como en las rentas ocurre, la pensión es la única y principal prestación a satisfacer y a asegurar con la hipoteca. «Es peligroso—escribe—equiparar a los intereses de un capital las rentas, pensiones o prestaciones periódicas derivadas de un derecho de renta unitariamente constituido.»

El Tribunal Supremo, en sentencia de 7 de abril de 1961, señala que la nota esencial y característica del contrato de renta vitalicia—tal y como lo configura nuestro Código Civil—estriba en que la pensión o renta ha de resultar calculada «mediante la división del valor de las fincas en cuotas anuales en función de la vida probable» del rentista.

La separación que se trata entre las pensiones y los intereses no puede ser más tajante, y por ello las normas dictadas para estos últimos han de serles aplicadas a las primeras con la adaptación conveniente a su distinta naturaleza.

Tras la precisión que queda formulada, puede ya abordarse el estudio de cuál sea el verdadero alcance y sentido de la remisión que el artículo 157 hace al artículo 114 de la Ley.

(20) *Ob. cit.*, tomo IV, vol. II, pág. 766.

Sobre la base de compartir la idea, sustentada por ROCA (21), de que el referido artículo 157 cuando habla de «tercero» lo hace en sentido amplio, abarcando tanto a los titulares de derechos reales sobre la cosa como al tercer poseedor, voy a proceder a deslindar aquel alcance aceptando en gran medida las tesis del citado autor.

El tercer poseedor de la finca gravada con hipoteca de renta adquiere las siguientes responsabilidades:

- Respecto de las rentas vencidas y no satisfechas al realizar su adquisición, sólo responde dentro del límite de las tres anualidades a que se refiere el artículo 114 de la Ley, período que, por pacto, podrá ampliarse hasta cinco años. Esta responsabilidad es sólo real o hipotecaria y para nada obsta a la responsabilidad personal derivada de las aludidas rentas, la cual subsiste hasta la prescripción y recaerá sobre el anterior propietario que fue titular de los bienes hipotecados cuando aquellas rentas se devengaron.
- Respecto de las rentas futuras, el adquirente de la finca hipotecada responde, tanto personal como real o hipotecariamente, de todas las rentas que venzan mientras siga en la titularidad de la misma.

No puede compartirse la tesis defendida por CAMY (22). para el que si la finca «hubiera pasado a manos de un tercer poseedor, sólo podrá realizarse la ejecución por las (rentas) correspondientes a los tres últimos años» o a los pactados, con un máximo de cinco, sin perjuicio de que pueda ampliarse la hipoteca por más anualidades. La razón de su rechazo radica en que con la doctrina de referencia se considera «tercero» al tercer poseedor, por eso se le aplica el límite del artículo 114, lo que supone negar para el referido poseedor el efecto de la asunción de deuda (efecto que el propio CAMY admite, como ya se vio).

En cuanto a los demás terceros titulares de situaciones inscritas que pudieran ser afectadas con la hipoteca de renta, las pensiones vencidas y no satisfechas no les perjudican sino dentro de las anualidades señaladas por el artículo 114, que serán computadas no desde su aparición como tales terceros, sino desde que se intente hacer valer en su perjuicio la acción hipotecaria, o sea, desde la ejecución.

Efectivamente, si con posterioridad a la hipoteca rentaria consta un acreedor hipotecario, con independencia de que la finca se haya o no transmitido, el acreedor rentista no puede en la ejecución repetir por la vía real contra la finca más que por las anualidades autorizadas; buena

(21) *Ob. cit.*, pág. 767, vol. II, tomo IV.

(22) *Ob. cit.*, vol. VI, pág. 874.

prueba de ello es que, si obtuviese ampliación de la hipoteca para cubrir anualidades no aseguradas, el párrafo segundo del artículo 115 de la Ley advierte que «esta ampliación no perjudicará en ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad a ella». Todo ello no perjudica la acción personal que, sin otro límite que la prescripción, puede ejercitar el acreedor de las rentas.

Los titulares de derechos reales inscritos con anterioridad a la hipoteca de renta, pese a su indudable condición de terceros, como quiera que no pueden resultar perjudicados, no comportan límite alguno para las facultades ejecutivas del acreedor de las pensiones.

3. El último argumento que puede esgrimirse a favor del efecto asuntivo en las transmisiones extrajudiciales de los bienes afectos a una hipoteca de renta, se encuentra en la remisión parcial que el artículo 157 hace al artículo 115 de la Ley. Aquel precepto alude a los párrafos primero y segundo de éste, pero omite toda referencia al tercero, el cual está dictado precisamente para el caso en que la finca hipotecada no pertenezca ya al deudor.

Tal omisión, que ha de considerarse deliberada, permite colegir que el legislador no ha entendido viable para la hipoteca rentaria aquella situación, por entender que la cualidad de deudor personal va unida a la titularidad de la finca hipotecada.

Para asegurar pensiones vencidas y no satisfechas que no estuvieren garantizadas frente a los posibles terceros por la hipoteca, el acreedor puede acudir, mientras la finca está en posesión del titular deudor de tales pensiones, a la ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes gravados, evitando así que por la aparición de terceros poseedores o titulares de derechos reales quede reducida su garantía hipotecaria a las anualidades que fija el artículo 114 de la Ley, por encima de cuyo límite la acción real no puede perjudicar a aquellos terceros.

Si la finca hipotecada ha pasado a manos de un tercer poseedor, tendremos que:

- Las pensiones que se devenguen durante el período de su titularidad están garantizadas en su totalidad con la hipoteca (el adquirente no es tercero), pudiendo el acreedor, en previsión de la posible aparición de terceros, exigir de aquél la ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados por aquellas anualidades que no pueden perjudicar a dichos terceros (de aquí la inaplicabilidad del párrafo tercero del artículo 115 de la Ley).
- Por las pensiones vencidas y no satisfechas en cuantía superior al límite del artículo 114 de la Ley, que sean anteriores a la adquisición del tercer poseedor—respecto de las cuales éste sí es ter-

cero—, no podrá el acreedor exigir la ampliación de la hipoteca. Así obligan a entenderlo los artículos 114 y 157 de la Ley («con perjuicio de tercero»; «no perjudicarán a éste»).

Si el legislador hubiese deseado otra cosa, lo habría manifestado, tal y como ocurre con las pensiones atrasadas de censo, para las que el artículo 116 de la Ley permite al acreedor exigir la ampliación a ellas de la hipoteca «cualquiera que sea el poseedor de la finca acensuada».

La conclusión es, pues, que por las referidas pensiones no puede exigir el acreedor que el tercer poseedor le amplíe la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados; pero ¿podrá conseguir esa ampliación del deudor personal de las pensiones impagadas sobre cualesquiera bienes hipotecables propiedad de éste?

RUÍZ ARTACHO, desde su peculiar perspectiva—negativa del efecto de asunción de deuda—, admite esta posibilidad ampliatoria de la hipoteca, por estimar que la omisión de toda referencia al párrafo tercero del artículo 115 en que incurre el artículo 157 es debida a que este precepto sólo quiso señalar los efectos de la hipoteca con relación a tercero y no en cuanto al deudor.

A mi entender, la omisión de que se trata tiene mayor relevancia que la que el citado autor le otorga, y máxime cuando se está ante preceptos que autorizan, como es el caso, a «exigir» una determinada actuación, facultad que sólo podrá predicarse de aquellas situaciones a las que la norma les sea de expresa y clara aplicación.

No se pierda, además, de vista el hecho de que con la transmisión de los bienes hipotecados, el primitivo deudor queda totalmente desligado de la obligación, y sólo subsiste en él una responsabilidad personal residual por razón de las pensiones que en su día dejó de satisfacer. Por ello y por lo antes reseñado, no parece correcto conceder al acreedor el derecho a «exigir» del primitivo deudor una ampliación que ya no sería tal, sino una nueva e independiente hipoteca, puesto que va a ser constituida por persona que no ostenta ya la cualidad de deudor de la obligación personal garantizada.

Por último, conseguida la ampliación de la hipoteca en cualquiera de los casos vistos, los futuros terceros, tanto adquirentes como titulares de derechos reales, quedarán perjudicados por todas las pensiones que hayan sido objeto de la ampliación.

CONCLUSION: LA CONFIRMACION DE LA TESIS. LA RENTA VITALICIA COMO OBLIGACION «OB REM»

Todos los razonamientos que anteceden autorizan a estimar probadas y entender correctas las siguientes bases:

1. Cuando unos bienes están gravados con hipoteca rentaria, su transmisión, tanto judicial como extrajudicial, supone para el adquirente la asunción de la obligación personal garantizada.

2. Esa asunción no deriva ni de la regla general de que todo remanente de bienes hipotecados asume las obligaciones garantizadas con las cargas que han de subsistir, regla que creo haber demostrado no es cierta, ni del hecho de que se trate de bienes hipotecados, pues en general, tal y como se desprende del artículo 118 de la Ley Hipotecaria, la venta de bienes hipotecados no implica asunción de deuda, y lo mismo se diga respecto de las demás transmisiones voluntarias.

Sobre estas bases puede ya extraerse la lógica conclusión: si la fuerza motivadora de la asunción de deuda no está en la ejecución judicial ni radica en la hipoteca, no queda otro remedio que colocarla en la misma obligación personal, y si ésta aparece desnuda de todo pacto o condicionamiento tendente a producir aquella asunción, ha de entenderse que la misma tiene lugar en razón a la propia esencia o naturaleza de la obligación, que es, en nuestro caso, la de pagar una renta vitalicia, y cuyo carácter *propter rem* viene así a destacarse.

Esta naturaleza atribuida al contrato de renta vitalicia, que no vislumbra nuestros civilistas, sí resulta en mayor o menor medida intuida por la doctrina hipotecarista.

Dice ROCA SASTRE que «la hipoteca de renta garantiza el pago de una renta o prestación periódica que debe efectuar el que al tiempo del vencimiento de cada renta o prestación sea propietario de la cosa gravada» (23), añadiendo que «la hipoteca de renta garantiza una obligación impersonal, en el sentido de *ob rem* o por razón de la titularidad sobre la cosa gravada, por seguir el débito personal no a una persona determinada o a sus herederos, sino a aquella persona que, en cada momento, sea propietaria de la cosa hipotecada» (24).

B. CAMY (25) escribe que «en ningún caso será admisible la constitución (de estas hipotecas de renta) por un tercero como fiador real (26), pues en estas hipotecas el titular de la finca es el obligado al pago de las pensiones». Esto demuestra que, para el citado autor, la unión de la

(23) *Ob. cit.*, tomo IV, vol. II, pág. 754.

(24) Obra y tomo citado, pág. 770.

(25) *Ob. cit.*, vol. VI, pág. 872.

(26) En contra, SANZ. Cfr. GOMÁ SALCEDO en *Revista de Derecho Notarial*, números 29 y 30, págs. 326 y 327.

cualidad de deudor personal con la de titular de la finca hipotecada se produce no sólo una vez que la hipoteca queda constituida, sino aun en el mismo momento de su constitución.

Hemos llegado así a la confirmación de la tesis que al principio de estas notas proponía, dando como buena la idea de que la obligación personal de pagar la renta se transmite al transferirse los bienes cedidos a cambio de la misma o hipotecados en su garantía, que no siendo los mismos bienes cedidos ocuparían su lugar por subrogación real.

En su apoyo puede invocarse un argumento legal y es el que proporciona el artículo 1.802 del Código Civil, según el cual «el contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles cuyo dominio se le transfiere, desde luego, *con la carga de la pensión*».

Ante alguna desviación doctrinal que vio en esta última expresión la consagración de la renta como derecho real, la Dirección General, en Resoluciones de 1 de marzo de 1939, 21 de diciembre de 1943 y 31 de marzo de 1951, reitera que el precepto del artículo 1.802 no significa que el derecho a la renta o pensión sea uno de carácter real, pues nuestro Código demuestra en varios pasajes que emplea la palabra «carga» sin valor técnico ni depurado. El derecho a la pensión tiene naturaleza obligacional.

Sin negar lo acertado y útil de esta jurisprudencia, ha de acusársele de haber dejado sin resolver el problema del significado de la locución «carga», contenida en la norma civil. Con tal expresión no se alude a gravamen o derecho real, pero ¿qué es lo que realmente quiere decirse con ella? ¿Acaso no significa nada?

A mi juicio, cuando el artículo 1.802 habla de que el dominio de los bienes se le transfiere «con la carga de la pensión», viene a señalar la adherencia de la obligación rentaria a los bienes, su carácter *ob rem*.

Que el Código, para señalar este efecto, emplee la palabra «carga» no es censurable si se tiene en cuenta que, en aras a la necesaria concisión de un texto articulado, era difícil encontrar otro vocablo que expresase la idea deseada y que, además, la categoría de cargas personales no es totalmente ajena a nuestro Derecho.

Por otro lado, y para finalizar, el empleo de tal término ayuda a resolver los problemas que de otro modo hubiese ocasionado la aplicación de determinados preceptos a la renta vitalicia (como el artículo 1.483 del Código Civil, relativo al saneamiento) y que, gracias a haberse introducido la criticada locución, pueden ser solucionados con un criterio acertadamente afirmativo.

Pago indebido subjetivo y mecánica de la relación obligatoria^(*)

SUMARIO: 1. *Las dos tradicionales figuras del pago indebido subjetivo y la teoría de la relación obligatoria.*—2. A) *El pago indebido subjetivo «ex latere solventis».* Tendencia a la objetivación de la relación obligatoria y tentativa de reconstruir la figura como cumplimiento por tercero con vicio de error.—3. *El momento fundamental del cumplimiento por tercero.* Declaración del solvens de referir la prestación a una relación ajena—4. *Análisis del caso de pago indebido que satisface el interés del acreedor.* Mecanismo que permite incidir sobre una relación ajena.—5. B) *El pago indebido subjetivo «ex latere accipientis».* Pago a un tercero no legitimado, y dinámica de la obligación. Examen especial de la ratificación del pago efectuado en favor del no acreedor.—6. *El pago indebido «ex persona creditoris» como elemento constitutivo de un más amplio supuesto de hecho de extinción de la obligación.* Mecanismo del pago hecho al acreedor aparente. Heterogeneidad de la categoría del pago indebido *ex persona creditoris*.—7. *El problema de la legitimación del verdadero acreedor contra el «accipiens».* Límites de la delegación. Naturaleza de la acción concedida al verdadero acreedor, en caso de pago a persona aparentemente legitimada.

PRELIMINAR

Allá por el año 1854, un hombre genial y clarividente escribió y publicó estas palabras: «En Derecho, como en todo, lo existente será reemplazado por lo nuevo; todo lo creado está llamado a desaparecer». Y he aquí que estas revolucionarias ideas... se hallaban inmersas en el contexto general de una obra que, de principio a fin, constituía un verdadero himno de admiración hacia el genio creador del Derecho romano. Aquel hombre (como el lector ya habrá podido adivinar) se llamaba RODOLFO VON IHERING.

(*) *Indebito soggetivo e attuazione del rapporto obbligatorio*, Ed Cedam, Padua, 1974. (Separata y extracto de la *Rivista di Diritto Civile*, año XX, 1974, tomo I.) Traducción española expresamente autorizada por la Editorial Cedam, precisamente en favor de esta Revista.

Sirva este breve exordio de enseñanza para todos aquellos que, con indisimulada expresión de fastidio, fruncen el ceño cuando se les anuncia que se va a hablar de un «tema eterno», quizá porque piensan que «eternidad» es sólo sinónimo de «antigüedad», o peor aún: de estéril bizantinismo, bien adornado, eso sí, de hojarasca erudita.

Y erran quienes así piensan: la «eternidad» de un tema jurídico no puede ni debe ser determinada en función de su legítima filiación romana, ni de su cristalización (más o menos perfecta) en los cuerpos legales, ni siquiera en función del número de páginas que los autores le hayan dedicado a lo largo de los siglos. La «eternidad» ha de ser medida con otros parámetros. Por ejemplo: el de su incidencia en otras ramas del Derecho, especialmente el Derecho bancario y financiero. O el parámetro de las sentencias de los Tribunales, prueba incontestable de su cotidianeidad. Y, sobre todo, de su operatividad.

El tema que hoy ofrecemos es, a la vez, «clásico» y «eterno»: el pago de lo indebido. Nuestro invitado de hoy, el profesor italiano ENRICO MOSCATI, comparece por tercera vez en las páginas de nuestra REVISTA para demostrarnos (brillantísimamente, como en él es habitual) que el tema es panis noster quotidianus, hoy más que nunca, y en modo alguno un divertimento (?) para eruditos a la violeta... o a la losa de plomo y granito.

MOSCATI, como IHERING, es a la vez «tradicionalista» y «progresista». Admite y respeta la tradición jurídica en lo que ésta tenga o pueda tener de flexibilidad para adaptarse a las cambiantes e inexorables exigencias del momento actual. Admite, por exigencias de tráfico, el favor creditoris en el pago por tercero, pero no descuida la tutela al solvens frente a posibles insolvencias del deudor. En ningún momento, a lo largo de su exposición, olvida MOSCATI que el Derecho es ars boni et aequi, y de ahí sus constantes alusiones a la bona atque diligens fides...

Todo esto, y mucho más, nos ofrece hoy el joven profesor italiano en este lúcido trabajo, cuyas conclusiones juzgamos perfectamente «de recibo» en nuestra doctrina, en nuestra futura jurisprudencia y, por supuesto, en el espíritu de nuestra actual legislación.

LAS DOS TRADICIONALES FIGURAS DEL PAGO INDEBIDO SUBJETIVO Y LA TEORIA DE LA RELACION OBLIGATORIA

De entre las dos figuras de pago de lo indebido que el legislador de 1942 ha creído necesario acoger, incluso formalmente, dentro del *Codice* (1), el pago indebido subjetivo *ex latere solventis* presenta para el estudio un interés no inferior al que pueda suscitar la categoría más amplia del pago indebido objetivo. Evidentemente: si bajo cierto aspecto, el

(1) Parte de la doctrina entiende que el vigente Codice ha acentuado la contraposición entre pago indebido objetivo y subjetivo (en tal sentido, *vid.*, por todos, RESCIGNO, epígrafe «Ripetizione dell'indebito», en *Noviss. Dig. it.*, XV, Turín, 1968, págs. 1223 y ss., especialmente 1227). La rúbrica de los artículos 2.033 y 2.036, añadida a la persistente diversidad de disciplina de ambas figuras, parece manifestar la intención del legislador de reconocer, incluso formalmente, una distinción ya arraigada de mucho tiempo atrás en la conciencia jurídica. En realidad, y como creemos haber demostrado en otro lugar (*Il pagamento dell'indebito*, Milán, 1973, edición provisional, págs. 21 y ss.), la vigente disciplina legal se separa de la del anterior Codice bastante menos de lo que a primera vista aparece: el artículo 2.033 viene a desempeñar el mismo papel que el anterior 1.257, 1, toda vez que ambos preceptos enuncian el principio de la repetibilidad de la prestación no debida. Los artículos 2.034-2.040, al igual que los artículos 1.145-1.150 del anterior Codice, se limitan a precisar detalladamente el contenido de la institución, aunque los artículos ahora vigentes representan un indudable progreso técnico respecto a la anterior formulación. El artículo 2.036 solamente en apariencia contrasta con el 2.033, y solamente partiendo de una inexacta reconstrucción del fenómeno resultaría viable centrar en el error del *solvens* el fundamento de la repetibilidad del pago indebido *ex persona debitoris* (así, textualmente, OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milán, 1947, pág. 328, nota 2). Lo cierto es que la *condictio indebiti* tiene un fundamento rigurosamente unitario: la repetibilidad de la prestación es consecuencia de la falta «objetiva» de la causa de la atribución, mientras que el error del *solvens* asume un papel marginal y ulterior, como se deduce del hecho de que el legislador considera al artículo 2.036 en su aspecto de satisfacción del interés creditorio (así, MOSCATI, ob. cit., págs. 37 y ss.). En estricto rigor, la irrepitibilidad de la *solutio* viene a funcionar como una especie de «sanción» del ordenamiento contra el *solvens*; dicho con otras palabras, cuando la prestación es indebida no ha lugar a la prevalencia del interés del *solvens*, si éste no ha valorado—culposamente—la realidad de las cosas. Tal ocurriría cuando, sobre la base de una normal diligencia, hubiera podido llegar a la conclusión de no ser el verdadero deudor de una relación obligatoria existente, pero referida, en su aspecto pasivo, a persona distinta de él. (En este sentido, *vid.* recientemente MOSCATI, «Del pagamento dell'indebito», en el *Commentario del Codice civile*, a cargo de SCIALOJA y BRANCA, libro IV. *Delle obbligazioni*, arts. 2.036-2.040, Bolonia-Roma—edición provisional—, 1973, págs. 14 y 15. *Vid.* igualmente BRECCIA, «Note in tema di pagamento non dovuto, fatto illecito e irrepitibilità della prestazione», en los *Studi in onore di E. Graziani*, Pisa, 1973, págs. 89 y ss., especialmente 96 y 97. En torno a la particular dignidad de la posición del *accipiens*, que, siendo el verdadero acreedor, recibe «lo suyo», *vid.*, por todos, GIORGIANNI, epígrafe «Pago-Derecho Civil», en el *Noviss. Dig. it.*, XII, Turín, 1965, págs. 321 y ss., esp. página 324; RESCIGNO, ob. cit., pág. 1232; SACCO, «Quale azione spetta al debitore cambiario che abbia pagato sia all'ammortante sia al detentore del titolo ammortato», en *Riv. Dir. Comm.*, 1952, I, págs. 233 y ss., esp. 239.)

artículo 2.033, al enunciar (aunque en forma menos solemne que el artículo 1.237, 1, del anterior *Codice*) el principio de la causalidad del pago, asume un papel primordial respecto al resto de las normas rectoras del pago indebido, es innegable, por otra parte, que las muchas y muy importantes conexiones del pago indebido subjetivo con la teoría de la relación obligatoria justifican un tratamiento autónomo del mismo dentro del modelo general de la causa de la atribución.

Nuestra doctrina, no obstante (2), ha afrontado el problema del encuadramiento dogmático del pago indebido subjetivo partiendo preferentemente del ángulo visual del pago indebido *ex persona debitoris* (artículo 2.036), sin apenas profundizar en la segunda y tradicional figura: la que tiene lugar cuando el *solvens* es deudor, pero la prestación se ha efectuado a persona que no es el verdadero acreedor. La falta de una expresa regulación legal en la *sedes materiae*, y la consideración de que el pago efectuado al no acreedor no habría de incidir sobre la relación obligatoria preexistente (3), han inducido a la doctrina y a la jurisprudencia a reconducir, a pesar de alguna que otra inicial vacilación (4), el pro-

(2) En la doctrina alemana, por el contrario, siempre se ha dedicado una especial atención a la disciplina de la *condictio* en las relaciones trilaterales, en caso de inexistencia o nulidad de las relaciones de provisión o de valuta. Sobre este punto, *vid.* por todos KUNISCH, *Die Voraussetzungen für Bereicherungsansprüche in Drecksverhältnissen*, Berlín, 1968, *passim*; CANARIS, «Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis», en *Festschrift für Karl Larenz*, Munich, 1973, págs. 799 y siguientes.

(3) Así opinan, entre otros, F. FERRARA, J., «Questioni in tema di ripetizione di indebito», en *Banca, borsa, tit. cred.*, 1949, II, págs. 206 y ss., esp. 209, y CAPOZZI, «Vizi della volontà e adempimento», en *Dir. e giur.*, págs. 257 y ss., esp. 266.

(4) El problema de la autonomía dogmática del pago indebido *ex persona creditoris* ya había sido planteado, en los años inmediatamente siguientes a la promulgación del vigente Codice, en relación con el pago al poseedor (no legitimado) de libranzas amortizadas. Para un examen de la abundante casuística jurisprudencial, *vid.* el cuidadísimo trabajo de FALGOUT-MASSIDA y JACCHIA *Promesse unilaterali. Gestione d'affari. Ripetizione dell'indebito. «Soluti retentio». Arricchimento senza causa*, Turín, 1968, págs. 414 y ss.

Sobre la base de los artículos 1.188, 2. y 1.189, algunos autores propugnan la autonomía de esta figura. Tal es el caso de GRECO, «Il pagamento indebito di titoli cambiari e l'azione di ripetizione», en *Riv. Dir. Comm.*, 1950, págs. 241 a 243; SCHLESINGER, «La ratifica del pagamento effettuato al non creditore», en *Riv. Dir. Civ.*, 1959, I, págs. 36 y ss., esp. pág. 38, nota 6, y ACHINA, «Il destinatario del pagamento e il pagamento al creditore apparente (artt. 1.188 e 1.189 Cod. civ.)», en *Riv. Trim.*, 1966, págs. 76 y ss., esp. 110, nota 84.

Especial atención merece la tesis de GRECO (loc. ult. cit. y «Ripetizione di indebito e pagamento di assegni circolari ammortizzati», en *Riv. Dir. Comm.*, 1949, II, págs. 34 y ss.). Este autor ha elaborado la figura del «pago indebido subjetivo mixto», en la cual asistiríamos a un caso de compenetración entre pago indebido *ex persona solventis* y pago indebido *ex persona creditoris*, al objeto de determinar la disciplina aplicable en caso de pago de libranzas a un perceptor de buena fe no legitimado por la serie continuada de endosos. En estos casos, el *solvens* A es deudor, pero no en relación con el *accipiens* B (dado que existe solución de continuidad en la serie de endosos), sino en relación a C, endosatario inmediatamente an-

blema del pago indebido *ex persona accipientis* a la esfera del artículo 2.033 (5).

(Transcribimos para el lector español los dos citados preceptos legales, *sic* en el libro IV, título VII, bajo la rúbrica *Del pagamento dell'indebito*.)

Art. 2.033 (*Indebito oggettivo*): El que ha llevado a cabo un pago no debido tiene derecho a repetir lo que pagó. Tiene, además, derecho a los frutos e intereses desde el día del pago si el que lo recibió obró de mala fe o, en caso contrario, desde el día de la demanda.

Art. 2.036 (*Indebito soggettivo*): El que ha pagado una deuda ajena creyéndose deudor en base a un error excusable, puede

terrior a la interrupción. B, a su vez, es acreedor de D, endosante siguiente a la interrupción. (En el caso contemplado por GRECO, D ha sustraído el título, poniendo en él un endoso en blanco inmediatamente a continuación del último endoso pleno, de suerte que el siguiente endosante no sería, en puridad, el endosario de aquella última libranza plena.) En opinión de GRECO, de entre los dos componentes del pago indebido subjetivo mixto (por parte del *solvens* o por parte del deudor), sería el primero de ellos el que gozase de mayor fuerza atractiva, por lo cual se debería aplicar, al supuesto de hecho contemplado, la normativa del artículo 2.036.

La tesis sostenida por GRECO difiere de la mantenida por la sentencia de casación de 18 de enero de 1949, que calificó el supuesto de hecho como pago indebido *ex persona creditoris*, desde el momento en que el perceptor B no es el verdadero acreedor. En realidad, la solución que se dé al problema es realmente importante en relación con el de la carga de la prueba, toda vez que si el supuesto de hecho viene cualificado como pago indebido *ex persona creditoris*, difícilmente podrá A probar la ausencia de culpa en el pago (adición del traductor: *dado que lo ha llevado a cabo en favor de persona no legitimada, como claramente se deduce del tenor literal del título*).

Gran parte de la doctrina actual considera, sin embargo, totalmente inútil la categoría del pago indebido subjetivo mixto. *Vid.*, por todos, G. ANDREOLI, «Appunti in tema di indebito soggettivo», en *Banca, borsa, tit. cred.*, 1951, I, págs. 134 y ss., esp. la 142, afirmando que en estos casos se debería hablar, más exactamente, de pago indebido objetivo o, todo lo más, de indebido *ex persona creditoris*, con la consiguiente aplicación del artículo 2.033. En sentido diametralmente opuesto, y confirmando la utilidad de la figura del pago indebido subjetivo mixto, *vid.* la reciente y citada obra de SCHLESINGER «La ratifica...», pág. 41, nota 14.

(5) En tal sentido, *vid.* en jurisprudencia de casación las sentencias de 18 de enero de 1949, 31 de mayo de 1950, 29 de marzo de 1958, 11 de noviembre de 1967, etc. Para una lúcida exposición de las razones por las que el pago indebido *ex persona creditoris* debe ser reconducido al pago indebido objetivo, *vid.* el ejemplar razonamiento del Tribunal de Apelación de Milán, en su sentencia de 17 de julio de 1961.

En la doctrina, y junto a los autores citados en la nota 3, *vid.* también OPPO, «Pagamento invalido di titolo all'ordine, ammortamento, ripetizione di indebito», en *Giur. it.*, 1947, I, 2, págs. 497 y ss., especialmente 504; SERRAO, «Osservazioni sul fondamento dell'obbligazione da indebito», en *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, III, págs. 8 y ss., esp. la 1; G. ANDREOLI, «Appunti...», cit., pág. 142, y RESCIGNO, «Ripetizione...», cit., pág. 1233.

repetir lo pagado siempre que el acreedor, obrando de buena fe, no se haya desprendido del título o de las garantías del crédito.

El que ha recibido lo indebido está también obligado a restituir los frutos e intereses desde el día del pago si obró de mala fe o, en caso contrario, desde el día de la demanda.

Cuando no sea posible (*non è ammessa*) la repetición, el que pagó se subroga en los derechos del acreedor.

Se ha dicho, al respecto, que no sería oportuno atribuir a esta figura una autonomía dogmática propia en relación con el pago indebido objetivo, ya que de este modo se complicaría sin razón un fenómeno que, desde el punto de vista jurídico, presenta caracteres uniformes y, además, está sujeto a la misma disciplina (6).

Así planteado el problema, cabría replicar que el pago indebido subjetivo *ex latere accipientis* tiene, igual que el indebido *ex persona debitoris*, un lugar propio dentro de la teoría de las relaciones trilaterales (7). Por otra parte, no carece de importancia el hecho de que en ambos casos la relación obligatoria existe efectivamente, por más que se impliquen, activa o pasivamente, a personas distintas del *accipiens* o del *solvens* (8), planteando delicados problemas de coordinación con algunas de las más polémicas disposiciones del Derecho obligacional. El encuadramiento dogmático del pago indebido subjetivo en su total contexto ayuda no poco a la comprensión del mecanismo del cumplimiento por tercero (art. 1.180) y de los límites inherentes a la legitimación para recibir (arts. 1.188 y 1.189), habida cuenta de que no resulta arriesgado afirmar que el pago indebido *ex persona* limita, por una parte, con el cumplimiento de una obligación ajena y, por otra, con el supuesto de hecho del pago al acreedor aparente, regulado por el artículo 1.189 (9).

(6) Así, entre otros, F. FERRARA, Jr., «Questioni...», cit., pág. 209, y CAPOZZI, «Vizi », cit. pág. 266.

(7) Sobre este punto, *vid.* MOSCATI, epígrafe «Indebito (Pagamento e ripetizione dell')», en *Enc. del Dir.*, XXI, Milán, 1971, págs. 83 y ss., esp. 87, y la ya citada obra *Il pagamento dell'indebito*, pág. 17.

(8) Las dos figuras de pago indebido subjetivo vienen a estar situadas en el mismo plano, toda vez que incluso la prestación ejecutada por el deudor en favor del no acreedor podría, a veces, incidir sobre la relación obligatoria existente entre el que paga y el verdadero acreedor. Como veremos más adelante, uno de los medios a través del cual el pago a tercero logra tal efecto es la ratificación por parte del verdadero acreedor, con lo cual asume un papel relevante la actividad del *solvens* dirigida realmente hacia una relación distinta e insubsistente (*vid.* al efecto, SCHLESINGER, «La ratifica...», cit., pág. 38).

(9) En tal sentido, *vid.* MOSCATI, epígrafe «Indebito...», pág. 87.

(T-1) Aunque algo de esto ya apunté en mis anteriores traducciones, creo interesante recordar, para curiosidad del lector español no familiarizado con el Codice, la enorme extensión que el primer cuerpo legal italiano dedica a la figura del pago. El Libro IV (*Delle obbligazioni*) dedica, dentro del Título I («De las

(Vamos a transcribir los tres citados preceptos, encuadrados en el libro IV, título I: *De las obligaciones en general*; capítulo II: *Del cumplimiento de las obligaciones*; sección I: *Del cumplimiento en general*.) (T-1.)

Art. 1.180 (Cumplimiento por tercero): La obligación puede ser cumplida por tercero, incluso contra la voluntad del acreedor, a menos que éste tenga interés en que sea el deudor quien cumpla personalmente la prestación. (T-2.)

No obstante, el acreedor puede rehusar el cumplimiento ofrecido por tercero si el deudor le ha manifestado su oposición.

Art. 1.188 (Destinatario del pago): El pago ha de ser hecho al acreedor, o a su representante, o a la persona indicada por aquél o autorizada por la ley o por el Juez a recibirlo.

El pago hecho a persona no legitimada para recibirlo libera al deudor si el acreedor lo ratifica u obtiene provecho del mismo.

Art. 1.189 (Pago al acreedor aparente): El deudor que lleva a cabo un pago en favor de persona que parece evidentemente (*in base a circostanze univoche*) legitimada para recibirlo queda liberado si prueba haber procedido de buena fe.

obligaciones en general»), un brevísimo Capítulo primero a las disposiciones preliminares, con solamente tres artículos, 1.173 (Fuentes), 1.174 (Carácter patrimonial de la prestación) y 1.175 (*Correttezza* como norma general de comportamiento entre deudor y acreedor). El Capítulo II («Del cumplimiento de las obligaciones») dedica a la materia nada menos que *cuarenta y dos* artículos, distribuidos así: Sección primera (Del cumplimiento en general): *veinticinco* artículos, del 1.176 al 1.200; Sección segunda (Del pago con subrogación): *cinco* artículos, del 1.201 al 1.205; Sección tercera (De la mora del acreedor): *doce* artículos, del 1.206 al 1.217. Pero la cosa no acaba ahí, en lo que al pago y sus modalidades se refiere. Porque dentro del Capítulo III, y bajo la expresivísima rúbrica «Del incumplimiento de las obligaciones», encontramos otros *doce* artículos: del 1.218 al 1.229, que, abordando fundamentalmente el problema de la *mora solvendi*, dejan sobrado espacio para tratar de instituciones tan interesantes como el incumplimiento de las obligaciones negativas, resarcimiento de daños, previsibilidad y valoración de éstos, *culpa del acreedor*, responsabilidad por hecho ajeno y *cláusulas de exoneración de responsabilidad*.

«Contad si son *cincuenta y cuatro*. . y *NO está hecho*.» Y es que aún queda bastante tela legislativa por cortar. Por ejemplo: el Capítulo V («De la cesión de los créditos»), cuyos *ocho* artículos, del 1.260 al 1.267, presentan innegables connotaciones con la disciplina del pago. Y, para terminar, *hemos*, don Nuño, ante el Capítulo VI, con *nueve* artículos (del 1.268 al 1.276), agrupados bajo la sugestivísima rúbrica «De la delegación, de la expromisión y de la asignación».

Setenta y un artículos, por lo tanto, dedicados al pago dentro de la teoría general de las obligaciones, que consta de *ciento cuatro* artículos. Porque el artículo 1.277 ya está bajo la rúbrica «De algunas especies de obligaciones». Comentarios, a gusto del lector.

(T-2) Encontramos la palabra *prestación*, que (insisto, sobre la base de anteriores traducciones) es frecuentísima en el Codice y bastante poco frecuente en nuestro Código.

El que ha recibido el pago está obligado a restituirlo al verdadero acreedor, según las reglas establecidas para la repetición de lo indebido.

Más concretamente, el mecanismo del pago indebido subjetivo permite comprender por qué una prestación, cumplida en base a una relación jurídica concreta, puede incidir, con el concurso de otras circunstancias, sobre otra relación jurídica distinta (10). Y aún más: a través del pago indebido subjetivo puede explicarse por qué una prestación cumplida por el deudor en favor del acreedor aparente, o la efectuada en favor del acreedor verdadero por quien no es el verdadero deudor, pueda ser referida a la verdadera relación entre el *solvens* y un tercero (el verdadero acreedor) o entre el *accipiens* y un tercero (el verdadero deudor), hipótesis previstas, respectivamente, en los artículos 1.189 y 1.180. Naturalmente, en estos casos es preciso determinar los criterios que permiten la individualización de la relación obligatoria a la que se imputa la prestación (11).

EL PAGO INDEBIDO SUBJETIVO «EX LATERE SOLVENTIS».
TENDENCIA A LA OBJETIVACION DE LA RELACION
OBLIGATORIA Y TENTATIVA DE RECONSTRUIR LA FIGURA
COMO CUMPLIMIENTO POR TERCERO DE VICIO DE ERROR

El primer aspecto digno de atención del problema que nos ocupa es, habida cuenta de los numerosos trabajos publicados al efecto, el que atañe a las relaciones entre el pago indebido *ex persona debitoris* y el cumplimiento por un tercero. Evidentemente: aunque cada una de las dos figuras se presenten *in abstracto* con caracteres propios bien precisos y definidos [tanto más cuanto que el pago indebido *ex persona creditoris* no modifica normalmente la situación jurídica anterior (12), mientras que el

(10) Así, SCHLESINGER, «La ratifica...», cit., págs. 36 y ss.

(11) Sobre este punto, *vid.*, entre otros, SCHLESINGER, ob. *últ. cit.*, págs. 38 y ss., y SACCO, «Quale azione...», cit., págs. 238 y ss. El problema, como veremos en el párrafo siguiente, ha sido objeto de profundos estudios, sobre todo en la doctrina alemana. Entre las numerosas contribuciones al respecto nos parece fundamental la de G. MAIER, «Irrtümliche Zahlung fremder Schulden», en *Arch. Civ. Praxis*, 1952-953, págs. 97 y ss.

(12) En efecto, el acreedor, obligado a restituir al *solvens* la prestación recibida, conserva el poder de actuar contra el verdadero deudor. *Vid.*, al respecto, SCHLESINGER, «L'indebito soggettivo *ex latere solventis* e la sua influenza sul rapporto obbligatorio», en *Riv. Dir. Comm.*, 1957, I, págs. 58 y ss., esp. 58 a 60. Para SCHLESINGER, se debería atribuir al acreedor, *de iure condendo*, el poder de actuar contra el deudor solamente cuando tenga lugar uno de estos dos casos: que haya habido restitución (o, al menos, haya sido ofrecida) o que el *solvens* haya iniciado el ejercicio de la *condictio*.

pago por tercero satisface el interés del acreedor (13)], quedan en pie, no obstante, numerosos problemas en orden a la concreta delimitación entre ambos fenómenos, especialmente cuando el *solvens* no declara que cumple una (presunta) deuda propia ni refiere la prestación a la relación realmente existente entre el verdadero deudor y el *accipiens* (14).

El hecho de que en ambos casos el *solvens* sea sustancialmente un tercero respecto a las partes de la relación obligatoria, siendo su posición aparentemente análoga en las hipótesis previstas por los artículos 2.036 y 1.180 (15), y la consideración de que tal vez la falta de *causa solvendi* no impide (junto con otros factores) la satisfacción del acreedor-*accipiens* (16), ha inducido a no pocos autores a intentar una aproximación entre ambas figuras, reconstruyendo el pago indebido *ex persona debitoris* como un negocio (viciado de error) de cumplimiento de una obligación ajena (17).

En épocas pasadas, el problema ya había sido objeto de reflexión, sobre todo en la doctrina alemana, en la que haciendo hincapié en un especial planteamiento de la relación obligatoria tendente a minusvalorar la importancia de las personas de los sujetos (18), se había expuesto la

(13) Según NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*. Milán, 1936, págs. 103 a 104, el cumplimiento por tercero despliega una función distinta respecto a los dos términos de la relación obligatoria, dado que si, por una parte, representa la total realización del derecho del acreedor, por otra parte, no es apto tal cumplimiento para «realizar» el contenido de la obligación. El cumplimiento, en sentido técnico, es un hecho del deudor y no del tercero, por lo que la eventual extinción de la obligación es una mera consecuencia de la realización de tal derecho. La no idoneidad del cumplimiento por tercero para actuar el contenido de la obligación es la verdadera razón por la cual, y a pesar de haberse realizado el crédito, la obligación del verdadero deudor puede subsistir frente a un sujeto distinto (*rectius*: el tercero subrogado). La subrogación del *solvens* en los derechos del acreedor satisfecho es la prueba más elocuente de la subsistencia, en vida, de la obligación del verdadero deudor (pág. 99). La tesis de NICOLÒ se ve apoyada, entre otros, por BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Turín, 1965, págs. 27 y ss., y, en la doctrina francesa, por CATALA, *La nature juridique du paiement*, París, 1961, página 265.

(14) La cuestión ha sido recientemente replanteada por ZEISS, «Leistung. Zuwendungsweg und Erfüllung», en *Juristen Zeitung*. 1963, págs. 7 y ss. Sobre este punto, *vid.* también *infra*, párrafos siguientes.

(15) La observación es de RESCIGNO, «Ripetizione. . .», cit., pág. 1230. En idéntico sentido, SCHLESINGER, «L'indebito...», cit., pág. 67.

(16) *Vid.*, al respecto, *infra*, apartado 4 de este trabajo.

(17) En tal sentido, explícitamente, F. FERRARA, Jr., «Questioni. . .», cit., páginas 209 a 213; CAPOZZI, «Vizi. . .», cit., págs. 266 y 267, y G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Nápoles, 1955, págs. 246 a 248. En muy parecidos términos, GRECO, «Ripetizione. . .», cit., pág. 36; DISTASO, «Legittimazione attiva del creditore contro l'accipiens. Indebito oggettivo ed errore del solvens», en *Foro It.*, 1950, I, págs. 1187 y ss., esp. 1190. En la doctrina francesa, ROULLER, «Rèpétition de l'indu: erreur du solvens», en *Rec. Dalloz*, 1967, páginas 265 y ss., esp. 267.

(18) Para G. MAIER, «Irrtümliche...», cit., págs. 102, 106 y 109, no es necesario tener en cuenta las personas de los sujetos de la obligación (menos aún la

tesis de que había que hablar de cumplimiento por tercero y no de pago de lo indebido *siempre que la prestación, cumplida por error, estuviese, por su contenido, objetivamente dirigida a una deuda ajena* (19) (subrayado del traductor). En tal sentido, el error del *solvens* recaería exclusivamente en la persona del obligado, sin comprometer en modo alguno la identificación de la relación obligatoria a la que se imputa la prestación (20), toda vez que si bien es cierto que tal identificación tiene lugar, por regla general, como consecuencia de la declaración del tercero de cumplir una deuda ajena, no hay que excluir en ocasiones la posibilidad de identificar el crédito por otros medios, por ejemplo: a través de la cosa debida o de una referencia a la contraprestación del *accipiens* (21). El hecho de imprimir a la prestación un destino, objetivamente reconocible, hacia la preexistente relación entre el verdadero deudor y el *accipiens* sería suficiente, pese a la convicción del *solvens* de pagar una deuda propia, para que se desplegaran los efectos típicos del cumplimiento por tercero. Al propio tiempo, la satisfacción, incluso en sentido jurídico, del interés del acreedor, comportaría la legitimación del *solvens* para actuar contra el verdadero deudor en orden a la restitución de lo entregado (22).

del deudor) para una perfecta individualización de la relación. Entre nosotros opina igual SCHLESINGER, «L'indebito...», cit., pág. 67, y «La ratifica...», cit., pág. 37. Considera el citado autor que entre dos mismas personas puede existir una pluralidad de relaciones, o que la determinación del deudor, del acreedor, o de ambos a la vez, puede tener lugar con posterioridad a la identificación de la relación. Tal caso puede ocurrir cuando la relación se determine y precise sobre datos objetivos. *Vid.*, al respecto, VON CAEMMERER, «Irrtümliche Zahlung fremder Schulden», en *Festschrift für H. Dölle*, II, Tübinga, 1963, págs. 135 y ss., esp. 142 a 144, donde examina ampliamente una serie de hipótesis en las cuales no es necesario fijarse en la persona del deudor para individualizar la relación.

(19) Así, BOEHMER, *Der Erfüllungswille*, Munich, 1910, pág. 87. En el mismo sentido, JUNG, *Die Bereicherungsansprüche*, Leipzig, 1902, pág. 83, nota 133, y «Das Wesen des schuldrechtlichen Grundes und dessen Bedeutung für die Systematik des Privatrechts», en *Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50. jährigen Bestehen des Reichsgerichts*, III, Berlín-Leipzig, 1929, págs. 143 y ss., esp. 161, y G. MAIER, «Irrtümliche...», cit., págs. 102 y ss. En la doctrina más reciente, *vid.* BEUTHIEN, «Zuwender und Leistender», en *Juristen Zeitung*, 1968, págs. 323 y ss., especialmente 327.

(20) En tal sentido, G. MAIER, «Irrtümliche...», cit., pág. 106.

(21) Así, textualmente, JUNG, *Die Bereicherungsansprüche...*, cit., pág. 83, nota 133. En su obra *Das Wesen...*, cit., pág. 161, considera este autor que el punto de referencia puede también venir constituido por la persona del acreedor. En idéntico sentido, BOEHMER, *Der Erfüllungswille*, cit., pág. 87, y G. MAIER, «Irrtümliche...», cit., pág. 103. En la doctrina alemana más reciente, está muy extendida la opinión de que la prestación ha de ser valorada partiendo del ángulo de vista del acreedor. Acerca de este punto, *vid.*, por todos, KUNISCH, *Die Voraussetzungen*, cit., págs. 31-32, notas 109-110, donde se cita más bibliografía. En todo caso, *vid.*, *infra*, epígrafe cuarto de este trabajo, texto y nota número 74.

(22) En tal sentido, BOEHMER, ob. cit., pág. 87, y G. MAIER, ob. cit. págs. 109 y 111. Análogamente, JUNG, *Die Bereicherung*, cit., pág. 83, nota 133, y en la doctrina más reciente, KUNISCH, ob. cit., págs. 78 a 88. Para KUNISCH, cuando el cumplimiento erróneo de la deuda ajena vale para realizar el interés crediticio y,

La solución que acabamos de exponer representa la tentativa más seria y autorizada de aclarar uno de los aspectos más controvertidos de toda la temática de la *condictio indebiti*..., aunque, con todo, no deja de presentar ciertos inconvenientes. En efecto: la concesión al *solvens* de una acción contra el verdadero deudor pone a aquél al abrigo de eventuales cambios en la esfera del *accipiens* (con lo que se atenúan, en cierto modo, algunas posibles inicuas consecuencias de la rigurosa aplicación de la normativa del enriquecimiento sin causa, sobre todo cuando desaparezca el enriquecimiento logrado por el *accipiens* o prescriba el crédito) (23); pero, por otro lado, lo expone a las vicisitudes del patrimonio del obligado (24). Algunos autores, tratando de evitar que el tercero venga perjudicado por la quiebra o, en general, por la insolvencia del verdadero deudor, entienden que debería reconocerse al *solvens* un «derecho de elección» para actuar o contra el obligado o contra el *accipiens* (25). Más concretamente,

al mismo tiempo, para liberar al verdadero deudor, nos hallaríamos, desde el punto de vista objetivo, ante una delegación en la que falta la relación de provisión, y, desde un punto de vista subjetivo, ante una prestación encaminada a cumplir una deuda propia. En opinión de FISCHER, «Grenzgebiete des Schadenersatzes und des Bereicherungsanspruchs», en *Festschrift für E. Zittelmann*, Munich - Leipzig, 1913, págs. 1 y ss., esp. pág. 20, nota 31, la tesis a que aludimos en el texto sería compatible con los párrafos 267 y 812 del BGB. y lo mismo la tesis contraria, según la cual la *solutio* del tercero no extingue el débito ajeno, a menos que esté dirigida precisamente hacia la relación existente entre el *accipiens* y el verdadero deudor. Es de notar, sin embargo, que la doctrina alemana más extendida no reconoce eficacia satisfactoria del interés creditorio al pago indebido *ex persona debitoris*. Vid., por todos, al respecto, VON CAEMMERER, ob. cit., pág. 140. Recientemente, CANARIS, ob. cit., págs. 799 y ss., esp. 844, ha replanteado la duda apuntada en el texto.

(23) Según G. MAIER, ob. cit., págs. 100 y 101, el hecho de atribuir al *solvens* solamente una *condictio* frente al *accipiens* podría llevarnos a la consecuencia, realmente inicua (*abnorme* es la palabra empleada por MOSCATI), de que el acreedor reciba dos veces la prestación. La primera prestación vendría efectuada por el tercero, y el *accipiens* no vendría obligado a restituir si aquél ya no estuviese enriquecido al tiempo de la demanda (par. 818, 3, del BGB); al mismo tiempo, el acreedor, conservando su pretensión contra el verdadero deudor, podría pretender de éste una segunda prestación. Es evidente que, en caso tal, el tercero no tendría medio alguno de tutela para actuar contra el obligado. Análogos inconvenientes tendrían lugar según el propio MAIER, en caso de prescripción del crédito o de quiebra del *accipiens* (pág. 101). En idéntico sentido, vid. FLUME, en sus comentarios a la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 5 de octubre de 1961. en *Juristen Zeitung*, 1962, págs. 281 y ss., esp. 282, y VON CAEMMERER, ob. cit., págs. 145 y ss. En contra, LORENZ, «Das 'Wahlrecht' des Putativschuldner bei irrtümlicher Zahlung fremder Schulden», en *Festschrift zum 50 Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privat und Wirtschaftrecht der Universität Heidelberg*, Heidelberg, 1967, págs. 267 y ss., esp. 270. Vid. también, *infra*, nota 26.

(24) Vid., al respecto, LORENZ, ob. cit., págs. 280 y ss., y VON CAEMMERER, ob. cit., pág. 147.

(25) Según G. MAIER, ob. cit., págs. 101-102, el *solvens* es el único de los tres sujetos interesados sobre el que se cierne la posibilidad de sufrir un daño. Pensemos, por ejemplo, en la insolvencia o en la irrepentibilidad del verdadero deudor, unidos a las posibles vicisitudes del patrimonio del acreedor. Por lo demás,

se ha dicho que la *condictio indebiti* ha de ser dirigida contra el verdadero deudor, quedando siempre a salvo, en caso de insolvencia de éste, la posibilidad de impugnar el pago alegando error (26). Evidentemente: si bien es cierto que el pago erróneo de una deuda ajena sirve, por las razones indicadas, para extinguir la relación preexistente, no es menos cierto que el error acerca de la identidad, propia o ajena, de dicha relación es un error sustancial, desde el momento en que el *solvens*, con toda probabilidad, no hubiera cumplido la prestación de haber sabido que no era deudor (27).

afirma MAIER, el ejercicio del derecho de elección no supondría daño alguno para los otros dos interesados. En torno a las ventajas del derecho de elección, *vid.* las consideraciones de THOMAE, «Tilgung fremder Schuld durch irrtümliche Eigensleistung?», en *Juristen Zeitung*, 1962, págs. 623 y ss., esp. 624; las de VON CAMMERER, *ob. cit.*, págs. 147 y 148, y las de LORENZ, *ob. cit.*, págs. 274 y 280. Para este último autor solamente cabría reconocer al *solvens* un derecho de elección en tanto no perjudique los intereses del *accipiens* o del verdadero deudor. La doctrina francesa, a través de DEMOGUE, *Traité des obligations en général*. I, *Sources des obligations*, 3, París, 1923, pág. 167, y sobre la base de una sentencia del Tribunal de Lyon de 16 de enero de 1892 admite la realidad del «derecho de elección». A destacar el hecho de que, dentro de la doctrina alemana, prevalece aún hoy la opinión contraria. *Vid.*, al respecto, por todos, ESSER, *Schuldrecht. II. Besonder Teil*, Karlsruhe, 1971, pág. 349, y LORENZ, *Derecho de obligaciones*, tomo II (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, traducción de J. Santos Briz). (*Adición del traductor*: La cita de MOSCATI va referida a la «versión original» alemana, edición 1972, Munich, pág. 417.)

(26) Tal es la tesis de G. MAIER, *ob. cit.*, pág. 111. Particularmente interesante es la tesis de VON CAEMMERER, *ob. cit.*, págs. 149 y ss., en las que, reanudando el hilo del razonamiento expuesto en otra obra anterior («Bereicherungsansprüche und Drittbeziehungen», en *Jur. Zeit.*, 1962, págs. 385 y ss., esp. 386 y 388, nota 28), considera que el *solvens* puede actuar contra el verdadero deudor solamente si ha renunciado a hacer valer los vicios del negocio causal. De esta suerte, su renuncia se retrotrae al momento de la *solutio*, que, por tanto, equivale a cumplimiento por tercero. En idéntico sentido, FLUME, en *Jur. Zeit.*, 1962, pág. 282, y anteriormente JUNG, *Das Wesen...* *cit.*, pág. 161. CANARIS, en su citada obra *Der Bereicherungsanspruch*, pág. 844, admite la impugnación del pago alegando error. En cuanto a la tesis de VON CAEMMERER, hay que decir que ha sido objeto de sucesivas críticas por parte de LORENZ («Das Wahlrecht...» *cit.*, pág. 274, y «Gläubiger, Schuldner, Dritte und Bereicherungsanspruch», en *Arch. f. civ. Praxis*, 1968, páginas 268 y ss., esp. 312 y 313) y de ZEISS, «Leistungsverhältnis und insolvenzrisiko bei irrtümlicher Tilgung fremder Schulden», en *Arch...*, 1968, págs. 332 y ss., esp. 338 y 339. LORENZ, en su citado *Derecho de obligaciones*, II, plantea el problema en otros términos, distinguiendo dos hipótesis. En la primera de ellas, el acreedor se halla convencido de que el *solvens* actúa en calidad de tercero, y, en consecuencia, éste deberá dirigirse al verdadero deudor, quedando el *accipiens* definitivamente satisfecho. Si, por el contrario, el acreedor podía perfectamente haber advertido el error del tercero, ya sea a través de la declaración del *solvens* o de la modalidad de la prestación, no es aplicable el parágrafo 267 del BGB, y la prestación ha de ser restituida. (En id. sentido, ZEISS, *ob. cit.*, pág. 10.)

(27) En tal sentido, *vid.* G. MAIER, *ob. cit.*, págs. 110 y 111; THOMAE, *ob. cit.*, página 627, y VON CAEMMERER, *ob. cit.*, pág. 151. Comparten esta tesis algunos autores italianos y franceses, tales CAPOZZI, *ob. cit.*, págs. 267 y 268, y ROULLIER, *ob. cit.*, pág. 267.

Este último punto de vista es compartido, como dijimos, por los autores italianos, que, en línea de principio, niegan la autonomía dogmática del pago indebido *ex persona debitoris* (28). Más concretamente, se ha dicho que el error acerca del carácter propio o ajeno de la obligación no transformaría la *solutio* de un tercero en un pago indebido, limitándose a influir en la validez del negocio de cumplimiento, al igual que cualquier otro vicio de la voluntad. Con otras palabras: la tutela dispensada por el artículo 2.036 encontraría su fundamento no ya en el hecho de que el *solvens* no es el verdadero deudor, sino en que su voluntad de cumplir está viciada (29). De esta forma, llevando a sus últimas consecuencias el razonamiento seguido por la doctrina alemana, se llega a la conclusión de que el pago de la presunta propia deuda no es sino un cumplimiento normal con vicio de error (30).

En caso tal, el derecho del *solvens* a la repetición no nacería en el momento mismo del acto solutorio, sino en un momento posterior, una vez enervado, a través de la acción de nulidad, el negocio de cumplimiento de deuda ajena (31). Al anularse el acto, «resucita» la preexistente relación entre el *accipiens* y el verdadero deudor, haciendo que surja en favor del *solvens* el derecho a repetir.

Planteado el problema en estos términos, el artículo 2.036 no debería en modo alguno relacionarse con el 2.033, por tratarse de dos supuestos de hecho radicalmente distintos: el artículo 2.033 se refiere al pago indebido en general, mientras que el 2.036 regularía un caso de *pago debido, aunque viciado* (32) (subrayado del traductor). Pero sobre todo, el artículo 2.036 vendría a representar un complemento del artículo 1.180 (33). Ambas normas, en efecto, vendrían a regular diversos aspectos del mismo fenómeno: mientras que el artículo 1.180 centra su atención en la eficacia, el 2.036 se ocuparía del caso, digámoslo así, patológico del cumplimiento por tercero. Más concretamente: dado que el pago erróneo de una deuda ajena no agota ciertamente los casos de invalidez de acto de tercero, el artículo 2.036, que permite al *solvens* impugnar el negocio solu-

(28) Vid. al respecto los autores citados en la nota 17.

(29) Así, textualmente, F. FERRARA, Jr., ob. cit., págs. 212 y 213.

(30) ... con lo que se construye la *condictio* como una impugnación del cumplimiento por tercero con vicio de error. Vid., por todos, al respecto, G. MIRABELLI, ob. cit., pág. 246.

(31) Acerca del momento en el cual nace este derecho del *solvens* a la repetición, vid. SCHLESINGER, «L'indebito . », cit., págs. 60 y 61. Vid. igualmente, *infra*, el siguiente epígrafe.

(32) Así, F. FERRARA, Jr., ob. cit., págs. 211 y 212, y CAPOZZI, ob. cit., página 267. G. MIRABELLI, *L'atto . .*, cit., págs. 246 a 248, muestra cierta vacilación a la hora de aceptar la solución propuesta . . , pero acaba por aceptarla desde el momento en que «no se alcanza a percibir ninguna otra distinta».

(33) En tal sentido, vid. F. FERRARA, Jr., y CAPOZZI, loc. últ. cit.

torio incluso cuando no pueda llegarse a la reconocibilidad del error (con tal que se trate de error excusable, y siempre que el *accipiens* no se haya desprendido con buena fe del título o de las garantías del crédito), daría lugar a un reforzamiento de la misma tutela que la ley ha concedido al tercero a través de la disciplina de los vicios de la voluntad y de la incapacidad de actuar (34).

No sería obstáculo para este planteamiento el emplazamiento del artículo 2.036 en el título «Pago de lo indebido», cuando quizá fuese más apropiado el de «Cumplimiento de las obligaciones». La *ratio* de esta diversidad de situación habría que buscarla en el hecho de que una vez anulado el acto del tercero tendría lugar, en el plano normativo, una situación no esencialmente distinta de la que legitimaría al *solvens* para la acción de repetición (35). Con la remoción del negocio de cumplimiento desaparece la causa de la atribución, dado que la prestación ha sido cumplida sin título y puede ser repetida. Solamente como consecuencia de la anulación el pago indebido *ex persona debitoris* readquiriría cierta autonomía dogmática, reentrando en el marco general del pago indebido. Naturalmente, todo esto no quiere decir que la acción prevista por el artículo 2.036 se resuelva en una acción de repetición, ya que se trataría siempre de un medio de tutela encaminado a eliminar (*rimuovere*) el negocio solutorio, y que sólo indirectamente, y una vez anulado el acto del *solvens*, se concreta en una acción de repetición (36).

(CONTINUACION).

EL MOMENTO FUNDAMENTAL DEL CUMPLIMIENTO POR TERCERO. DECLARACION DEL SOLVENS DE REFERIR LA PRESTACION A UNA RELACION AJENA

Hemos creído oportuno exponer, con todo lujo de detalles, cada una de las dos tesis, habida cuenta de que cada una de ellas puede dar lugar a una serie de no menguadas consecuencias jurídicas, muy distintas en cada caso. Así, el hecho de conceder al *solvens* la acción de nulidad, en vez de la *condictio indebiti*, no carece, ni mucho menos, de trascendencia

(34) F. FERRARA, Jr., loc. últ. cit., observa al respecto que la acción de nulidad prevista por el artículo 2.036 diferiría de la que con carácter general regulan los artículos 1.428 y ss., pero no por el *objeto*, sino por los *presupuestos* (*excusabilidad*, que no *recognoscibilidad*, del error). De ello se deriva que, si el negocio es impugnado en base a los artículos 1.425 y ss., corresponde al *solvens* una acción de repetición, en el sentido de los artículos 2.033-2.040.

(35) Así, textualmente, F. FERRARA, Jr., y CAPOZZI, loc. cit. en la nota 33

(36) F. FERRARA, Jr., ob. cit., pág. 213.

práctica, habida cuenta del distinto término de prescripción de cada una de esas acciones (37). Pero, sobre todo, conviene observar que no es lo mismo, para el *solvens* que actúa en repetición, hacerlo contra el *accipiens* o contra el verdadero deudor, teniendo en cuenta las posibles vicisitudes de cualquiera de los dos patrimonios (38).

Pues bien: pese a todo lo expuesto, y aunque las tesis que acabamos de examinar supongan una contribución muy apreciable para la clarificación de las relaciones entre ambas figuras, conviene hacer constar desde ahora que las conclusiones a las que se esfuerzan en llegar no parecen suficientemente convincentes. Como antes veíamos, se intenta llegar, partiendo de una premisa exacta (el *solvens* es en ambos casos un tercero respecto a los sujetos de la obligación, y las consecuencias de impugnar la declaración de cumplir un débito ajeno se posponen a la disciplina misma del pago indebido), a encuadrar el pago indebido *ex persona debitoris* dentro del marco del cumplimiento por tercero, con lo cual se infravalora quizá el hecho de que el legislador, a través del artículo 2.036, ha querido disciplinar un supuesto de hecho sustancialmente distinto (39).

Lo que realmente caracteriza al cumplimiento por tercero, haciendo de él una figura autónoma respecto al pago indebido ex persona debitoris, es la necesidad de una referencia expresa o tácita (40) por parte del solvens

(37) Observación de SCHLESINGER, «L'indebito. », cit., pág. 61, nota 7.

(38) Vid. al respecto el epígrafe segundo de este trabajo, texto y notas 23 a 25.

(39) Opinión muy extendida. Vid., por todos, G. ANDREOLI, «Appunti...», cit., páginas 147 y 148. Para una distinción entre las dos figuras, bajo el doble aspecto de la estructura y de la función, vid. recientemente MOSCATT, «Pagamento dell'indebito, adempimento del terzo e legittimazione a ripetere la prestazione», en *Riv. Dir. Civ.*, 1969, II, págs. 181 y ss., esp. 185 a 189. La afirmación mantenida en el texto ha sido criticada, bajo el aspecto metodológico, por SCHLESINGER, «L'indebito...», cit., pág. 65, por entender que estamos ante una petición de principio. Para el citado autor, el problema se centra, sobre todo, en determinar, sobre la base del artículo 1.180, quién ha de ser considerado como tercero. Vid., al respecto, *infra*, este mismo epígrafe.

(40) Vid., al respecto, NICOLÒ, «L'adempimento...», cit., pág. 136. A falta de una declaración del tercero en tal sentido, la referencia a la preexistente relación puede ser deducida de hechos concluyentes, a través de un proceso interpretativo de la voluntad del *solvens* (así opina ZEISS, «Leistung...», cit., pág. 9). La prestación llevada a cabo por tercero solamente puede ser considerada como cumplimiento de deuda ajena, si se tienen en cuenta algunos otros elementos objetivos que excluyan la intención de pagar una deuda propia. Tal cosa podría acontecer cuando el acreedor hubiera subrogado al tercero, en el momento de recibir la prestación, en sus derechos contra el verdadero deudor (art. 1.201), o en caso de que la relación entre el *accipiens* y el verdadero deudor tenga un objeto inconfundible, o, en todo caso, distinto del de una eventual segunda relación existente entre el acreedor y el *solvens*. Concretamente, NICOLÒ, *ob. cit.*, pág. 144, opina que la no fungibilidad del objeto valdría por sí misma para imprimir a la prestación un destino objetivo hacia la relación ajena.

a la relación existente entre el accipiens y el verdadero deudor (41) (subrayado del traductor). Evidentemente: no basta con que la prestación del tercero coincida con la prestación debida, ni basta con la voluntad del *solvens* de cumplir una atribución patrimonial en favor del acreedor: ambos elementos están ya en el pago indebido *ex persona debitoris* (42). Por otra parte, es igualmente evidente que el que paga por error tiene el *animus* de llevar a cabo una prestación en favor del *accipiens*, y que tal prestación es perfectamente idéntica a la que corresponde al acreedor. La prestación, en fin, y aisladamente considerada, toma un color neutro (43), de suerte que puede adscribirse indistintamente a una u otra hipótesis. Para que podamos hablar de pago por tercero no bastan ni la objetiva «realización» del interés del acreedor ni la voluntad de cumplir la prestación en favor del accipiens: es necesario, además, que el pago sea referido en cualquier forma a la obligación preexistente o, al menos, a la persona del verdadero deudor (44) (subrayado del traductor).

Se ha objetado, no obstante, que el tercero que cree ser deudor refiere su prestación a una relación que efectivamente existe: la que desemboca en el acreedor-*accipiens* (45). A tal objeción cabe replicar, continuando todo lo anteriormente dicho, que la relación, vista desde el ángulo del tercero, es en realidad una «no relación», precisamente porque el *solvens* se considera sujeto pasivo: la prestación, en efecto, se dirige no ya a la relación existente entre el verdadero deudor y el *accipiens*, sino hacia una presunta e inexistente relación entre el acreedor y el *solvens*. De una interpretación conjunta de los artículos 2.036 y 1.180 se obtiene la impresión de que no toda prestación de tercero vale para extinguir la relación

(41) En tal sentido, *vid.* NICOLÒ, «L'adempimento...», cit., pág. 136. Análogamente, y en la más reciente doctrina, RESCIGNO, ep. «Ripetizione », cit., página 1230, y SCHLESINGER, «L'indebito...», cit., pág. 68. Sobre este punto, séanos permitido remitirnos a nuestras citadas obras «Indebito », pág. 91, y «Pagamento...», págs. 186 y 187. La opinión de NICOLÒ es seguida, en Francia, por CATALA, «La nature. », cit., pág. 325, y en Alemania, por VON CAEMMERER, «Irrtümliche...», páginas 140 y ss., esp. 142, y THOMAE, «Tilgung. », pág. 627.

(42) *Vid.* SCHLESINGER, ob. últ. cit., pág. 66. *Vid.*, sin embargo, y en sentido opuesto, NICOLÒ, ob. últ. cit., pág. 144, en orden a la relevancia de la conformidad objetiva entre la prestación llevada a cabo por tercero y la realmente debida al deudor, cuando se trata de un objeto no fungible.

(43) Así, NICOLÒ, ob. últ. cit., pág. 193.

(44) Acerca de este punto, *vid.*, por todos, NICOLÒ, ob. últ. cit., pág. 28, en opinión que comparte recientemente MOSCATI, «Indebito ..», pág. 91. En sentido contrario, y sobre la huella de G. MAIER, «Irrtümliche...», cit., págs. 106 a 109, *vid.* SCHLESINGER, «L'indebito...», págs. 66 y 67, y «La ratifica », pág. 37. Para este autor no existe, en nuestro Ordenamiento jurídico, norma alguna que prescriba, al efecto de determinar la relación, la exacta determinación de la persona del verdadero deudor.

(45) Así piensa JUNG, *Das Wesen* , cit., pág. 161. La referencia a la persona del acreedor (habla JUNG) sería suficiente para concretar la relación obligatoria. *Vid.*, al respecto, *supra*, nota 21, e *infra*, texto y nota 74.

preexistente, sino solamente aquella que se cumple con la *scientia* de que la deuda es ajena (46), dado que solamente en este caso aparece perfectamente individualizada la relación. Por otra parte, el artículo 2.036 desempeña una importante función clarificadora del contenido del artículo 1.180, en cuanto circunscribe la eficacia solutoria del cumplimiento por tercero al solo caso en que la prestación sea dirigida conscientemente a una relación ajena.

Tras estas puntualizaciones podríamos estar de acuerdo con cuantos afirman que el pago indebido subjetivo *ex latere solventis* equivale a cumplimiento por tercero..., no sin poner de relieve que en este caso la prestación no es apta para realizar el interés del acreedor. Se trata, en efecto, de un cumplimiento anómalo, por así decirlo, toda vez que no se ha dado a la prestación ese particular destino que marca la ley; poco importa bajo este aspecto que el acreedor haya recibido «lo suyo» desde el punto de vista objetivo (47). Por su parte, el *accipiens*, aun cuando sea el verdadero acreedor, se encuentra, respecto al *solvens*, en la misma condición que la del sujeto no legitimado para recibir el pago, y como tal queda obligado a la restitución, siempre que no llegue a demostrar con éxito que ha obrado de buena fe al desprenderse del título o de las garantías del crédito (48).

Cuando el tercero cumple la prestación por creer ser el verdadero deudor, no puede hablarse de cumplimiento, viciado de error, de obligación ajena, desde el momento que creyendo cumplir una obligación propia

(46) Así, SCHLESINGER, «L'indebito. », cit., pág. 68. Como aclaración de lo que afirmamos en el texto, téngase presente que tal conclusión queda plenamente justificada sólo en el caso de que el *solvens* refiera espontáneamente la prestación a la relación existente entre el verdadero deudor y el *accipiens*. Evidentemente: no hay duda de que, cuando coinciden la *scientia* del pago indebido y el *animus* de cumplir una deuda ajena, estamos fuera del ámbito de incidencia del pago indebido subjetivo *ex latere solventis*. Por el contrario, no parece que pueda afirmarse lo mismo cuando el *solvens* haya pagado al solo efecto de evitar una declaración de quiebra, o para obtemperar una providencia judicial, emitida erróneamente contra su persona, desde el momento que, al hecho de saber que la obligación es ajena, no se acompaña la espontaneidad de la prestación. Análogas consideraciones cabría plantearse en caso de pago ejecutado con reserva expresa de repetición (*vid.* sentencia de casación de 20 de septiembre de 1971). Evidentemente, no pueden situarse en un mismo plano el que trata de cumplir una deuda ajena y el que lleva a cabo la prestación con el fin de evitar un daño injusto que podría derivársele de la declaración de quiebra o del comienzo de un procedimiento ejecutivo. El hecho de que en ambos casos el *solvens* sepa perfectamente que no es él el verdadero deudor no basta para justificar un tratamiento idéntico (como argumento en sí, y en relación con el problema de la calificación del supuesto de hecho en caso de pago «no espontáneo» permítasenos remitirnos a nuestro estudio «Del pago...», cit., págs. 22 y ss.).

(47) Acerca de este punto, *vid.* NICOLÒ, «L'adempimento », cit., pág. 28. Y en el mismo sentido, MOSCATI, «Indebito. », págs. 90 y 91. En la doctrina alemana, y entre otros, THOMAE, «Tilgung. », pág. 627.

(48) En tal sentido, *vid.* MOSCATI, loc. últ. cit.

(que no existe), lo que en realidad hace es pagar algo indebido (49). Por consiguiente, la aproximación entre las dos figuras no va más allá del hecho, meramente descriptivo, de la ejecución de una prestación a cargo de sujeto distinto al verdadero deudor (50). Por otra parte, una prestación es indebida no sólo cuando no exista relación obligatoria de ninguna especie, sino también cuando dicha prestación se dirige a una relación distinta, y tal es ciertamente la pretendida relación entre el *accipiens* y el tercero. Faltando toda ligazón entre el acto de este último y el débito ajeno, la prestación no extingue la obligación preexistente ni siquiera en forma precaria, de suerte que automática e inmediatamente surge en favor del *solvens* un derecho de repetición (51).

El hecho es que la prestación de tercero tiene eficacia solutoria sólo en cuanto consigue realizar, en sentido jurídico, el interés que constituye el sustrato material del derecho del acreedor (52). Este último tiene derecho a obtener una prestación idéntica incluso desde el punto de vista subjetivo (53): no basta, en efecto, la mera coincidencia objetiva entre la deuda que el *solvens* trata de extinguir y la que atañe al verdadero deudor, dado que es necesario, además, que la prestación se dirija a la relación que efectivamente existe entre las partes (54).

Solamente cuando se pueda identificar la relación ajena *en base a la referencia del «solvens»* (subrayado del traductor) podemos hablar, en sentido técnico, de cumplimiento por tercero; en cualquier otro caso, nos hallaríamos ante un pago indebido. El hecho de que con posterioridad la

(49) SCHLESINGER, «L'indebito...», pág. 67, llega a esta conclusión partiendo de la colocación del artículo 2.036 en el título relativo al «pago de lo indebido».

(50) En tal sentido, MOSCATI, «Pagamento...», pág. 189.

(51) El derecho del acreedor hacia el verdadero deudor queda imprejuizado, ya sea en el momento de la *solutio*, ya en el período de tiempo que va desde el momento del pago hasta el ejercicio de la *condictio* por el tercero (así, SCHLESINGER, «L'indebito...», pág. 70).

Todo lo que ha quedado dicho en el texto no significa que el pago indebido *ex persona debitoris* carezca de autonomía respecto al pago indebido objetivo, sino, simplemente, que el artículo 2.036 reafirma la validez del principio de la causalidad de las atribuciones patrimoniales en un caso, realmente complejo, de pago de lo indebido: cuando existe una relación obligatoria conectada a la persona del acreedor-*accipiens* (*vid.* nota 1).

(52) Así, textualmente, NICOLÒ, «L'adempimento...», pág. 37, opinión que suscribe MOSCATI, «Indebito...», pág. 91.

Solamente en caso tal la intervención del tercero constituye una causa de consumación de la relación obligatoria. Si se prescinde por un momento de la hipótesis de subrogación del *solvens* en los derechos del acreedor (art. 1.201), la prestación del tercero asume la misma función que la del cumplimiento por el deudor, dado que realiza el interés del acreedor y extingue la obligación del verdadero deudor (*vid.*, al respecto, y especialmente en la consideración de que el pago de la obligación supone solamente un hecho del deudor, la anterior nota 13).

(53) En tal sentido, *vid.*, por todos, THOMAE, «Tilgung...», pág. 627.

(54) *Vid.* NICOLÒ, «L'adempimento...», págs. 28 y 190.

prestación resulte irrepitable debido a la concurrencia de otros factores, no incide sobre la cualificación del supuesto de hecho (55). Remodeladas así las dos categorías (pago indebido subjetivo y cumplimiento por tercero), el problema de la inmediata repetibilidad de la prestación solamente podría ser planteado cuando falte o sea nula la declaración de referir el pago a una relación ajena (56). La declaración del *solvens* representa el punto de apoyo de toda la fenomenología del cumplimiento por tercero, toda vez que precisamente sobre esa declaración es por lo que tal figura asume naturaleza negocial (57), y por lo que la ley reconoce a la prestación

(55) Tal ocurriría, por ejemplo, cuando la irrepetibilidad suponga una «sanción» al comportamiento culposo del *solvens* que no se haya cerciorado previamente del estado de las cosas (*vid.* al respecto nuestro trabajo «Del pagamento...», cit., páginas 15 y 24-25).

(56) *Vid.*, en tal sentido. SCHLESINGER, «L'indebito», pág. 64. Y en torno a los efectos de una falta de declaración por parte del *solvens*, *vid. infra*, epígrafe 4, texto y nota 69.

(57) Así, RESCIGNO, «Ripetizione...», cit., pág. 1230, e *Incapacità naturale e adempimento*, Nápoles, 1950, pág. 252. *Vid.*, en el mismo sentido, BARBERO, *Sistema...*, cit., pág. 33 del vol. II, y NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milán, 1966, pág. 215. Este último autor reconstruye el cumplimiento por tercero como un negocio abstracto, en cuya base hallaríamos, según los casos, una liberalidad respecto al verdadero deudor o bien otra causa distinta. En la doctrina francesa, *vid.* CATALA, «La nature...», cit., págs. 265 a 267. Para algunos autores alemanes, de la naturaleza negocial del cumplimiento de la obligación ajena se deriva la consecuencia de que la declaración del *solvens* ha de ser interpretada según los criterios hermenéuticos contenidos en los parágrafos 133 y 157 del BGB; así, por todos, THOMAE, «Tilgung...», pág. 267, y ZEISS, «Leistung...», pág. 9.

Bajo el imperio del anterior Codice, NICOLÒ, en su citada obra *L'adempimento...*, págs. 160 y ss., había sostenido, con vigorosos argumentos, la naturaleza contractual del cumplimiento por tercero, reconstruyendo la figura como un supuesto de hecho complejo, compuesto de dos elementos, a saber: la declaración de voluntad de los sujetos y la efectiva imputación (*esplicazione*) por tercero de su actividad solutoria. Tesis que recientemente ha sido reasumida por SCHLESINGER, «L'indebito...», cit., pág. 64. RESCIGNO, en su «*Incapacità...*», págs. 231 y 232, lleva a cabo un planteamiento distinto, al entender que el cumplimiento por tercero asume, bajo la declaración de cumplir una deuda ajena, la misma función y la misma estructura del cumplimiento por parte del deudor, dado que el acto resulta, para el tercero, tan debido como lo hubiera podido ser para el verdadero deudor.

La reconstrucción de la figura como contrato (perfectamente válida bajo el imperio del anterior Codice) ha sido recientemente objeto de reexamen por parte de BARBERO, *Sistema...*, II, págs. 30 a 33. A la luz del actual sistema, parece preferible la tesis de la naturaleza del acto negocial unilateral, habida cuenta de que el cumplimiento por tercero puede tener lugar incluso contra la voluntad del acreedor, siempre y cuando éste no tenga un especial interés en que sea precisamente el deudor quien tenga que cumplir la prestación (art. 1.180, 1). Si, en efecto, no existe semejante cualificado interés, el acreedor no está legitimado para rehusar la *solutio* del tercero; si el acreedor rehúsa injustificadamente, el tercero puede recurrir a la oferta real o al depósito de la cosa debida, con eficacia liberatoria para el verdadero deudor (art. 1.210, 2). *Vid.* al respecto NATOLI, «L'attuazione...», pág. 222. Por otra parte, es de advertir que la eventual adhesión del acreedor a la declaración del tercero resulta irrelevante desde el punto de vista jurídico, dado que no refuerza en modo alguno la intervención de éste, ni se combina con dicha decla-

de tercero la misma función solutoria que la del cumplimiento por el verdadero deudor (58).

Con todo lo hasta ahora expuesto no tratamos de afirmar que el error del *solvens* carezca, siempre y en todo caso, de relevancia jurídica; tratamos solamente de precisar que el tipo de error que atañe al cumplimiento por tercero no es el que recae sobre el carácter ajeno de la obligación, sino el que atañe a la individualización de la persona del acreedor o a una de las modalidades del contenido de la obligación, siempre considerada ajena (59). Si, por el contrario, el tercero declara que cumple una presunta deuda propia, está fuera de lugar hablar de cumplimiento ajeno (60), pues se trataría de pago indebido subjetivo *ex latere solventis*. Cuando la declaración del *solvens* sea anulable, por haber sido emitida bajo amenazas del verdadero deudor, sabiéndolo el acreedor-*accipiens* (61), o sin haber estado en disposición de valorar exactamente el alcance de esa declaración (62), la prestación conserva su aptitud para extinguir la relación ajena (63). Sólo como consecuencia de la anulación del negocio deviene sin causa la prestación del tercero, pues efectivamente la anulación incide sobre uno de los elementos del supuesto que justificaba la atribución llevada a cabo en favor del acreedor, de suerte que así vuelve a revivir la preexistente relación entre el *accipiens* y el verdadero deudor (64).

ración hasta el punto de formar un negocio jurídico bilateral. *Vid.* al respecto recientemente MOSCATI, «Pagamento» .., cit., págs. 187 y 188, nota 19.

(58) Así, por todos, NICOLÒ, *L'adempimento* .., pág. 38, y RESCIGNO, «Incapacità...», págs. 231 y 232. En la doctrina extranjera. CATALA, «La nature ..», página 265. *Vid.* también, *supra*, nota 13.

Por otra parte, es precisamente esta declaración, dirigida al acreedor, la que legitima al *accipiens* a rehusar la prestación, cuando existe un interés especial y cualificado para recibirla precisamente del verdadero deudor (art. 1.180, 1), o cuando el acreedor haya manifestado su expresa oposición a la intervención de tercero en la relación obligatoria (art. 1.180, 2). Sobre el poder del acreedor de rechazar el pago, *vid.*, por todos, NATOLI, *L'attuazione...*, I, págs. 216 y ss., y CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Nápoles, 1968, págs. 196 y ss.

(59) En tal sentido, *vid.* G. MIRABELLI, *L'atto...*, pág. 247. G. ANDREOLI, *Apunti...*, pág. 148, nos habla de otro posible caso de cumplimiento por tercero en el que la voluntad está viciada de error. Tal ocurriría cuando el *solvens* declara cumplir la prestación en calidad de tercero, pensando que es otro el verdadero deudor, cuando en realidad lo es él mismo.

(60) NICOLÒ, *L'adempimento* .., pág. 207.

(61) El ejemplo es de SCHLESINGER, «L'indebito...», pág. 66. A destacar, en todo caso, que siempre que la declaración del tercero se halle viciada de error, el acreedor está legitimado para rehusar la prestación que se le ofrece.

(62) RESCIGNO, *Incapacità* .., cit., pág. 234, considera, por el contrario, que difícilmente llega a distinguirse del de pago erróneo de deuda ajena, de suerte que quizá fuese preferible en todo caso conceder inmediatamente al *solvens* la acción de repetición.

(63) En tal sentido, SCHLESINGER, «L'indebito...», pág. 64.

(64) Así, textualmente, SCHLESINGER, loc. últ. cit. En caso de anulación de la declaración del tercero, si hubiese tenido lugar ya la subrogación del *solvens*, ésta caducará juntamente con la *solutio*, que constituye su necesario presupuesto.

EL PAGO INDEBIDO SUBJETIVO «EX LATERE SOLVENTIS»

(CONCLUSION).

ANALISIS DEL CASO DE PAGO INDEBIDO QUE SATISFACE
EL INTERES DEL ACREEDOR. MECANISMO QUE PERMITE
INCIDIR SOBRE UNA RELACION AJENA

La investigación que hemos emprendido no permite trazar un cuadro exhaustivo de relaciones entre las dos figuras si olvidásemos citar el hecho de que algunas veces la prestación de tercero, aunque dirigida hacia una presunta deuda propia, se imputa por la ley a la verdadera relación existente entre el *accipiens* y el verdadero deudor. Esta eficacia para satisfacer el interés del acreedor, excepcionalmente reconocida a la prestación, no supone, empero, una diversa cualificación del hecho. En efecto: no puede hablarse, en sentido técnico, de cumplimiento de obligación ajena, desde el momento que se excluye la posibilidad, incluso como efecto eventual de la realización del interés del acreedor, de que quede liberado el verdadero deudor, aunque quede en pie, siempre que sea irrepetible la prestación ejecutada *sine causa*, la subrogación del *solvens* en los derechos del acreedor satisfecho. Por otra parte, la necesidad de que concurren ciertas circunstancias, algunas de las cuales son extrañas al comportamiento del tercero o simplemente posteriores al hecho de la *solutio* (65), ayuda a confir-

Sin embargo, si el verdadero deudor, a su vez, ha pagado de buena fe al tercero, queda liberado frente al acreedor originario en los términos del artículo 1.189, pudiendo así ser configurada una hipótesis de pago al acreedor aparente (*rectius*: al tercero que ha cumplido una obligación ajena). *Vid.*, al respecto, NICOLÒ, *L'adempimento*, .., pág. 208, nota 22.

(65) Piénsese, junto al hecho del *accipiens* que de buena fe se ha desprendido del título o de las garantías del crédito, en la adquisición por parte del *solvens* de la legitimación pasiva, o en la ratificación del comportamiento del tercero. Según THOMAE, «Tilgung.», pág. 627, en estos casos tendríamos una especie de convalidación del acto dispositivo, habida cuenta de que la prestación ejecutada, aun teniendo como objetivo la presunta relación entre el *solvens* y el acreedor, sería apta para incidir sobre la relación *accipiens*-acreedor, con la consecuencia de que el tercero podrá actuar contra este último. Estableciendo un paralelo con el caso de la ratificación del pago efectuado al no acreedor en el pago indebido *ex persona creditoris* (*vid.*, *infra*, epígrafes 5 y ss de este trabajo), THOMAE considera posible que el verdadero deudor ratifique la actividad del *solvens*. De esta suerte, el cumplimiento de la presunta deuda propia se transformaría en cumplimiento por tercero. La tesis de THOMAE ya había sido anteriormente planteada en términos de Derecho común, siendo calificado el caso como *gestión de negocios*. *Vid.* ÖRTMANN, «Die Zahlung fremder Schulden», en *Arch. f. civ. Praxis*, 1894, págs. 367 y ss., especialmente 465. A destacar, no obstante, que la mayoría de la doctrina alemana actual se inclina por la solución negativa. En tal sentido, *vid.*, por todos, G. MATER, «Irrtümliche...», pág. 101; VON CAEMMERER, «Irrtümliche», pág. 151, nota 49, y ESSER, *Schuldrecht*, II, pág. 349.

mar la tesis de que la prestación, no acompañada de una referencia expresa o tácita a la relación ajena, no es apta para producir los mismos efectos que el cumplimiento por el deudor, y de que al mismo tiempo el interés del acreedor ha sido satisfecho solamente desde el punto de vista económico, toda vez que la prestación recibida no puede ser considerada exacta en el aspecto subjetivo (66) (adición del traductor: y jurídico).

Queda aún por identificar el medio técnico a través del cual la prestación llevada a cabo por tercero pueda incidir sobre una relación distinta de aquella a la que previamente había sido imputada la prestación. La solución no parece fácil, desde el momento en que no podemos contar con un criterio legal para la identificación de la relación obligatoria. Es evidente que si el tercero manifiesta que refiere su prestación a una presunta deuda propia, no se puede atribuir a su voluntad relevancia alguna para la determinación, solutoria o no, que haya de asignarse a la prestación (67). No menores son las dificultades que aparecen cuando el tercero no declara a qué relación, propia o ajena, trata de referir su prestación. O en caso de disenso entre *solvens* y *accipiens* acerca de la función de dicha prestación. Por ejemplo: A cumple una prestación en favor de B, considerándose deudor a título de mutuario; B, por el contrario, es acreedor de C, por un título distinto (68). En el primer caso, la falta absoluta de cualquier tipo de referencia, expresa o tácita, a la deuda ajena impide que

En nuestro Ordenamiento jurídico resulta verdaderamente difícil la plena acogida de la tesis de THOMAE. En primer lugar, hay que tener en cuenta que el tercero no ha actuado en interés del verdadero deudor, desde el momento en que creía estar pagando una deuda propia. Faltan, por consiguiente, los presupuestos de la gestión de negocios, tanto más cuanto que ni siquiera cabría reconocer al *solvens* el carácter de *falsus procurator* del verdadero deudor. En todo caso, admitiendo que pueda hablarse de cumplimiento de tercero en sentido técnico, queda en pie el problema de la protección al *solvens*, al no poder actuar en repetición contra el acreedor satisfecho. Si, en efecto, el tercero no se ha subrogado en los derechos del *accipiens*, termina por tener a su disposición solamente la acción de enriquecimiento.

(66) La subrogación *ex lege* del *solvens* en los derechos del acreedor es la prueba más elocuente de la falta de una satisfacción, incluso en sentido jurídico. *Vid.*, por todos, THOMAE, «Tilgung.», pág. 627.

(67) La prevalencia, normalmente reconocida a la voluntad del *solvens*, de individualizar la relación (art. 1.193, 1), y, más en general, de determinar la *función de la prestación* (subrayado del traductor), es una manifestación más del principio del *favor debitoris*, acogido por el vigente Codice (Tal es la opinión de NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, Milán, 1967, pág. 189.) El *accipiens*, en efecto, puede rehusar la prestación, pero no puede asignarle una función distinta. En tal sentido, *vid.*, entre otros, SCHLESINGER, «La ratifica», pág. 41, nota 13.

(68) El ejemplo es de SCHLESINGER, en la obra últimamente citada, pág. 40. Este autor se pregunta si B puede negarse a restituir la prestación a A, cuando de buena fe se haya desprendido del título o inutilizado las garantías del crédito, o cuando A haya procedido culposamente en la valoración de la realidad de los hechos.

la prestación produzca los efectos típicos del cumplimiento por tercero, al no quedar suficientemente determinada la relación a la que se imputa la *solutio* (69). En el segundo caso, y debido al disenso entre las partes, tampoco existe la posibilidad de una realización objetiva del interés del acreedor, por lo cual, en rigor, se debería excluir cualquier posibilidad de referir la prestación a la relación en que el *accipiens* es parte (70).

El problema que acabamos de denunciar resultaría probablemente insoluble si se razona en términos de cumplimiento por tercero, toda vez que siendo indispensable una referencia a los sujetos de la obligación, jamás podría existir conformidad entre la prestación cumplida y la debida al acreedor (71). Por el contrario, la disciplina del artículo 2.036 demuestra que para justificar la irrepitibilidad de la prestación no es necesario mirar al verdadero deudor; la ligazón entre la *solutio* del tercero y el crédito del *accipiens* ha de apoyarse en un criterio distinto al de la voluntad del *solvens*. Naturalmente, tratándose de prestación no debida, no es suficiente un criterio meramente objetivo de identificación de la relación: es necesario, además, un *nexo de naturaleza exquisitamente subjetiva* (72) (subrayado del traductor; frase textual del autor).

Remitiéndonos a todo cuanto hemos dicho anteriormente en orden a la tutela de la seguridad del *accipiens*, y a la irrepitibilidad de la prestación como sanción al comportamiento culposo del *solvens* (73), nos parece fuera de lugar fijar nuestra atención en la relación que el tercero haya tenido *in mente*; antes bien, conviene precisar si el acreedor ha considerado que la prestación recibida se refería precisamente a su derecho en relación con el verdadero deudor (74). La demostración de esto podría

(69) En el caso expuesto, el *accipiens* no está en disposición de darse cuenta de si el tercero trata de cumplir una deuda ajena o una presunta deuda propia. Así opina RESCIGNO, *Ripetizione...*, pág. 1231, e *Incapacità...*, pág. 219. En idéntico sentido, y entre otros, THOMAE, «Tilgung. .», pág. 627, y MOSCATI, «Pagamento. .», pág. 188. *Vid.* igualmente los autores citados *supra* en la nota 40.

(70) El disenso entre las partes, en orden a la función que se debe asignar a la prestación, es suficiente, según algunos autores alemanes, para el ejercicio de la *condictio* contra el *accipiens*. *Vid.*, por todos, VON CAEMMERER, «Irrtümliche. .», pág. 150. SCHLESINGER, en «La ratifica. .», pág. 40, se pregunta si es posible, sobre la base de la intención de una sola de las partes interesadas, ligar la prestación del tercero con la relación jurídica realmente existente.

(71) Observación de SACCO, «Quale azione. .», pág. 238, y, en el mismo sentido, SCHLESINGER, «La ratifica. .», pág. 37.

(72) Tal SACCO, *ob. últ. cit.*, pág. 239. *Vid.* igualmente G. ANDREOLI, «Appunti. .», págs. 136 y 137, al considerar, con toda razón, la necesidad de conjurar los criterios de identidad objetiva y subjetiva, este último desde el ángulo visual activo.

(73) En este punto, permítasenos remitirnos a nuestro estudio «Del pago. .», cit., págs. 14 y 15, así como a la nota 1. *supra*. A la *ratio* del artículo 2.036 se remiten igualmente SACCO, «Quale azione. .», pág. 239, y SCHLESINGER, «La ratifica. .», pág. 40.

(74) Tal SACCO y SCHLESINGER, obras últ. citadas. De una interpretación conjunta de los artículos 2.036 y 1.189 se deduce el principio de que, al faltar la

venir dada a través de cualquier medio de prueba, incluso a través de hechos concluyentes, como el ejercicio privado del título o de las garantías del crédito, o por haber subrogado a un tercero en sus derechos frente al deudor. De todas formas, se trata de una mera cuestión de hecho, que habrá de ser resuelta caso por caso (75).

EL PAGO INDEBIDO SUBJETIVO «EX LATERE ACCIPIENTIS».

PAGO A UN TERCERO NO LEGITIMADO Y DINAMICA DE LA OBLIGACION. EXAMEN ESPECIAL DE LA RATIFICACION DEL PAGO EFECTUADO EN FAVOR DEL NO ACREEDOR

El estudio del pago indebido *ex latere accipientis* replantea la misma problemática que acabamos de exponer: la de individualizar la relación obligatoria a la que se imputa la prestación. También aquí tenemos, por así decirlo, una intromisión del tercero en una relación ajena, dado que la situación que ahora se crea es, en cierto sentido, inversa a la que constituye el sustrato del pago indebido *ex persona debitoris* (76). La discordancia en los sujetos de la obligación afecta ahora al lado activo de la relación obligatoria, toda vez que la prestación se dirige a sujeto distinto del verdadero acreedor o de la persona legitimada para recibir el pago (art. 1.188, apartado 1). Pero este punto de conexión con el pago indebido *ex persona debitoris* no basta por sí solo, sin más elementos exegeticos o sistemáticos, para justificar la elaboración de una segunda categoría de pago indebido subjetivo. Si en este concretísimo caso de pago a tercero (77)uviésemos.

causa de la atribución, la eventual irrepitibilidad de la prestación se justifica en base a la intención del sujeto, que es parte de la relación obligatoria realmente existente, es decir: el *accipiens* en el pago indebido *ex persona debitoris* y el *solvens* en el pago indebido *ex persona creditoris*. En la doctrina alemana, se considera que en las relaciones trilaterales el objeto de la prestación debe ser determinante desde el punto de vista del *accipiens*. En tal sentido, *vid.*, entre otros, ZEISS, «Leistung...», pág. 9; ESSER, *Schuldrecht*, II, págs. 350 y 351; KUNISCH, *Die Voraussetzungen...*, págs. 31 y 32, en cuyas notas 110 y 111 se cita ulterior bibliografía. En la jurisprudencia alemana, *vid* la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 31 de octubre de 1963.

(75) En tal sentido, SACCO, «Quale azione. », pág. 239.

(76) Así, por todos, THOMAE, «Tilgung. », pág. 627.

(77) Del «pago a tercero» se puede hablar bajo una doble acepción. La primera de ellas se refiere a todos los casos en que el deudor, que ejecuta la prestación en favor (*nelle mani*) de sujeto distinto al acreedor, cumple exactamente el tenor de la obligación; tal sería la noción de pago a tercero en sentido técnico. Pero he aquí que también cabría hablar de «pago a tercero» para señalar el simple hecho de que la prestación ha sido recibida por quien no es su destinatario en el sentido del artículo 1.188, 1, aunque con posterioridad el deudor resulte liberado por el concurso de ulteriores circunstancias, o aunque surja para el tercero una obligación de restituir al *solvens*. En estos dos últimos casos, el supuesto de

en cualquier hipótesis y como único efecto, el del nacimiento del derecho a la repetición en favor del *solvens*, es evidente que quedaría confirmada la opinión de cuantos, en la doctrina italiana, sostienen que el pago indebido *ex persona creditoris* es una categoría dogmática inútil, al estar privada de toda relevancia respecto a la del pago indebido objetivo (78).

En el caso que ahora nos ocupa, es innegable que el *solvens* cumple con su deber solamente en apariencia: aun cuando él sea el verdadero deudor, de forma que exista una *causa solvendi* válida, la prestación ejecutada no es conforme, desde el punto de vista del destinatario, al contenido de la obligación (79), con lo cual no puede tener lugar el efecto típico de la *solutio*, es decir: la extinción de la relación obligatoria.

A pesar de todo, parece que en ciertos casos el Derecho vigente ofrece cierta base para afirmar la tesis de una autonomía dogmática del pago indebido *ex persona creditoris* (80). La *ratio* de aproximación entre las dos figuras del pago indebido subjetivo radica en el hecho de que la prestación efectuada en favor de un tercero no legitimado para recibirla puede incidir sobre la relación obligatoria constituida entre el *solvens* y el verdadero acreedor. Se trata de casos concretos, en los que el legislador, por razones distintas en cada hipótesis, no solamente reconoce al *solvens* el derecho a repetir, sino que, además, atribuye a la *solutio* la facultad de extinguir la relación obligatoria, configurando así una serie de supuestos de hecho muy distintos del cumplimiento en sentido técnico (81).

Uno de los medios de alcanzar este efecto liberatorio es la ratificación, por el verdadero acreedor, del pago efectuado al no acreedor; con ello se da relieve y trascendencia a la actividad del deudor, cuando ésta se dirige

hecho viene calificado como pago indebido *ex persona debitoris*. Al segundo significado de la expresión «pago a tercero» van dedicados éste y los sucesivos párrafos (subrayado del traductor). Acerca del doble significado de la expresión «pago a tercero», *vid.* SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milán, 1961, pág. 1. y AGHINA, «Il destinatario...», pág. 81.

(78) *Vid.* en tal sentido los autores citados *supra*, notas 3, 5 y 6.

(79) Sobre este punto, *vid.*, entre otros, SCHLESINGER, «La ratifica...», pág. 48, e *Il pagamento...*, pág. 148; AGHINA, «Il destinatario...», págs. 82 y 83, y, recientemente, MOSCATI, «Pagamento e ripetizione dell'indebito», *cit.*, págs. 87 y 88.

(80) La existencia en nuestro Ordenamiento de la figura del pago indebido *ex persona creditoris*, junto a la del pago indebido *ex persona debitoris*, viene dada, con toda certeza, de una interpretación conjunta de los artículos 1.188, 2, y 1.189. Tal piensan, entre otros, GRECO, «Ripetizione...», pág. 38, e «Il pagamento...», pág. 243; SCHLESINGER, «La ratifica...», pág. 38 y nota 6, y AGHINA, «Il destinatario...», pág. 110, nota 84. La doctrina dominante, sin embargo, sustenta la opinión contraria, como hemos visto antes. *Vid.*, por todos, ANDREOLI, «Appunti...», pág. 142. Más citas doctrinales y jurisprudenciales, *supra*, notas 5 y 6.

(81) Así, textualmente, SCHLESINGER, *Il pagamento...*, pág. 135, y AGHINA, «Il destinatario...», pág. 81.

hacia una relación distinta (e inexistente) (82). El mismo artículo 1.188, en su apartado 2, contempla una segunda hipótesis: que el verdadero acreedor se haya aprovechado, incluso indirectamente, de la prestación del tercero (83). Otros casos, en fin, nacen del propio sistema: así, la adquisición del crédito por parte del *accipiens*, la sucesión *mortis causa* del tercero en los derechos del verdadero acreedor, o viceversa (84). Especial mención, dentro de este cuadro, merece el problema del pago al acreedor aparente, aunque no sea más que como consecuencia de su reflejo sobre el problema de la legitimación del verdadero acreedor frente al *accipiens* (85).

El desfase entre las personas del *accipiens* y el destinatario de la prestación no impide que la ley, en base a un mecanismo no distinto al que hemos visto para el pago indebido *ex latere solventis* (86), conecte el pago a la relación auténtica. A través del concurso de una serie de circunstancias, las más de las veces posteriores a la *solutio*, la prestación es válida para satisfacer en algún modo el interés del acreedor, aun cuando se dirija

(82) En tal sentido, *vid.* SCHLESINGER, «La ratifica », pág. 38, donde analiza las razones que permiten referir el artículo 1.188, 2, incluso a la hipótesis de tercero no legitimado que recibe la prestación como suya. En contra, STOLFI, «In tema di palidit  di pagamento», en *Appunti sugli artt. 1.188 e 1.189 Cod. civ., Riv. Dir. Civ.*, 1971, I, pág. 23. Para STOLFI, el artículo 1.188, 2, se refiere solamente al caso de prestación recibida por el *falsus procurator*. Lo mismo opinan SCHLESINGER y NATOLI, *L'attuazione*, II, págs. 167 y 168. Para NATOLI, la ratificación por parte del verdadero acreedor viene a ser como una renuncia a aprovecharse de la ineficacia del pago hecho a tercero. Evidentemente, más que de una verdadera ratificación, en el sentido del artículo 1.399, se trata de una especie de *convalidación*. *Vid.*, al respecto, *infra*, nota 88.

(83) Existe provecho del acreedor siempre que, de la prestación cumplida por el deudor en favor de tercero, obtenga una ventaja (*profitio*) que, desde un punto de vista objetivo, pueda ser considerada equivalente a la que hubiera obtenido con el cumplimiento exacto (así, SCHLESINGER, *Il pagamento*, pág. 168; AGHINA, «Il destinatario...», pág. 111, etc.). La noción de «provecho» a que alude el artículo 1.188, 2, difiere del concepto de «utilidad» (*vantaggio*) al que aluden el artículo 2.039 y una serie de normas legales cuyo común denominador es la tutela de los incapaces (arts. 1.190, 1.443, 1.769, 2, y 1.950 *in fine*). La noción de «utilidad» parece remitirse a criterios t picos de administración (y así opina NATOLI en su obra *L'attuazione*... II, pág. 168), de forma que convendría examinar y fijar, caso por caso, el destino específico de cada prestación (adición del traductor: de *dare*) que ya ha entrado a formar parte del patrimonio del incapaz (en tal sentido, *vid.* MOSCATI, «Pagamento e ripetizione », pág. 98, y «Del pagamento dell'indebito. », *cit.*, pág. 70). La «utilidad» aparece, en consecuencia, como un criterio de valoración mucho más estricto que el de «provecho»; en este último, han de ser tenidos muy en cuenta, de una parte, el inmediato retorno a la esfera del verdadero acreedor de lo recibido por el tercero, y, de otra, cualquier otro posible destino de la prestación, que de cualquier forma le resulte favorable, por ejemplo: la liberación de una pasividad, o la eliminación de un peligro de daño a las personas o a las cosas (textualmente, NATOLI, *ob. cit.*, págs. 168 y 169).

(84) Más detalladamente, *vid.* SCHLESINGER, «La ratifica », pág. 38, nota 5.

(85) *Vid. infra*, epígrafe 7.

(86) *Vid. infra*, nota 106.

a sujeto no legitimado para recibirla. En este sentido, la ratificación del pago efectuado a persona distinta del acreedor puede ser considerada con razón la hipótesis paradigmática: la aprobación del verdadero acreedor equivale a afirmar que para él la prestación llevada a cabo en favor de tercero es exactamente la misma que le era debida (87).

De ello se deduce que los efectos de la atribución efectuada en favor del receptor (atribución que en estricto rigor debería ser considerada como pago indebido, al no existir causa alguna del desplazamiento patrimonial) se consolidan definitivamente en la esfera del tercero (88). Al mismo tiempo, y como consecuencia de la ratificación, aparece una segunda relación (entre el tercero y el verdadero acreedor), añadida a la primitiva entre los sujetos de la obligación (89). De esta suerte, se crea *ex post* una situación que no difiere en sustancia del fenómeno de las atribuciones indirectas (90), dado que el desplazamiento patrimonial entre las esferas del deudor y el tercero se justifica no en base a la (presunta) relación existente entre ellos, sino en virtud de la relación que se viene a constituir entre cada uno de ellos y el verdadero acreedor, que es, en definitiva, el centro propulsor de este mecanismo, desde el momento que, precisamente como consecuencia de su intervención, vienen a producirse los efectos típicos del cumplimiento por el deudor (91). Naturalmente, la liberación del *solvens* no deja de repercutir, a su vez, sobre el ejercicio de la *condic-*

(87) Así, SCHLESINGER, *Il pagamento*..., pág. 168, y «La ratifica...», págs. 43 y 44, y AGHINA, «Il destinatario...», pág. 111.

(88) Algunos autores alemanes han puesto en tela de juicio la posibilidad de ratificar el pago efectuado a persona que no es acreedora; en tal sentido, *vid.*, por todos, ESSER, *Schuldrecht*, II, pág. 375. De ello se inferiría que el verdadero acreedor conserva todos sus derechos frente al *solvens*, el cual podría, a su vez, actuar contra el *accipiens*. Para un nuevo y total replanteamiento del problema, *vid.* ROTH, «Ist eine Genehmigung bei par. 816 II möglich?», en *Juristen Zeitung*, 1972, páginas 150 y ss., esp. 153, donde se propugna una solución más bien restrictiva. En el sentido del texto, *vid.*, por el contrario, KUNISCH, *Die Voraussetzungen...*, página 145, y *supra*, nota 82.

(89) Así, KUNISCH, *loc. cit.*

(90) En las atribuciones indirectas, una sola prestación vale para realizar y hacer efectivas dos relaciones jurídicas distintas, a saber: la que existe entre el *solvens* y el acreedor y la existente entre este último y el *accipiens*. Dicho con otras palabras: un solo desplazamiento patrimonial realiza dos atribuciones: del *solvens* al verdadero acreedor y de éste al tercero. En el caso que se examina en el texto, falta la justificación causal de la atribución llevada a cabo por el acreedor al *accipiens*, de suerte que deberían entrar en acción los *instrumentos de reacción* contra desplazamientos patrimoniales injustificados. La ratificación del verdadero acreedor elimina la falta de causa de la atribución del verdadero acreedor en favor de tercero (*vid.* SCHLESINGER, *Il pagamento*..., págs. 41 a 43).

(91) Acerca del tema, *vid.*, por todos, NICOLÒ, *L'adempimento*..., págs. 129 y ss. La doctrina alemana distingue tradicionalmente dos categorías de atribuciones indirectas: pago por medio de tercero (*Leistung eines Dritten*) y pago a tercero (*Leistung mittels eines Dritten*). En tal sentido, *vid.* ESSER, *Schuldrecht*, II, páginas, 344 a 348. *Id.*, igualmente, *supra*, nota 2 de este trabajo.

tio indebiti. Pero de esto deberemos ocuparnos analíticamente, toda vez que, bajo el imperio del actual *Codice*, algunos autores han replanteado la añeja cuestión de la legitimación del verdadero acreedor frente al *accipiens* (92).

EL PAGO INDEBIDO SUBJETIVO «EX LATERE ACCIPIENTIS»

(CONTINUACION).

EL PAGO INDEBIDO EX PERSONA CREDITORIS COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DE UN MAS AMPLIO SUPUESTO DE HECHO DE EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES. MECANISMO DEL PAGO HECHO AL ACREEDOR APARENTE. HETEROGENEIDAD DE LA CATEGORIA DEL PAGO INDEBIDO EX PERSONA CREDITORIS

La autonomía dogmática del pago indebido *ex persona creditoris*, en relación con el pago indebido objetivo, es el reflejo de una relación obligatoria que afecta al autor de la prestación. Si, en efecto, es cierto que el pago hecho a persona no legitimada para recibirlo se halla carente en absoluto de eficacia extintiva directa, no es menos cierto que, en algunos casos, la *solutio* adquiere un relieve propio, como elemento constitutivo de un supuesto de hecho más amplio, del cual viene a formar parte como antecedente indispensable (93). No ocurre lo mismo en el caso del pago indebido objetivo: aquí, por ejemplo, resultaría jurídicamente irrelevante la ratificación de la conducta del *solvens* por parte del pretendido acreedor (94), al faltar por completo una relación jurídica a la que pudiera ser imputada la prestación.

La relevancia del pago indebido *ex persona creditoris* viene reforzada

(92) *Vid*, *infra*, epígrafe 7.

(93) Así, SCHLESINGER, «La ratifica ..», pág. 38, nota 6, e *Il pagamento* .., páginas 166 y 167.

(94) SCHLESINGER, «La ratifica ..», págs. 49 y 50, opina lo contrario: la eficacia de la ratificación proveniente del tercero comportaría, por un lado, que éste adquiera la legitimación pasiva de la *condictio* ejecutada por el *solvens*, y, por otro lado, el derecho de actuar contra el *accipiens* para lograr la restitución de todo cuanto del *solvens* haya obtenido. A este original y agudo planteamiento cabría objetar que, así las cosas, se vienen a complicar en gran medida las relaciones *solvens-accipiens*. En efecto, creemos que la eventual eficacia de la ratificación por parte de tercero debería conducir únicamente a una sucesión de éste al *accipiens* en la titularidad de la obligación de restituir: el tercero no puede pretender nada del *accipiens*, dado que es libre de intervenir o no en la relación (de prestación) existente entre el *solvens* y el *perceptor*. Es innegable, en todo caso, que, sobre la base de nuestra opinión, la ratificación termina por resolverse en una atribución a título gratuito a favor del *accipiens*.

por la propia autonomía normativa, que, sin duda, necesita dar reconocimiento, dentro de ciertos límites, a esta figura: de la misma manera que el artículo 2.036 constituye la base del pago indebido *ex persona debitoris*, se deduce del artículo 1.188, 2, la existencia de una segunda forma de pago indebido subjetivo (95). Se supera así la objeción de algunos autores, para los cuales ya no podría existir, tras la desaparición de una disposición como la del artículo 1.145 del anterior *Codice*, regulación alguna de este fenómeno en el Derecho vigente (96). No parece posible, en efecto, negar que en las dos hipótesis previstas por el artículo 1.188, 2, existe un verdadero y auténtico pago de lo indebido (97). La separación entre el momento de la *solutio* del tercero y aquel en que se produce el efecto extintivo demuestra que la prestación carece de *causa solvendi* en relación con el *accipiens*. Reiterando lo dicho hace poco²: la liberación del deudor se debe al concurso de circunstancias posteriores al hecho del pago: la ratificación del acto del *solvens* o el provecho que de cualquier forma obtenga el verdadero acreedor (98).

Análogas consideraciones cabría hacer en orden al pago hecho al acreedor aparente, institución regulada en el artículo 1.189, y que constituye otra de las hipótesis invocadas para sostener la autonomía del pago indebido *ex persona creditoris* (99). También en este caso es innegable que la prestación se ha efectuado en favor de un tercero no legitimado para recibirla, desde el momento en que es la propia ley la que habla de «legitimación aparente». La liberación del deudor no es automática, sino subordinada a la existencia de algunos requisitos ulteriores. (100). *Solamente con el concurso de todas estas circunstancias puede justificarse la prevalencia del interés del solvens (extinción de la obligación) sobre el del verdadero acreedor* (lograr la prestación) (101) (subrayado del traductor).

(95) En tal sentido, SCHLESINGER, «La ratifica . . .», pág. 38, nota 6, y AGHINA, «Il destinatario...», pág. 110, nota 84.

(96) Los artículos 1.145 y 1.146 del *Codice* anterior se referían al pago indebido subjetivo en su conjunto; concretamente, el 1.145 se ocupaba de la condición psicológica del *accipiens indebiti*, estableciendo la irrelevancia, a efectos de repetición, de su estado de buena o mala fe. Acerca de este punto, *vid.* CARNELUTTI, «Prova dell'errore per la ripetizione dell'indebito», en *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1958, II, págs. 81 y ss., esp. 83.

(97) SCHLESINGER, *Il pagamento...*, pág. 167.

(98) *Vid.*, entre otros, al respecto, SCHLESINGER, *ob. cit.*, págs. 166 y 167, y AGHINA, «Il destinatario . . .», pág. 110.

(99) . . . sobre todo por parte de GRECO, «Ripetizione . . .», pág. 38, e «Il pagamento . . .», pág. 243, y SACCO, «Quale azioni . . .», pág. 242. *Vid.* recientemente BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Nápoles, 1964, págs. 143 y 177. Autores como SCHLESINGER y AGHINA dan mayor importancia, a efectos de autonomía de la figura, al artículo 1.188, 2.

(100) AGHINA, «Il destinatario . . .», pág. 113.

(101) Sobre este punto, *vid.*, entre otros, FALZEA, epígrafe «Apariencia», en *Enc. del Dir.*, II, Milán, 1958, págs. 682 y ss., esp. la 698, y las citadas obras de SCHLESINGER y AGHINA, *loc. ult. cit.*

La ley, evidentemente, ni obliga ni autoriza al deudor a pagar al aparentemente legitimado: se limita a tutelar la buena fe no negligente (*incolpevole*) del *solvens* (102). Cuando éste no se haya cerciorado bien del estado efectivo de las cosas o haya pagado a quien aparece legitimado por circunstancias evidentes, aunque el *solvens* conozca la falta de legitimación del *accipiens*, jamás podrá tener lugar la extinción de la obligación respecto al verdadero acreedor y vendrá obligado a pagar por segunda vez (103).

Por el contrario, la valoración del comportamiento del deudor cambia radicalmente cuando la aparente legitimación del *accipiens* concurre con la buena fe no negligente del *solvens*, dado que la prestación, aun cuando ha sido indebidamente recibida por tercero, es considerada por la ley como una auténtica y verdadera realización de la obligación (104). Existen, en efecto, elementos objetivos válidos para admitir que la prestación sea imputada a la verdadera relación (105); como consecuencia de la exacta identificación de la relación obligatoria (106), el pago sirve para

(102) La buena fe no solamente ha de ser excusable (*incolpevole*), sino también demostrada por el *solvens*; mas he aquí que también es necesaria la presencia de un elemento objetivo, representado por la situación de apariencia. Acerca de este punto. *vid.*, por todos, GIORGIANNI, epígrafe «Acreedor aparente», en *No-viss. Dig. it.*, IV, Turín, 1959, págs. 1156 y ss.; SCHLESINGER, «La ratifica.», página 41, e *Il pagamento*, pág. 140; AGHINA, «Il destinatario...», pág. 115, texto y nota 100, etc. Más concretamente, FALZEA, en su citada obra, pág. 698, opina que la buena fe excusable cumple una función convalidadora, al suplir la carencia de legitimación del *accipiens*.

(103) *Vid.* SCHLESINGER, *Il pagamento*, pág. 145, nota 19, y AGHINA, «Il destinatario», págs. 113 a 115, nota 104, con citas jurisprudenciales.

(104) Una vez cumplido el acto, ya no existe diferencia alguna sustancial entre legitimación aparente y legitimación sustancial, a efectos de liberación del *solvens*. (Tal opina SCHLESINGER, *Il pagamento*..., pág. 144.) Tal diferencia aparece, por el contrario, antes de ser ejecutada la prestación; la irrelevancia de la legitimación aparente hasta el momento de la *solutio* en manos de tercero consiente al deudor rechazar el pago que le exija el que aparece legitimado para recibirlo sobre bases aparentemente incuestionables (*in base a circostanze univoche*).

(105) Así, SCHLESINGER, *Il pagamento*..., págs. 140 y 141; MOSCATI «Pagamento e ripetizione», pág. 89, y G. MAIER, «Irrtümliche», págs. 106 y 107. La cualidad de legitimado aparente, por parte del *accipiens*, es un elemento de hecho que justifica, sobre bases objetivas, la buena fe del *solvens*. Acerca de este extremo, *vid.* NICOLÒ, *L'adempimento*, pág. 54.

(106) El problema de la identificación de la relación obligatoria sigue sin ser resuelto en los casos contemplados por el artículo 1.188, 2, y más concretamente cuando el *solvens* haya ejecutado la prestación en favor de tercero por considerar que es éste el verdadero acreedor. STOLFI, en la página 23 de su citado trabajo «In tema di paliditá...», considera que este caso, en el que el tercero recibe la prestación en nombre propio, es ajeno por completo al supuesto de hecho contemplado por el artículo 1.188, 2, que se refiere única y exclusivamente al *falsus procurator*. Ciertamente, la solución es más factible si el tercero hubiera cobrado la suma de dinero en nombre del verdadero acreedor, incluso careciendo de poder para ello; aquí, efectivamente, aunque la prestación del *solvens* carezca de por sí de eficacia alguna extintiva de la obligación, dado que el *falsus procurator* es un

liberar al deudor por más que, en base a un error de ejecución, la prestación haya sido cumplida en favor de un tercero (107).

No supone obstáculo para reconocer autonomía normativa al pago indebido *ex persona creditoris*, el hecho de que los artículos 1.188, 2, y 1.189 hayan sido colocados bajo la rúbrica legal «del cumplimiento de las obligaciones» y no en la que hubiera sido más apropiada de «pago de lo indebido». Este emplazamiento legal se explica razonablemente a poco que se observe el aspecto bajo el cual los citados artículos contemplan esta figura (108): en ambos preceptos, el pago a tercero, antes que hacer surgir un derecho a la repetición en favor del *solvens*, se inserta en un mecanismo complejo, dando lugar a la liberación del deudor. De la coordinación entre los artículos 1.188, 2, y 1.189 con el apartado 1 del artículo 1.188 se deduce el principio de que siempre que la prestación haya sido cumplida en favor (*nelle mani*) de sujeto no legitimado para

tercero no legitimado para recibirla, no existe, en cambio, la menor duda en orden a la determinación de la relación obligatoria. De no haber faltado la legitimación del *accipiens*, el acto del deudor habría incidido sobre la relación que realmente existe entre éste y el verdadero acreedor. Tal es la opinión de SCHLESINGER en *Il pagamento*. ., pág. 167.

Mayores dificultades aparecen cuando el *solvens* considera que el tercero es el verdadero acreedor, dado que entonces la prestación va dirigida hacia una presunta e inexistente relación entre *accipiens* y deudor. La liberación del *solvens*, que establece el artículo 1.188, 2, significa que, a pesar de todo, existe una referencia de la *solutio* a la relación existente y válida. Al igual que en el pago indebido *ex persona debitoris*, también aquí el nexo entre pago y relación obligatoria aparece como algo de naturaleza exquisitamente subjetiva, incluso siendo distinto, en otro aspecto, del que considerábamos en el epígrafe 4. Más concretamente: la ligazón entre la *solutio* al tercero y el derecho del verdadero acreedor se establece en base a la intención manifestada por el *solvens*. En cambio, carece totalmente de relevancia la función que el *accipiens* pueda atribuir a la prestación, dado que cuando el tercero no está legitimado para recibirla surge, a su cargo, la obligación de restituirla. No existiendo, en caso tal, razón alguna para tutelar al *accipiens* en mayor grado que al *solvens*, toma nuevo vigor el principio, consagrado por nuestro Ordenamiento, a cuyo tenor la voluntad del *accipiens* se halla subordinada a la del *solvens*, a efectos de determinar la función de la prestación. (Acerca de este punto, *vid.* SCHLESINGER, «La ratifica .», pág. 41, nota 13.)

La *ratio* de los artículos 1.188, 2. y 1.189 es ciertamente distinta de la contenida en el artículo 2.036. dado que aquéllos tienden a proteger al *solvens*, que es el verdadero deudor. Más concretamente, la eficacia liberatoria de la prestación dirigida a tercero, en los casos de ratificación o de aprovechamiento por el verdadero acreedor, se justifica con el hecho de que el deudor-*solvens* ha soportado el sacrificio económico que le venía impuesto como consecuencia de una relación obligatoria, por lo que, una vez haya tenido lugar el consentimiento del verdadero acreedor o la realización, incluso indirecta, del interés de este último, carecería de sentido mantener con vida la obligación. (Así. SCHLESINGER. *ob. cit.*., pág. 41, y AGHINA, «Il destinatario .», pág. 110.)

(107) En tal sentido, MOSCATI, «Pagamento .», pág. 89.

(108) *Vid.* en tal sentido, GRECO, «Ripetizione .», pág. 38, e «Il pagamento...», pág. 243.

recibirla, se debe hablar de pago indebido *ex persona creditoris* (109). Al propio tiempo, los artículos 1.188, 2, y 1.189 parecen indicar que el pago a tercero puede ser considerado, en nuestro ordenamiento, desde dos puntos de vista. Precisando: cuando la prestación sirve para extinguir, aunque con ayuda de otros factores, la obligación del deudor, la disciplina del pago indebido *ex persona creditoris* será la contenida en los artículos 1.188, 2, y 1.189; si, por el contrario, nace en favor del *solvens* un derecho a la repetición, el pago entra en la órbita general del artículo 2.033 (110).

Dicho con otras palabras: no existiendo, en el segundo caso, diferencias apreciables de trato jurídico respecto al pago indebido objetivo y sus consecuencias, vuelve a tomar vigor el principio de la causalidad de las atribuciones patrimoniales. Se comprende, al respecto, el porqué de la falta de una norma específica en el título relativo al «pago de lo indebido». La exigencia de una disposición que contemple, con carácter general, la figura del pago indebido subjetivo *ex latere accipientis*, desaparece una vez se considere que los artículos 1.188, 2, y 1.189 cubren, junto con el artículo 2.033, la totalidad del área de incidencia del pago a tercero no legitimado.

Después de todo lo dicho, resulta evidente que el pago indebido *ex persona creditoris* no constituye una categoría homogénea. Para sostener la hipótesis contraria habría que demostrar que el deudor queda liberado de su obligación respecto al verdadero acreedor por el solo hecho de haber cumplido la prestación a la que objetivamente estaba obligado, sin dar importancia al hecho de que el pago haya sido recibido por persona distinta al destinatario. Con otras palabras: habría que afirmar que en nuestro Ordenamiento existe un principio general, según el cual la liberación del deudor no se subordina a la realización del interés del acreedor, sino al hecho de que la prestación se dirija precisamente a la relación de la que el *solvens* es sujeto pasivo (111).

Por las razones indicadas hay que rechazar, sin duda alguna, la extensión del efecto liberatorio a cualquier tipo de pago a tercero: la prestación cumplida en favor de éste no produce otro efecto que el derecho a la repetición en favor del *solvens*. a menos que exista ratificación, provecho

(109) En el mismo sentido, GRECO, «Il pagamento .», pág. últ. cit., y AGHINA, «Il destinatario », pág. 119.

(110) Tal SACCO, «Quale azione .», cit., pág. 242, y GRECO, obras últ. cit. Este último autor, sin embargo, considera que el reconocimiento de la *condictio* en favor del deudor-*solvens* hallaría su fundamento en una aplicación analógica de los establecidos en el artículo 2.033.

(111) Así opina G. MAIER, «Irrtümliche .», págs. 106 y 107. Para una solución negativa, *vid.* recientemente, MOSCATI, «Pagamento dell'indebito .», págs. 193 y 194.

del verdadero acreedor o pago al acreedor aparente (112). Fuera de las hipótesis previstas en los artículos 1.188, 2, y 1.189, el pago indebido *ex persona creditoris* carece de cualquier tipo de autonomía dogmática y normativa. En estos dos casos, por el contrario, la figura se enriquece con nuevos elementos que relegan a un segundo plano el aspecto de la falta de causa en la atribución. La prestación del *solvens* se considera por la ley como una forma de actuación de la obligación, y ello repercute profundamente sobre el mecanismo típico del pago de lo indebido.

**BREVE RECAPITULACION DE TODO LO HASTA AHORA
EXPUESTO: HABLA EL TRADUCTOR, BAJO SU EXCLUSIVA
RESPONSABILIDAD**

1. Planteamiento general.—*El trabajo del profesor MOSCATI trata de demostrar (y a mi modesto entender lo consigue con creces) que, dentro del marco general de la causalidad de las atribuciones patrimoniales, cabe hablar de autonomía dogmática, no ya de la genérica figura del pago indebido, sino también de cada una de sus dos vertientes, objetiva y subjetiva, y aún más: de la doble faceta del pago indebido por razón del sujeto.*

En línea de principio, es evidente que una obligación de dare, constituida entre A y D, ha de traducirse en una prestación del segundo en manos del primero. Mas he aquí que la ley, en determinados casos, permite el pago por tercero o a tercero, con su secuela inmediata de extinción del vínculo, y mediata de un posible derecho a la repetición. Añádase a esto una eventual conexión con la teoría general del error (o del silencio), súmese a ello la protección a la buena fe del solvens o del accipiens, agréguese una posible ratificación o provecho del acreedor..., y se podrá calibrar, al menos en principio, la indudable trascendencia práctica de la agudísima impostazione de MOSCATI, que inmediatamente pasamos a detallar.

2. Pago indebido «ex latere solventis».—*La normativa legal de esta figura la hallamos, dentro del Derecho italiano, en los artículos 2.033 (principio general de repetición de todo pago indebido), 2.036 (hipótesis concretísima de error excusable)... y 1.180, siendo de notar que este último precepto se halla inmerso en la disciplina general del cumplimiento de las obligaciones y no en la sedes materiae del pago indebido.*

(112) En tal sentido, *vid.* SACCO, «Quale azione .», pág. 242, y AGHINA, «Il destinatario...», pág. 119. En Jurisprudencia, la sentencia de casación de 26 de febrero de 1959.

El artículo 1.180 sienta un principio básico: puede la prestación ser cumplida por un tercero, salvo interés cualificadísimo del acreedor u oposición expresa del deudor. (Nuestro primer cuerpo legal, en su art. 1.158, párrafo 1, admite igualmente esa hipótesis genérica, sin hacer alusión a aquel interés ni a aquella oposición.)

Hasta ahora todo va bien, pero... he aquí que ni el Codice ni el Código responden, al menos directa e inmediatamente, a una serie de preguntas que de forma refleja brotan incontenibles de los labios del intérprete. Por ejemplo: ¿cuál es el criterio a seguir para conectar, sin asomo de dudas, la prestación del tercero a la relación preexistente? ¿En qué medida y con qué límites puede el tercero alegar ex post un error excusable? ¿Cómo se compaginan el interés del acreedor con el del solvens, toda vez que de ese pago resulta directa e injustamente beneficiado—al menos, en principio—el deudor? Vayamos por partes.

2-A) «Objetivación» de la prestación: El pago llevado a cabo por tercero extingue la obligación siempre que, por circunstancias objetivas, pueda deducirse que la prestación ejecutada es precisamente la contemplada en la relación obligatoria. Tal ocurriría cuando el objeto a entregar reuniese una serie de características propias e inconfundibles o cuando el solvens aludiese a la concretísima contraprestación del acreedor... En estos y en otros casos, el acreedor abandonaría la escena, que sería inmediatamente ocupada por el solvens y el deudor, con un derecho de repetición del primero contra el segundo.

La objetivación de la prestación de tercero ha sido defendida a ultranza (ocioso fuera decirlo) por la doctrina alemana, fiel a la línea general del BGB, que, como es bien sabido, protege, al menos en línea de principio, los intereses del adquirente y del acreedor, en aras del sacrosanto principio de la seguridad del tráfico (y de la efectividad de los créditos)...

La doctrina italiana hila más fino, demostrando una mayor ecuanimidad en la «jurisprudencia de intereses». Así, y previendo, junto a la inicial satisfacción del acreedor, la hipótesis de que el solvens, en vía de regreso, se encuentre con la desagradable sorpresa de la insolvencia del deudor, se ha hablado de un posible derecho de elección del solvens a repetir contra el acreedor o contra el deudor. O mejor aún: de actuar contra el acreedor alegando error en el pago, con lo que el derecho a repetir vendría a ser consecuencia de la impugnación del acto o negocio solutorio.

2-B) Declaración del «solvens»: Es cierto que en determinadas hipótesis, la misma esencia de la prestación reclama a voces ser imputada a una concreta relación obligatoria. Pero igualmente cierto resulta afirmar que la prestación es en sí un hecho incoloro, que solamente toma su cromatismo cuando es conectada a una relación obligatoria anterior. La ma-

nera normal de conectar una prestación con su lógicamente anterior relación obligatoria no puede ser otra que... la declaración del solvens de que imputa su pago a una relación ajena (o presuntamente propia).

La regla general de necesidad de imputación se refuerza aún más, si cabe, cuando el acreedor es también acreedor del solvens. ¿A cuál de las dos relaciones ha de ser imputado el pago? Así las cosas, es evidente que la ley ni puede ni debe proteger el comportamiento negligente del solvens; en consecuencia, no podrá éste, ex post a su «prestación silenciosa», alegar posibles vicios de error ni, por consiguiente, repetir contra el acreedor ni contra el deudor.

3. Pago indebido «ex latere accipientis».—*La figura viene regulada por el Derecho italiano a través de los artículos 2.033 (con carácter general) y 1.188 y 1.189 (con carácter específico y muy cualificado). Mientras que los dos últimos preceptos centran su atención en el cumplimiento de una obligación, marcando los límites de su eficacia solutoria, el artículo 2.033 regularía una hipótesis complementaria: el derecho a la repetición precisamente cuando falten aquellos requisitos. Todo ello partiendo de la base que apuntábamos al comienzo de esta glosa: la prestación ha de ser cumplida en manos del acreedor, sin que en esta hipótesis encontremos, con carácter general, precepto alguno semejante al contenido en el artículo 1.180 del Codice (o 1.158, 1, del Código).*

La normativa general del pago, desde el punto de vista del que lo recibe, viene regulada por el Codice en su artículo 1.188, 1, plenamente concorde con nuestro artículo 1.162: solamente el acreedor o una persona expresamente autorizada puede recibir válidamente el pago. Con carácter excepcional, el pago recibido por tercera persona sirve para extinguir la obligación. Esas hipótesis, ún tanto anómalas, son: a) que el acreedor ratifique el pago a tercero o se aproveche del mismo (art. 1.188, 2, del Codice, y solamente en la segunda hipótesis, nuestro 1.163, 2); b) que entre en juego un tercero aparentemente legitimado para recibir el pago, y el deudor haya procedido por excusable buena fe. El deudor queda liberado, pero el que recibió el pago está obligado a entregarlo al acreedor (artículo 1.189 del Codice y, en muy pequeña medida—efecto liberatorio del pago hecho a quien estuviera en posesión del título—nuestro 1.164). De no concurrir ninguna de estas dos hipótesis, repetimos, entraría en juego, con su tremenda vis atractiva, la disciplina general del pago indebido contenida en el artículo 2.033 con su elemental secuela de repetición de lo indebidamente pagado.

Así las cosas, queda clara por demás la autonomía dogmática del pago indebido subjetivo ex latere accipientis, a pesar de no tener esta figura una específica regulación en la sedes materiae de los artículos 2.033 y si-

guientes. Pero, repetimos, la ausencia de una tipificación legal no equivale a negar su autonomía dogmática... e incluso normativa, como resultado de la interpretación «a sensu contrario» de los artículos 1.188 y 1.189, en relación con el principio rector del artículo 2.033.

EL PAGO INDEBIDO SUBJETIVO «EX LATERE ACCIPIENTIS» (CONCLUSION)

EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACION DEL VERDADERO ACREEDOR CONTRA EL ACCIPIENS. LIMITES DE LA DELEGACION. NATURALEZA DE LA ACCION CONCEDIDA AL VERDADERO ACREEDOR, EN CASO DE PAGO A PERSONA APARENTEMENTE LEGITIMADA

El reconocimiento al pago indebido *ex persona creditoris* de una autonomía dogmática y normativa, circunscrita a los casos previstos por los artículos 1.188, 2, y 1.189, supone el punto de partida para el reexamen de uno de los aspectos más controvertidos del problema de la legitimación activa en la repetición del pago indebido. Las inevitables repercusiones de la extinción de la obligación sobre el ejercicio de la *condictio* por parte del *solvens*, y la diversidad de formulación del actual artículo 1.189 respecto a su correlativo del anterior *Codice*, han llevado a algunos autores a afirmar que el legislador de 1942 ha intentado resolver positivamente, a través del citado precepto, apartado 2, el añejo problema de la atribución al verdadero acreedor de una acción propia contra el tercero que haya recibido la prestación (113). El artículo 1.189, 2, vendría así a llenar una

(113) Así, explícitamente, GRECO, «Ripetizione..», págs. 38 y 39, y en el mismo sentido, DISTASO, «Leggitimazione attiva...», págs. 191 y ss. La solución afirmativa había sido sostenida, sobre todo, por la doctrina extranjera menos reciente: *vid.*, en tal sentido, y entre otros, BOLZE, «Zur Lehre von der Condiktionen, insonderheit von der *Condictio sine causa*», en *Arch. f. civ. Praxis*, 1892, págs. 422 y ss., esp. 432; DEMOGUE, *Traité des obligations*, cit., I, 3, pág. 164, y LENOAN, «Du recours du véritable créancier contre celui qui a reçu indûment un paiement à sa place», en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1923, págs. 925 y ss. A destacar, no obstante, que los citados autores, aun reconociendo al verdadero acreedor una acción directa contra el tercero *accipiens*, hablan no ya de *condictio indebiti*, sino de *actio negotiorum gestorum contraria* (BOLZE), o de acción de enriquecimiento (DEMOGUE y LENOAN). En Jurisprudencia, es fundamental al respecto la sentencia francesa de casación de 6 de noviembre de 1871; en Italia, la de apelación de Turín de 23 de julio de 1915, confirmada en casación de 16 de mayo de 1916. Para una solución afirmativa, *vid.* la sentencia de casación de 30 de junio de 1936, que considera diferente el ejercicio de la acción de repetición por parte del *solvens*, o de quien, siendo el verdadero acreedor, ha sufrido un daño por no haber recibido la prestación. En este sentido, *vid.* las sentencias de casación de 14 de julio de 1949.

laguna anterior en la disciplina de esta institución (114), y a través de él se explicaría incluso el silencio del 1.188, 2, en orden a las relaciones entre el verdadero acreedor y el *accipiens*. Dado que el artículo 1.189 es una disposición general en materia de pago indebido *ex persona creditoris*, el 1.188, 2, ha de ocuparse exclusivamente del problema relativo a la liberación del deudor, desentendiéndose de la *condictio* que se atribuiría al *solvens* (115).

Remitiéndonos al planteamiento que en su momento diéramos al problema de la legitimación activa y pasiva en la repetición de lo indebido (116), creemos que el carácter de acción personal que la *condictio* ha conservado en el Derecho vigente representa el mayor de los obstáculos para la acogida de esta tesis. Efectivamente, la solución del problema se halla estrechamente conectada con la naturaleza jurídica de la acción de repetición. Si se considera que la disciplina de la *condictio* se justifica sobre la base de los principios que regulan la «causa» del negocio, con la consecuencia de que la acción de repetición tenga un puesto propio en el sistema de la invalidez (colocándose junto a él o resolviéndose, sin más, en una acción de nulidad) (117), resulta más factible desvincularse del

En la doctrina italiana anterior al vigente Codice, solamente D. STOLFI, en su «In tema di legittimazione . . .», págs. 1294 y ss., propugnaba, decididamente, el reconocimiento al verdadero acreedor de una acción propia y directa contra el *accipiens*. BIGIARI, en su «Legittimazione attiva e passiva nella ripetizione dell'indebito», en *Riv. Dir. Comm.*, 1929, II, págs. 273 y ss., aun siendo, en línea de principio, partidario de la tesis afirmativa, termina por adherirse a la tesis de la doctrina francesa (LENOAN y DEMOGUE) y por considerar la acción del verdadero acreedor como una acción de enriquecimiento (pág. 276). El alemán KUNTSCH, en su reciente y citada obra *Die Voraussetzungen...*, págs. 143 y ss., esp. 147, se ha replanteado íntegramente el problema, resolviéndose en una solución positiva, al pensar que no existía enriquecimiento alguno del tercero en perjuicio del deudor, sino en perjuicio del acreedor, que no ha recibido la prestación que le era debida.

(114) En tal sentido, GRECO, «Ripetizione », pág. 59, y DISTASO, «Legittimazione...», pág. 1195.

(115) Sobre la función general de la normativa del pago al acreedor aparente en el ámbito del pago indebido *ex persona creditoris*, vid. BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milán, 1963, pág. 259.

(116) El problema de la legitimación activa del verdadero acreedor viene estrechamente conectado a otros problemas de más amplia proyección, de suerte que, según sean las soluciones en esta más amplia faceta, así serán los resultados a que se llegue en esa faceta más restringida. Séanos permitido remitirnos a nuestro «Pagamento dell'indebito...», págs. 194 y 195.

(117) En tal sentido, vid. en doctrina CAMPAGNA, *I «negozi di attuazione» e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milán, 1958, págs. 204 y ss., y en Jurisprudencia, las sentencias de casación de 7 de julio de 1959 y 31 de enero de 1968, así como las de apelación de Bolonia de 8 de junio de 1948 y Nápoles de 31 de octubre de 1966.

Para una crítica de este planteamiento, y en el sentido de que nuestro Ordenamiento regula la «justa causa» de la atribución independientemente de todo lo demás relativo a requisitos de validez y eficacia del negocio jurídico, resulta fundamental la obra «Causa del negocio jurídico», de GIORGIANNI (traducción española del profesor LUIS DíEZ-PICAZO, publicada en la *Revista de Derecho Notarial*,

rígido sistema *solvens-accipiens* (118) y reconocer al verdadero acreedor el poder de actuar contra tercero. Si, por el contrario, se acepta la tesis de que la acción de repetición es un remedio de carácter personal, encaminado a realizar un mero derecho de crédito del *solvens*, resulta harto difícil atribuir la *condictio* al acreedor, que es un sujeto extraño a la relación de prestación llevada a cabo entre el deudor y el *accipiens* (119).

El segundo de los planteamientos presenta, sin embargo, notables inconvenientes en todos los casos en que preexista una «relación a tres» entre el deudor, el acreedor y un tercero: es evidente que el pago indebido hace surgir, a cargo del *accipiens*, una obligación de restitución, que interfiere en distinta medida, según los casos, sobre la relación existente entre el *solvens* y el verdadero acreedor (120). Pensemos, por ejemplo, en el mecanismo de la delegación. Si el deudor-delegado ejecuta la prestación en favor del delegatario, y posteriormente se demuestra que la relación de valuta no existe o es inválida, es indudable que el supuesto de hecho a que da lugar el pago por parte del delegado será calificado como pago indebido *ex persona creditoris*, desde el momento que el delegatario viene a encontrarse en posición idéntica a la de un tercero no legitimado para recibir, no pudiendo ser considerado como «persona indicada por el acreedor» (art. 1.180, 1), o más en general, como *adiectus solutionis causa* (121). Partiendo de estas consideraciones, se plantea el problema de si el *accipiens* está obligado a la restitución frente al delegado o al delegante; si,

1976, págs. 67 a 129). En esta misma huella, BARCELLONA, «Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione», en *Riv. Trim.*, 1965, páginas 11 y ss. En torno al debate surgido al respecto, *vid.* DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milán, 1967, págs. 267 y ss.; SANGIORGI, epígrafe «Justa causa», en *Enc. del Dir.*, XIX, Milán, 1970; G. PALERMO *Funzione illecita e autonomia privata*, Milán, 1970, págs. 218 y ss.; MOSCATI, «Pagamento e ripetizione...», páginas 92 y ss.; LENER, «*Expressio causae* e astrazione procesuale (Notas preliminares a un estudio sistemático sobre la abstracción)», en los *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, III, Nápoles, 1972, págs. 1 a 31; GAZZONI, «La giustificazione causale del negozio attributivo di conferma», en *Riv. Dir. Civ.*, 1973, I, páginas 269 y ss., esp. 286 y ss.

(118) Como hace, por ejemplo, la sentencia de casación de 14 de julio de 1949, citada en la nota 113.

(119) En la Jurisprudencia, *vid.* en tal sentido la sentencia de casación de 1 de agosto de 1960 y la de apelación de Nápoles de 12 de noviembre de 1964. Bajo el anterior Codice, G. ANDREOLI, en su obra *La ripetizione dell'indebito*, Padua, 1940, págs. 140 y ss., había propugnado la solución negativa. (Aun cuando este autor se adhirió a la tesis de la ineficacia traslativa del pago indebido y construyese, en consecuencia, la acción de repetición como una *condictio possessionis*, dirigida a reaccionar contra un hecho, la *solutio sine causa*, lesiva de la posesión y concurriendo alternativamente con la reivindicatoria. *Vid.* pág. 62 de su citada obra.)

(120) Sobre este punto, *vid.* MOSCATI, «Pagamento e ripetizione...», pág. 88, en la que se remite a BIGIARI, «Legittimazione...», pág. 277.

(121) *Vid.* SCHLESINGER, *Il pagamento...*, cit., págs. 71 y ss.

en efecto, es cierto, por una parte, que la prestación ha sido materialmente cumplida por el delegado, no hay que olvidar, por otra parte, que cuando el pago tenga lugar «por delegación» es como si la prestación recibida por el delegatario hubiese sido ejecutada por el delegante (122).

La doctrina resuelve el problema sugiriendo distintas soluciones, según que se trate de delegación pura o de delegación escrita (123) (adición del traductor: el profesor MOSCATI emplea la palabra *titolata*). Si la prestación ha sido cumplida sin referencia alguna a la relación básica, y siempre que sea válida la relación de provisión (124), la *condictio* corresponderá siempre al delegante (125). Las cosas se complican si la delegación ha tenido lugar por escrito, toda vez que el artículo 1.271, apartado 3, reconoce al delegado el derecho a la repetición (126). De esta suerte, sin embargo, viene a crearse una legitimación concurrente entre delegado y delegante, habida cuenta de que la imputación (*riferimento*) son parte del *solvens* a la relación de valuta no puede hacer que la postura del

(122) *Vid.*, por todos, SCHLESINGER, «Adempimento del terzo e delegazione di pagamento», en *Temì*, 1958, págs. 572 y ss., esp. 580, donde se remite al conocido pasaje del *Digesto* (50, 17, 180) «quod iussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset». Lo mismo, bajo el anterior Codice, NICOLÒ, *Il negozio delegatorio*, Messina, 1932, pág. 215.

(123) Sobre este punto, *vid* RESCIGNO, epígrafe «Delegación (Derecho Civil)», en *Enc. del Dir.*, XI, Milán, 1962, págs. 929 y ss., esp. 964. Advierte este autor que, si no se ha hecho referencia alguna a la relación básica, la nulidad de la deuda originaria no incide sobre la promesa del delegado al acreedor-delegatario. Análogamente opina NICOLÒ, en su últ. citada obra, págs. 214 y 215, refiriéndose a la delegación de pago. Sin embargo, el delegante podrá invocar la inexistencia o la nulidad de la relación de valuta, aunque el delegatario actúe contra él, tras haber hecho excusión inútilmente contra el delegado.

(124) Si, por el contrario, existe nulidad en ambas relaciones de base, la *condictio indebiti* contra el delegatario corresponderá al delegado, y entre estos dos sujetos tendrá lugar la relación de prestación. *Vid.* al respecto NICOLÒ, *Il negozio delegatorio*, cit., pág. 215; M. ANDREOLI, *La delegazione*, Padua, 1937, pág. 295; SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, cit., pág. 124; GRECO, epígrafe «Delegación (Derecho Civil)», en *Noviss. Dig. it.*, V, Turín, 1960, págs. 327 y ss., esp. 348.

(125) En tal sentido, NICOLÒ, *Il negozio delegatorio*, pág. 214; SCHLESINGER, *Adempimento del terzo*..., pág. 580; GRECO, epígrafe «Delegación», cit., pág. 348, etcétera. En caso tal, y partiendo de la base de ser válida la relación de provisión, el delegado quedará liberado frente al delegante, por lo cual corresponderá a este último el poder de actuar contra el delegatario a efectos de obtener la restitución de la prestación indebidamente recibida. Por el contrario, si la relación de provisión adoleciera de algún vicio, mientras sea válida la relación entre delegante y delegatario, el pago efectuado por el delegado en favor del delegatario permanece firme, dado que este último es extraño a los intereses entre su deudor-delegante y el deudor de este último. Naturalmente, el delegado podrá actuar contra el delegante para restablecer el equilibrio patrimonial perturbado (así, NICOLÒ, ob. últ. citada, pág. 215, y SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, pág. 124, texto y nota 127).

(126) En tal sentido, BIGIARI, *La delegazione*, Padua, 1940, pág. 317, al que se remite SCHLESINGER en su *Adempimento...*, pág. 580. *Vid.* igualmente, y en el mismo sentido, GRECO, epígrafe «Delegación», cit., pág. 348.

delegante hacia tercero desemboque en peor situación (127). Evidentemente, no se ve en base a qué principio pueda negarse al delegante el poder de actuar contra el *accipiens* en la delegación escrita, cuando tal derecho le ha sido concedido en la delegación pura. En cualquier caso, y a falta de una norma que resuelva el conflicto entre delegado y delegante, cabe preguntarse si el tercero que restituya la prestación a uno de ellos queda liberado, incluso en relación con el otro. Si así sucediera, llegaríamos a la consecuencia, legalmente absurda, de que la restitución, llevada a cabo en favor de aquel de los dos que primero hubiese actuado contra el *accipiens*, vendría, en definitiva, a frustrar la realización del interés del segundo en caso de quiebra o de posterior insolvencia del que se haya beneficiado de la restitución (128). Por el contrario, todos estos inconvenientes quedarían eliminados si se atribuyese la legitimación para actuar (incluso en la delegación escrita) solamente al delegante (*rectius*: al verdadero acreedor). En tal caso, la acción directa del verdadero acreedor es, sin duda, el instrumento más idóneo, dado que el ejercicio de la *condictio* por parte del *solvens* (*rectius*: delegado), si, por una parte, sirve para restablecer la situación anterior al pago llevado a cabo en favor de *tercero* (*rectius*: delegatario), no agota, por otra parte, las relaciones pre-existentes entre los sujetos de la obligación (129).

Sin embargo, y aun cuando la utilidad de la acción directa del verdadero acreedor resulte incontestable (tanto más cuanto que de esta forma se evitaría una duplicación de procesos) (130), la solución afirmativa no puede ser acogida fuera del caso previsto en el artículo 1.189. Es necesaria, en efecto, la liberación del deudor: la atribución al verdadero acreedor de una acción contra tercero no puede fundarse en otra cosa que en la extinción de la obligación del *solvens* (131). De otro modo, vendrían a reproducirse los mismos inconvenientes que en su momento veíamos comportaba la delegación titulada. Aun partiendo de otras consideraciones, conviene acogerse a la solución restrictiva, incluso en los casos en

(127) La observación es de SCHLESINGER, loc. últ. cit.

(128) Así, SCHLESINGER, *Adempimento*, pág. 580, texto y nota 30. Acerca de los medios de tutela dispensados al delegatario para evitar una doble condena a la restitución, *vid.* GRECO, epígrafe «Delegación», cit., pág. 348.

(129) En tal sentido, BIGIARI, «Legittimazione», pág. 274, en opinión que suscribe MOSCATI, «Pagamento dell'indebito, adempimento», pág. 190.

(130) BIGIARI, en su últimamente citada obra, pág. 276, hace notar que no se puede, «en aras de esquemas lógicos, multiplicar los procesos, especialmente cuando tal multiplicación engendra graves injusticias». *Vid.* igualmente LOUSSOUARN, «La condition d'erreur du *solvens* dans la répétition de l'indu», en *Rev. Trim. Dr Civ.*, 1949, págs. 212 y ss., esp. 224.

(131) Opinión muy extendida; *vid.* al respecto, y recientemente, MOSCATI, «Pagamento dell'indebito...», págs. 193 y 194. En Jurisprudencia, la sentencia de casación de 29 de octubre de 1971.

que el verdadero acreedor ratifique la prestación o se aproveche de ella, y a pesar de que la propia ley disponga la liberación del deudor.

Lo cierto es que el mecanismo del artículo 1.189, 2, que permite al verdadero acreedor dirigirse contra el *accipiens*, no representa una desviación de los principios de la *condictio* (132): la citada disposición entraña una auténtica confirmación del carácter personal de la acción de repetición. El verdadero acreedor ejercita, frente al tercero, el mismo derecho que ostentaba frente al deudor liberado (133). Mientras que el *solvens* actúa en base a un título nuevo (el que se deriva de haber cumplido una prestación no debida), el verdadero acreedor, por el contrario, hace valer su derecho originario y, por consiguiente, actúa en base a un título preexistente (134). La frustrada realización del interés creditorio (que ésta y no otra es la verdadera *ratio* del art. 1.189, 2) (135) nos permite comprender por qué no es admisible la concesión al verdadero acreedor de una *condictio* cuando existe ratificación o provecho de la prestación cumplida por el *solvens*. Queda, evidentemente, a la plena discrecionalidad del verdadero acreedor la decisión de liberar al deudor que haya cumplido la prestación en favor de tercero no legitimado para recibirla (136). La ratificación del comportamiento del deudor equivale a afirmar que para el acreedor son absolutamente equivalentes la prestación a él debida y la realizada en favor de tercero (137). Por otra parte, el hecho de que el

(132) *Vid.* AGHINA, «El destinatario...», pág. 116.

(133) En tal sentido, *vid.* NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., página 55, nota 71, y MOSCATI, epígrafe «Pago y repetición de lo indebido», cit., página 89, nota 36.

(134) *Vid.* al respecto MOSCATI, loc. últ. cit.

(135) El mecanismo del artículo 1.189, 2, permite al verdadero acreedor obtener la realización (en sentido meramente económico) de su propio interés a través de la restitución de la prestación por parte del *accipiens* (tal RESCIGNO, *Incapacità naturale...*, pág. 153).

(136) AGHINA, en «El destinatario...», pág. 112, texto y nota 88, opina que el verdadero acreedor, al ratificar el comportamiento del deudor, demuestra no tener interés alguno (a causa de sus relaciones con el tercero *accipiens*) en recibir directamente la prestación, y, al mismo tiempo, a que le sea reconocida la *condictio* frente a dicho *accipiens*. SCHLESINGER, en «La ratifica...», págs. 46 a 48, opina, por el contrario, que en nuestro Ordenamiento existe un principio general a cuyo tenor, siempre que el pago indebido tenga eficacia extintiva de la relación obligatoria, debe reconocerse, en favor de la persona que haya soportado el peso económico de la atribución (al *solvens*, en el pago indebido *ex persona debitoris*, y al verdadero acreedor, en el pago indebido *ex latere accipientis*), el derecho a actuar contra la persona que se haya aprovechado de dicho pago, es decir: contra el verdadero deudor, en el primero de los casos, o contra el *accipiens*, en el segundo, como medio de restablecer el equilibrio entre los respectivos patrimonios (subrayado del traductor). Asistimos, por tanto, a un subingreso automático del verdadero acreedor en los derechos del deudor contra el *accipiens indebiti*.

(137) En tal sentido, SCHLESINGER, *Il pagamento...*, cit., pág. 168. Por su parte, NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, cit., pág. 168, remodela la ratificación como una especie de convalidación.

acreedor se haya beneficiado de la prestación parece indicar que el acreedor ha recibido, aunque indirectamente, aquello que le era debido (138). En ambos casos, la realización de su interés excluye la posibilidad de actuar contra el *accipiens*.

ENRICO MOSCATI

Catedrático de la Universidad de Perugia

Traducción y notas de

TOMÁS DE ZUMALACÁRREGUI Y M.-CÓRDOVA

Doctor en Derecho
Registrador de la Propiedad

(138) Así, AGHINA, «Il destinatario . », pág. 111. Para una detallada exposición de casos en los que el verdadero acreedor obtiene provecho de la prestación llevada a cabo en favor de tercero, *vid.* SCHLESINGER, loc. últ. cit.

Estudio y aplicación del principio general de subrogación real en el Derecho de Sucesiones^(*)

SUMARIO: I. ESTUDIO Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO GENERAL DE SUBROGACIÓN REAL EN EL DERECHO DE SUCESIONES.—A) *La subrogación real en la comunidad hereditaria y adjudicación a cada uno de su parte.*—B) *La subrogación real en la herencia aceptada a beneficio de inventario y en el llamado beneficio de separación de patrimonios.*—C) *La subrogación real en la herencia yacente.*—D) *La subrogación real en la acción de petición de herencia.*—E) *La subrogación real en las sustituciones fideicomisarias permitidas.*—F) *La subrogación real en la venta de herencia.*—G) *La subrogación real en las reservas.* a) *La subrogación real en la reserva tradicional u ordinaria (arts. 968 a 980 C. c.).* b) *La subrogación real en la reserva lineal o troncal (art. 811 C. c.).*—H) *La subrogación real en la ausencia legal (art. 186 C. c.) y en el supuesto de la revocación de la declaración de fallecimiento del ausente (art. 197 C. c.).*—I) *La subrogación real en el derecho de reversión de donaciones (art. 812 C. c.).*—J) *La subrogación real en las distintas causas de revocación de donaciones.* a) *Subrogación real en la revocación de donaciones por incumplimiento de cargas.* b) *¿Ha querido verdaderamente el legislador español establecer la subrogación real en caso de revocación de donaciones por causa de ingratitud (art. 649) y en caso de superveniencia o supervivencia de hijos?*

A) LA SUBROGACIÓN REAL EN LA COMUNIDAD HEREDITARIA Y ADJUDICACIÓN A CADA UNO DE SU PARTE

La comunidad hereditaria no la regula nuestro Código Civil propiamente, sino en su fase de partición, lo que explica en cierta forma los debates que se han producido entre la doctrina y la jurisprudencia sobre la naturaleza de la comunidad hereditaria. La consideración de la comunidad, como ya sabemos, varía según se la considera como comunidad de

(*) Vid. mi trabajo «La formación del concepto de subrogación real», en *Rev. Cri. Dr. Inm.*, 1975, núm. 510.

tipo germánico o romano. La segunda supone que hay tantas comunidades por cuotas como objetos singulares y que los créditos y las deudas se dividen automáticamente entre los coherederos al abrirse la sucesión. Acatan este sistema Francia e Italia. Por su parte, la llamada comunidad germánica o en mano común comprende tanto el activo como el pasivo del causante y tiene por objeto un patrimonio autónomo, sobre el cual los coherederos tienen unos derechos indeterminados sobre la totalidad, pero ningún derecho concreto sobre los bienes singulares. En la actualidad este sistema es el seguido en España por la doctrina y la jurisprudencia, siendo muy discutido si existe o no el llamado «derecho hereditario *in abstracto*» que tiene cada coheredero sobre la masa (1).

Pero dejando aparte el problema de la naturaleza de la comunidad hereditaria y de si existe o no ese derecho, diremos que mientras exista esa indivisión de la herencia estamos en presencia de un patrimonio especial sujeto a administración o, como dice LACRUZ BERDEJO (2), «forman un patrimonio autónomo sometido a un régimen especial de administración, uso, disfrute y disposición...», y, por tanto, decimos nosotros, estamos ante un campo propicio, por encima de cualquier otro, para que entre en juego el principio de la subrogación real. La misión de este principio general será asegurar la integridad de este patrimonio, haciendo que los bienes que procedan de los antiguos hereditarios caigan en la indivisión y se les apliquen las reglas de este régimen, es decir, que no sólo sustituirán los nuevos bienes a los antiguos, sino que se someterán a su mismo régimen jurídico.

La subrogación real en la comunidad hereditaria es estudiada por la mayoría de los autores con relación a la idea de *universitas*. FERRANDIS

(1) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho de Sucesiones*. La sucesión en general, t. VI, páginas 240 y ss. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones. Parte General*, t. V, volumen 4, Barcelona, 1961, págs. 344 y ss. R. M.^a ROCA SASTRE, *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española-de Th. Kipp*, Barcelona, 1951, págs. 10 y ss. JOSÉ FERRANDIS VILELLA, *Comunidad hereditaria*, Barcelona, 1954, págs. 15 y ss. y 119 y ss. GUILLERMO GARCÍA VALDECASAS, «La comunidad hereditaria», en *Rev. Gral. Leg. y Juris.*, t. CXCI, 1952, págs. 409 y ss. SANTIAGO CHAMORRO, «Los derechos hereditarios», en *Rev. Gral. Leg. y Juris.*, abril 1941, págs. 312 y ss. Resoluciones D. G. de 21 de febrero de 1923, 22 de septiembre de 1924, 29 de agosto de 1925, 6 de diciembre de 1926 y 1 de diciembre de 1927. Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1935, 25 de enero de 1943 y 6 de mayo de 1958. THEODOR KIPP, *Derecho de sucesiones*, t. V, 2.^o, Barcelona, 1951. Comunidad hereditaria, parágrafo 82, VII, págs. 10 y ss. MARC LAURIOL, *La subrogation réelle*, París, 1954, t. I, págs. 118 y ss., y t. II, págs. 264 y ss. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Droit civil*, Recueil Sirey, t. III, París, 1927, páginas 690 y ss. MARCEL PLANIOL, *Traité élémentaire Droit civil*, París, 1927, t. III, número 2.315 y ss. ANTONIO CICU, *La divisione hereditaria*, Milán, 1958, págs. 343 y siguientes.

(2) LACRUZ BERDEJO, ob. cit., págs. 544 y ss.

VILELLA (3), después de un estudio de la crisis del concepto de herencia como *universitas iuris*, dice que el principio de la subrogación real es característico de la *universitas*. GARCÍA VALDECASAS (4) la considera como patrimonio separado, y ROBERT GARY (5) considera que la sustitución de unos bienes por otros no tiene su origen en esa pretendida subrogación, sino en el carácter fungible de todos los elementos de una universalidad de derecho. Lo que se tiene en cuenta, dice este último, no es la individualidad material de cada objeto, sino su valor pecuniario; el carácter abstracto que hace de las universalidades un todo jurídico se debe a la noción de fungibilidad.

Este concepto de la subrogación real como fundamentada en la fungibilidad absoluta de los elementos que componen las llamadas *universitas iuris* y *facti*, y más tarde la noción de patrimonio, ya establecimos que fue la fase y explicación de la subrogación real en una etapa de su evolución histórica (Derecho romano justiniano, Derecho común hasta principios del siglo XIX); pero en la actualidad está unánimemente rechazada por la doctrina y jurisprudencia, ya que la subrogación real supone una fungibilidad relativa y la consideración de los bienes por su individualidad material y por su valor pecuniario conjuntamente.

Además de lo ya dicho en mi primer trabajo, podemos citar, como contrarios a la idea de *universitas* y *patrimonio* como unidad orgánica, a CHAMORRO (6), para quien ya no sirve la doctrina de la *res* universal, ya que no hay razón para considerar el patrimonio como objeto independiente y autónomo de derecho, pues no hay un derecho único sobre el patrimonio ni existe la unidad patrimonial. Lo universal para el Código Civil no es la masa ni el derecho, sino el título: el derecho hereditario *in abstracto* no existe. FEDERICO DE CASTRO (7) no niega la unidad patrimonial; lo que niega es que el patrimonio funcione como objeto de derecho subjetivo. La unidad patrimonial abstracta debe, no obstante, defenderse para mantener su función de unidad de garantía en favor de los acreedores y para simplificar las relaciones internas cuando concurren varios titulares. COSSÍO, SANZ FERNÁNDEZ y NÚÑEZ LAGOS (8) desconocen la posibilidad de un derecho sobre la masa hereditaria en conjunto y sólo admiten derechos sobre los bienes particulares que la integran. Por último,

(3) FERRANDIS VILELLA, ob. cit., pág. 77. Crisis del concepto de la herencia como *universitas iuris*, como también la defensa de la teoría tradicional, *vid.* páginas 15 y ss.

(4) GARCÍA VALDECASAS, ob. cit., págs. 407 y ss.

(5) ROBERT GARY, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, París, 1934, págs. 304 y ss.

(6) CHAMORRO, ob. cit., págs. 312 y ss.

(7) FEDERICO DE CASTRO, *Derecho civil de España*, t. I y II, Madrid, 1949.

(8) FERRANDIS VILELLA, ob. cit., págs. 16 y ss.

podemos citar a CÍCU, que niega exista en el complejo hereditario un nexo que lo reduzca a unidad orgánica. La herencia—dice—no es sino el conjunto de bienes que corresponden al difunto y que le sobreviven. Su característica viene dada por el modo de pasar al patrimonio del heredero: «Subentrando éste en todas las relaciones jurídicas transmisibles, viene a adquirir un conjunto indeterminado de bienes y a subentrar en un conjunto indeterminado de obligaciones».

La subrogación real, tal como la consideramos, supone una fungibilidad relativa de los bienes y la consideración de éstos en su cualidad material, fundamental para la subrogación real y para que se produzca su condición primordial, que es la relación de procedencia u origen. Para que un bien proceda de otro ha de considerarse la materia de este bien; la sustitución de valores simplemente es contraria a la subrogación real.

Pero volviendo al estudio de la subrogación real en la comunidad hereditaria, es imprescindible recordar lo establecido, en el Derecho romano clásico, en la acción de petición de herencia (S. C. Juvenciano. Dig. 5. 3, 18-5 y 20), por la cual se comprendían en la herencia no sólo las cosas que fueron compradas por causa de la herencia o por necesidad para la herencia, sino también las compradas con dinero de la herencia o sin el dinero de la herencia, pero que la compra fuera de gran utilidad para la herencia. Este antecedente de la subrogación real ha sido aceptado por el BGB alemán para establecer la subrogación real en la comunidad hereditaria, y en especial en los patrimonios separados. Pertenece a la comunidad hereditaria por subrogación real (9), «lo adquirido en virtud de un derecho perteneciente al caudal relicto o como resarcimiento por la destrucción, perjuicio o sustracción de un objeto de dicho patrimonio hereditario perteneciente al mismo» (parágrafo 2.021, regl. 1, BGB). En contraposición con el parágrafo 2.019 del BGB y para que no se crea que pertenece a los coherederos en el sentido de simple copropiedad, el parágrafo dice expresamente que pertenece al caudal relicto como objeto del patrimonio en mano común.

También pertenece a la comunidad por subrogación real lo adquirido mediante un negocio jurídico que se refiera al caudal relicto. Claro está que se sobreentiende que siempre que la contraprestación sea del caudal, pues en caso contrario no se daría ésta. El parágrafo 2.041 presupone tan sólo que el negocio jurídico se haya concluido subjetivamente con relación al caudal relicto y pueda ser puesto objetivamente en relación con él. Por ejemplo, si un coheredero proporciona un accesorio para una finca hereditaria, se convierte en objeto del caudal relicto y, por tanto, forma parte

(9) ANDREAS VON TUHR, *Teoría general del Derecho civil alemán*. Buenos Aires, 1946, vol. I, págs. 145 y ss., Edit. Delpasa. THEODOR KIPP, ob. cit., págs. 10 y siguientes.

del patrimonio común, aunque el adquirente lo haya pagado con sus propios medios, salvo el correspondiente resarcimiento (10). Hay que considerar siempre—dice KIPP (11)—que se considera que está dada la relación del negocio jurídico con el caudal relicto cuando la contrapartida de la adquisición ha sido tomada de éste, y ello tanto si los coherederos disponen conjuntamente como si lo hace uno solo en nombre de todos, o cuando se pierde algo para el caudal mediante enajenación efectuada por uno solo.

Para nosotros solamente en el caso de que estas mejoras se paguen con dinero del caudal relicto será aplicable el principio de subrogación real, pues, como ya hemos dicho, una subrogación real por la simple voluntad de los particulares, sin respetar el principio de procedencia, no es subrogación real en nuestro Derecho. En cuanto a que por subrogación real pertenece a la comunidad todo lo adquirido en virtud de un derecho perteneciente al caudal relicto, creemos que para saber si se da o no la subrogación real hay que examinar antes el derecho de que se trate, y si del derecho ha de entrar en el caudal relicto un bien que proceda de otro antiguo perteneciente a la herencia indivisa. La regla general establecida por el Derecho alemán, para nosotros no siempre es aceptable en todos los supuestos, sino que se trata de una verdadera situación de hecho.

LACRUZ BERDEJO establece esta distinción cuando dice que, como es natural y constante en la comunidad, quedan integrados en el patrimonio hereditario todos los aumentos que experimente *ab intra* (accesión continua y discreta) y por subrogación real; en este caso, los bienes adquiridos a consecuencia del ejercicio de un derecho perteneciente a la misma y los recibidos por indemnización por pérdida, deterioro de objetos hereditarios o por permuta con ellos o los comprados con dinero relicto; el dinero procedente de la venta de bienes de la herencia o las acciones para hacer efectivo el precio, etc.

GARCÍA VALDECASAS (12), por el contrario, admite que en virtud del principio de subrogación real, pertenece al caudal relicto lo que se adquiere en virtud de negocio jurídico referente a la herencia, bien sea porque el adquirente manifiesta su voluntad de adquirir para la comunidad, bien sea porque la adquisición se efectúa a costa del caudal hereditario, en cuyo caso se presume que es para la herencia. Como ya hemos dicho anteriormente, no estamos de acuerdo en considerar un caso de subrogación real el primer supuesto que apunta GARCÍA VALDECASAS. ROCA SAS-

(10) Nota de TH. KIPP: También así DRESDE SACHS RFFLA, 516 y ss., párrafo 2.041, admite que el bien sea afecto subjetivamente por el adquirente.

(11) Nota de TH. KIPP: De otra opinión. PLANCK-STROBAL, par. 2.041; FRANZ LEONHARD, par. 2.041, 1; BGB, par. 2.041, 1.

(12) GARCÍA VALDECASAS, ob. cit., págs. 413 y ss.

TRE (13) también se muestra de acuerdo con el texto alemán, sin distinciones, y para FERRANDIS VILELLAS (14), el principio de subrogación real no es privativo del patrimonio separado, sino característico de la *universitas*, y en virtud del cual entran en la masa hereditaria los bienes que los coherederos adquieran por compra con dinero de la herencia o, en el caso inverso, el dinero que reciban por vender bienes hereditarios. Aunque no dice más, presumimos que admite la subrogación real en caso de indemnizaciones por bienes hereditarios.

La jurisprudencia española siempre se ha mostrado favorable a la aplicación de la subrogación real en la comunidad considerándola como muy beneficiosa. En una sentencia de 12 de diciembre de 1958 se dice «que no existe prohibición de que vengan a integrar la masa de la herencia, junto con los primitivos bienes, aquellos otros que con origen en ellos hayan sido adquiridos en fecha posterior por los que han tenido la dirección y administración de ella». Esta sentencia viene a reforzar nuestra opinión de que no hay subrogación real por la simple voluntad de los particulares sin respetar el principio de procedencia u origen. Lo mismo las sentencias de 21 de febrero de 1923 y 8 de abril de 1930, que dicen textualmente: «Habiendo en la herencia un derecho de retro-venta, y ejercitándolo un coheredero, los bienes objeto de este derecho se adquieren para el caudal y deben incluirse con el inventario», si se pagó con dinero no hereditario, dice LACRUZ BERDEJO, y con él todos los autores, el que tal hizo tendrá un derecho de reembolso contra la masa, y añadimos nosotros, que actuando de esta forma el bien pertenece a la herencia indivisa por acuerdo o voluntad del adquirente, pero no por subrogación real.

Al contrario de España, Alemania, Suiza, Francia e Italia siguen el sistema romano de cuotas, es decir, que cada heredero tiene derecho a una cuota sobre cada uno de los bienes singulares que componen la comunidad, creándose así tantas comunidades como bienes haya. Según el artículo 1.220 del Código Civil francés, la indivisión es un simple estado de hecho que el Derecho tolera en la medida en que es un efecto ineludible de las circunstancias. La indivisión no comprende lo que puede dividirse natural y automáticamente, como ocurre en los casos de los créditos (art. 1.220 del Código Civil francés). Según el sistema de comunidad romana, inmediatamente de abrirse la sucesión, las deudas y los créditos se dividen entre los coherederos, por lo que el principio de la subrogación real se limita en gran manera con respecto a nuestro sistema.

Pero una célebre sentencia de las Cámaras Reunidas de 5 de diciembre de 1907, estableció, en contra del Derecho positivo, que cae en la indivisión el crédito del precio de venta de un inmueble subastado. La

(13) R. M.^a ROCA SASTRE, ob. cit., págs. 10 y ss. Comentario a TH. KIPP.

(14) FERNÁNDEZ VILELLAS, ob. cit., págs. 77 y 119 y ss.

doctrina y la jurisprudencia francesas desde entonces establecen este principio como regla general, que ha llegado a ser clásica. Según MARC LAURIOL (15), el bien nuevo se somete al régimen de indivisión en la medida en que, según los principios generales, es susceptible de verse aplicar estas reglas; por ello distingue LAURIOL según se trate de una subrogación real en el primero o segundo grados.

Según el sistema de la comunidad germánica, los coherederos no pueden vender bienes singulares de la comunidad sino conjuntamente o uno en nombre de todos, si bien una sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1958 establece que el coheredero podrá, incluso en estado de indivisión, enajenar por sí mismo no sólo la porción o cuota ideal que le corresponde en el as hereditario, sino igualmente las cosas determinadas en el caudal relicto, si bien con eficacia puramente condicional, o sea, subordinada en todo caso al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en todo o en parte en las operaciones divisorias. En tesis general —dice la sentencia—, la venta otorgada en situación de indivisión sólo ha de reputarse condicional, pero no nula.

Pues bien, como dice LAURIOL, en el caso del crédito del precio, si prevalece el artículo 1.220 del Código Civil francés, el crédito del precio se divide inmediatamente y la subrogación real queda excluida; pero como la decisión jurisprudencial ha prevalecido por encima del Código Civil, el artículo 1.220 no rige más que en las relaciones de los herederos con el deudor, pero entre los herederos el crédito cae en la indivisión. La decisión jurisprudencial ha llegado a ser regla general y es aplicable por analogía a todos los créditos hereditarios.

La subrogación real en primer grado no presenta problema, pero en caso de reemplazo—dice LAURIOL—es otra cosa, en primer lugar, porque no se ha dado ninguna solución positiva y porque muchos autores la han negado basándose en el efecto declarativo de la partición. En efecto, el efecto declarativo de la partición en caso de reemplazo no sólo fija la calificación jurídica de los bienes, sino que considera que los actos celebrados durante la indivisión lo han sido por el heredero atributario. Con este carácter, el llamamiento a la subrogación real no viene solamente a declarar que el bien nuevo procede del antiguo, sino también a considerar el efecto declarativo sobre el bien indiviso primitivo, a fin de proteger al heredero atributario de los actos celebrados por los no atributarios sobre el bien.

Si la solución del efecto retroactivo de la partición no presenta problemas en la subrogación en primer grado y se admite sin dificultad, no ocurre lo mismo con el reemplazo. No obstante estos problemas, opina

(15) MARC LAURIOL, *ob. cit.*, t. I, pág. 118, y t. II, págs. 264 y ss.

LAURIOL que no hay duda de que la aceptación del principio de subrogación real también en su fase de reemplazo es la solución más lógica y satisfactoria, además de que al estar la subrogación real subordinada a la prueba de la procedencia lleva en sí su seguridad.

Entre nosotros no se ha planteado este problema, pero no hay razón para que no se acepte la subrogación real en la comunidad hereditaria por reemplazo, por acuerdo conjunto de los coherederos o de uno en nombre de todos. La subrogación real en la comunidad hereditaria es automática, presumiéndose que pertenece a la herencia, salvo prueba en contrario, la cual correspondería a quien alegara lo contrario.

B) LA SUBROGACIÓN REAL EN LA HERENCIA ACEPTADA A BENEFICIO DE INVENTARIO Y EN EL LLAMADO BENEFICIO DE SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS

El principio de subrogación real no plantea problemas en estas dos modalidades de aceptación de la herencia por el heredero. En estos campos, la subrogación real se aplicará de pleno derecho y automáticamente, y en ambos casos se producirá la separación de patrimonios pertenecientes a un mismo titular, ya que una masa de bienes está afecta a una responsabilidad especial y sometida a una administración que la configura como patrimonio autónomo (16).

Mientras el beneficio de inventario protege el interés del heredero y de los acreedores, el de separación de patrimonios va a proteger a los acreedores del caudal relicto preferentemente.

Dice el artículo 1.010 del Código Civil: «Todo heredero puede aceptar la herencia a beneficio de inventario, aunque el testador se lo haya prohibido».

También podrá pedir la formación de inventario, antes de aceptar o repudiar la herencia para deliberar sobre este punto.

Conforme al artículo 1.023 del Código Civil, el beneficio de inventario produce en favor del heredero los efectos siguientes:

a) El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcanzan los bienes de la misma.

b) Conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto.

(16) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho de sucesiones*. La sucesión en general. Beneficio del heredero, págs. 127 y ss. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones*, ob. cit., páginas 380 y ss. ROCA SASTRE, *La subrogación real*, ob. cit. MEZQUITA DEL CACHO, «Principales aplicaciones de la subrogación real en nuestro Derecho», en *Rev. de Derecho Español y Americano*, año IV, núm. 17, enero-marzo 1959.

c) No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia.

El beneficio de inventario supone, por tanto, dos masas de bienes individualizados, tanto jurídicamente, por estar sujetos a una responsabilidad y administración, como materialmente, puesto que los bienes constan en un inventario. Aunque el heredero es el verdadero dueño de los bienes relictos, hasta tanto que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración (art. 1.026 del Código Civil).

Al heredero, como administrador nato de la herencia del causante, se le exige en la administración primero, y en la liquidación después, una diligencia normal (art. 1.031 del Código Civil), la cual incluye, según el artículo 1.030 del Código Civil, que «cuando para el pago de los créditos y legados sea necesaria la venta de bienes hereditarios, se realizará ésta en la forma establecida por la LEC (arts. 1.020 y 1.030 y sigs.; autorización judicial pública y el Juez acordará el destino que deba darse al precio, art. 1.024-2 del Código Civil) respecto a los abintestatos y testamentarías, salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa».

El sistema seguido es el mismo que ya vimos en la venta de los bienes del menor. El Código Civil italiano (arts. 973 y 974) requiere la oportuna autorización judicial bajo pena de perder el beneficio, y el Código Civil francés hace la distinción según que los bienes sean muebles o inmuebles. Para los primeros (art. 805, 1.º) se requiere la autorización judicial, y para los inmuebles, el artículo 806 exige además la entrega del precio a los acreedores hipotecarios. El artículo 796 del Código Civil francés reconoce al heredero la facultad de vender los objetos susceptibles de desaparecer o que sean costosos de conservar mediante autorización judicial y por el procedimiento de subasta pública (17).

Nuestro Código Civil establece en su artículo 1.024, 2.º: «El heredero perderá el beneficio de inventario: 2.º Si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización judicial o la de todos los interesados, o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización». El heredero en este caso señalado perderá el beneficio, pero la venta realizada no será nula.

Dadas las facultades de administración del heredero o de cualquier otra persona (art. 1.026 del Código Civil) sobre la herencia del causante,

(17) ROBERTO RUGGIERO, *Instituciones de Dr. civil*, trad. 4.ª italiana, v. 1 y 2, Madrid, 1924 y 1951, págs. 1030 y ss. PLANIOL, t. III, *Droit civil. Traité Élémentaire*, París, 1927, núms. 2.011 y 2.102 y ss. BAUDRY-LACANTINIERE, *Précis de Droit civil*, ob. cit., t. III, núms. 654 y ss. Beneficio d'inventaire, París, 1927.

se produce la subrogación real del precio, que sustituirá a los bienes vendidos, y las indemnizaciones recibidas por la pérdida, destrucción o deterioro de los bienes que componen el caudal relicto. La subrogación real se produce tanto por el crédito del precio todavía no pagado, como por el dinero recibido ya por el heredero, sin que tenga interés para nosotros ni hagamos distinción entre el crédito debido o pagado, a diferencia de la doctrina francesa. Aunque, en principio, no parece conforme con la finalidad liquidadora que se lleva a cabo por el heredero o por cualquier otra persona de la herencia, nada se opone a que se produzca la subrogación real por reemplazo del dinero procedente de la venta anterior de bienes hereditarios. También el Juez puede establecer el empleo del precio en la compra de efectos públicos, valores mobiliarios, etc.

El beneficio de separación de patrimonios, procedente del Derecho romano, es un derecho reconocido a los acreedores del causante por el cual se persigue que los bienes hereditarios no puedan destinarse al pago de las deudas particulares del heredero, que acepta la herencia pura y simplemente, hasta que hayan sido pagados los acreedores de la herencia. Nuestro Código Civil no lo regula como institución independiente, aunque sí lo recogió el proyecto de 1851, siguiendo la moda francesa, en sus artículos 871 y 872 (sección 6.^a, cap. I, tít. III, ley III), por medio de los cuales se producía una separación de bienes, no de patrimonios, distinguiendo según se tratara de muebles o inmuebles. El único texto que la regula es el artículo 264 de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña.

La mayor parte de la doctrina establece que al aceptar el heredero la herencia pura y simplemente, se produce una confusión de los patrimonios, y que los acreedores de la herencia, legatarios y acreedores personales del heredero concurren con igual derecho (18). GARCÍA-BERNARDO LANDETA dice que no hay conservación de la herencia como patrimonio separado al fin de mantener íntegro el patrimonio del causante; que la herencia no queda bloqueada, como patrimonio del deudor, en beneficio de sus acreedores, sino que es el patrimonio del heredero, que acepta pura y simplemente el que queda sujeto al pago, y que el heredero, como tal, responderá de las deudas, de acuerdo con el artículo 1.911 del Código Civil.

Sin embargo, varios autores, cada vez más numerosos, reconocen a los acreedores de la herencia un derecho preferente frente a los legatarios y acreedores personales del heredero. VALLET DE GOYTISOLO (19) considera que el beneficio de separación de patrimonios es un principio general

(18) ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA, «Crítica de un privilegio: el beneficio de separación», en *Rev. Dr. Not.*, 1966, núm. 51, págs. 99 y ss.; y *Rev. Dr. Not.*, 1966, núm. 53-54, págs. 109 y ss.

(19) VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho sucesorio*, J. E. J., Madrid, 1955. A. D. C., t. V, págs. 908 y ss.

tradicional e implícito en nuestro sistema positivo. LACRUZ BERDEJO (20) dice que existe este derecho de preferencia, pero no fundamentado en la LEC, si bien este cuerpo legal refleja un principio general, regulado en el Proyecto de Código Civil de 1851, y que sin estar expresado en ningún lugar en el Código vigente, se halla implícito en él, como en la LH. Para ROCA SASTRE (21), este beneficio se halla establecido por el Código Civil porque tales juicios universales sucesorios quedan resueltos en la LEC. GARCÍA BAÑÓN (22) hace la distinción de que este privilegio o beneficio se encuentra regulado en la LEC mediante una separación de patrimonios, y en la LH mediante una separación de bienes.

En el Código Civil francés, como en el italiano, el beneficio de separación no evita la confusión de los patrimonios en manos del heredero, recayendo el derecho preferente de los acreedores no sobre el patrimonio (herencia) en general, sino sobre bienes concretos, haciéndose la distinción de muebles e inmuebles. Por el contrario, el Código Civil alemán y la mayoría de los autores españoles consideran el beneficio de separación de patrimonios como el caso típico de patrimonio autónomo sometido a una responsabilidad y régimen de administración especial, con los mismos resultados y efectos que el beneficio de inventario.

Observando, por tanto, que se produce una separación de patrimonios, y que el del causante es considerado como un patrimonio de administración, la subrogación real se produce en el precio de los bienes hereditarios vendidos, en el crédito del precio si no se ha pagado todavía y en caso de indemnización por destrucción, deterioro o pérdida de dichos bienes o por expropiación forzosa. El que en cierta forma enumeremos los casos más frecuentes en los que se suele producir la subrogación real, no quiere decir en forma alguna que esta enumeración sea exhaustiva, sino todo lo contrario, pues siempre que se den las condiciones para que se produzca la subrogación real debe funcionar. Como en el caso anterior, la subrogación real será de pleno derecho y automática. En el Derecho alemán, y según su doctrina de la subrogación real, se produce ésta en: 1.º, lo adquirido en virtud de un derecho perteneciente al patrimonio relicto; 2.º, lo adquirido por indemnizaciones recibidas por la destrucción, pérdida y deterioro de los bienes hereditarios, y 3.º, lo adquirido en virtud de negocio jurídico que se refiera al caudal relicto (23).

(20) LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones*, ob. cit., págs. 372 y ss.

(21) ROCA SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», en *A. D. C.*, t. XIII, oct.-dic., págs. 1157 y ss.

(22) GARCÍA BAÑÓN, *El beneficio de separación*, Rialp, S. A., Madrid, 1962, páginas 58 y ss. y 67 y ss. CASTÁN TOREÑAS, *Derecho de sucesiones*, ob. cit. páginas 132 y ss.

(23) ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t. I, *Parte general*, Bosch, Barcelona, 1934, páginas 614 y ss.

En Francia y en Italia, por el contrario (24), el beneficio de separación de patrimonios se presenta como una verdadera seguridad real y confiere al acreedor hereditario o al legatario de una suma de dinero, un derecho de preferencia o privilegiado en contra de los acreedores personales del heredero, sobre los bienes que componen la sucesión. El artículo 2.111 del Código Civil francés prevé la inscripción del privilegio sobre los inmuebles, y con relación al artículo 2.113, la separación es en realidad una verdadera hipoteca. Según PLANIOL (25), el derecho de preferencia que el acreedor tiene sobre una cosa, se traslada sobre el precio y no puede ejercitarse más que sobre él. El precio subroga al inmueble (o mueble) y el beneficio de los acreedores debe subsistir en las mismas condiciones. Si los bienes muebles se han confundido con los del heredero—observa—, la ley nada dice, pero la extinción es inevitable. Boudry-LACANTINERIE (26) opina que la separación de patrimonios supone: 2.º, la subrogación real del crédito del precio de los bienes hereditarios vendidos por el heredero, según la máxima *in iudiciis universalibus...*, y dice el crédito del precio, porque si el precio ha sido pagado al heredero, y se confunde con los otros bienes, la separación de patrimonios no se puede conseguir.

Para LAURIOL (27), la acción del acreedor separatista es favorable al juego de la subrogación real, que se aplica de pleno derecho: a) sobre el crédito del precio de venta después del embargo del acreedor; b) sobre el crédito del precio de los bienes hereditarios vendidos voluntariamente por el heredero, y c) sobre los bienes adquiridos a cambio o en reemplazo de este precio. La jurisprudencia francesa la reconoce en varias sentencias (28).

Sin embargo—dice LAURIOL—, la subrogación real presenta serias dificultades en su aplicación. El primer problema surge de la publicidad sobre el inmueble nuevo adquirido por cambio o reemplazo de un bien hereditario. El artículo 2.111 del Código Civil francés prevé una inscripción especial, que parece lógico que fuera hecha sobre el nuevo bien. ¿Se debe admitir esta conservación a condición de que la inscripción se haga sobre el nuevo bien en los seis meses de la adquisición de este bien?

(24) MARC LAURIOL, ob. cit., t. II, págs. 270 y ss. PLANIOL, ob. cit., 10.ª edic., París, 1927, pág. 531, núms. 2.170 y ss. BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., págs. 431 y ss., núms. 797 y ss, 13.ª edic. PAULMIER, ob. cit., págs. 297 y ss. HENRY, ob. cit., páginas 173 y ss.

(25) PLANIOL, ob. cit., núms. 2.196 y ss.

(26) BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núm. 803, pág. 434.

(27) MARC LAURIOL, ob. cit., núm. 602, págs. 270 y ss.

(28) Sentencia de la Cámara de Apelaciones de 25 de junio de 1828 (S. 1828, 1.120) y sentencia de 7 de agosto de 1860 (D. 1860, 1.506); sentencia de la Corte de Nîmes de 21 de julio de 1852 (S. 1853, 2.701); sentencia de la Corte de Caen de 9 de febrero de 1860 (D. 1860, 2.193).

El artículo en cuestión prevé que la inscripción debe ser hecha en los seis meses siguientes a la apertura de la sucesión.

Como la subrogación real tiene por misión conservar el privilegio originario y su rango tal como se tenía sobre el antiguo bien, parece lógico que si se hace dentro del plazo establecido por el artículo 2.111 del Código Civil, la publicidad sobre el inmueble subrogado aparecerá como una simple *publicité de rappel*. Pero en realidad—dice LAURIOL—, el problema se presenta cuando se hace la inscripción tardíamente; en este caso desaparece un efecto importante de la subrogación real en las seguridades reales, pues aunque le niega al acreedor separatista el rango que le confería el artículo 2.111 del Código Civil, se le reconoce, al menos, el previsto en el artículo 2.113 del Código Civil; el privilegio de separación de patrimonios, degenerando en simple hipoteca, toma su rango desde la fecha de su inscripción.

La otra dificultad a que alude LAURIOL se refiere a la prescripción extintiva de los derechos. El artículo 880 del Código Civil francés exige respecto a los muebles, que la separación sea pedida en el plazo de tres años, mientras que con relación a los inmuebles basta que permanezcan en manos del heredero. Pero se pregunta LAURIOL: ¿qué ocurre cuando el crédito del precio de un inmueble vendido por el heredero subroga al inmueble mismo? ¿Se puede decir que este crédito está sometido a la prescripción de tres años o conviene continuar aplicando el régimen previsto para los inmuebles?

Este problema—dice LAURIOL—ha llamado la atención de la doctrina y jurisprudencia. La Corte de Casación ha admitido la reservabilidad de la demanda de separación de patrimonios sobre el precio de venta, mientras que el precio de venta esté en manos del adquirente. Los autores que siguen este criterio se basan fundamentalmente en el principio de subrogación real, que tiende a aplicar al nuevo inmueble el mismo régimen que existía sobre el inmueble antiguo, según el principio *subrogatum sapit naturam subrogati* (29). Para LAURIOL esta postura es insuficiente, puesto que, según él, la subrogación real no puede jamás transportar el derecho antiguo sobre el bien nuevo más que en la medida en que éste sea susceptible, según las reglas que le son propias, conforme a la teoría general.

HENRY (30), basándose en la naturaleza mueble del crédito, del precio, se muestra partidario de la aplicación a éste del plazo de tres años, que se contarán no desde la apertura de la sucesión, sino desde su venta. Hay una tercera consideración, teniendo en cuenta que el artículo 880 del Código Civil prevé la conservación del beneficio por su demanda en tiempo

(29) AUBRY Y RAU, ob. cit. Ripert et Boulanger, III, núm. 2.661.

(30) HENRY, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*. Thèse pour le doctoral, París, 1913, págs. 175 y 176.

útil; pero esta conservación—dicen—no se concibe más que respecto a los bienes, cualquiera que sean, que se encuentren en la sucesión. Desde el momento que uno de estos bienes es vendido, el privilegio trasladado sobre el precio entra, por su misma naturaleza, en su fase de realización. Por efecto de la subrogación real, el privilegio no puede ejercerse más que sobre el crédito del precio. Además, puesto que se trata de una seguridad real, el crédito previsto es el precio obtenido por el embargo y no por la venta voluntaria del deudor.

Según LAURIOL, de estas tres posturas, la primera jurisprudencial parece la más justa, por la que la separación se conserva sobre el bien nuevo, cualquiera que sea, en la medida en que ha sido demandado en tiempo útil sobre el antiguo bien. La solución—termina LAURIOL—debe buscarse en los principios generales que rigen la separación de patrimonios y que no pueden ser modificados por la técnica de la subrogación real.

En España este problema no se plantea, pues al someter el patrimonio hereditario a una administración especial, se comprenden dentro de él, por subrogación real, tanto el crédito del precio de bienes vendidos como el precio ya pagado, puesto que no se va a producir una confusión de este dinero con el patrimonio personal del heredero.

C) LA SUBROGACIÓN REAL EN LA HERENCIA YACENTE

Se dice que la herencia está yacente *hereditas iacet* cuando a la muerte del causante, la herencia está diferida, pero no aceptada por el heredero. En este espacio de tiempo, que puede ser más o menos largo, la herencia se halla en una situación especial, que requiere una administración para proteger al caudal relicto contra el abandono en que se halla o ante el peligro de que desaparezca todo o parte. A veces, el hecho de que la herencia se halle en administración se prolonga incluso más allá de la fecha de aceptación del heredero, cuando éste acepta la herencia a beneficio de inventario.

Nuestro Código Civil no la regula directa y sistemáticamente, pero alude a ella en los artículos 1.934 y 1.020, que dicen: «En todo caso, el Juez podrá proveer, a instancia de parte interesada, durante la formación de inventario y hasta la aceptación de la herencia, a la administración y custodia de los bienes hereditarios, con arreglo a lo que se prescribe para el juicio de testamentaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil». El artículo 99 de la Compilación de Cataluña establece que «yacente la herencia, el heredero llamado podrá realizar actos posesorios de conservación, vigilancia y administración de la herencia, así como promover interdictos en defensa de bienes. Estos actos por sí solos no implican acepta-

ción, a menos que con ellos se hubiere tomado el título o cualidad de heredero».

Se ha discutido mucho la naturaleza jurídica de la herencia yacente. La más antigua jurisprudencia romana—dice CASTÁN (31)—la consideraba como una herencia carente de dueño; otra más posterior consideró que en la herencia yacente se seguía la personalidad jurídica del causante. Los pandectistas alemanes consideraron la herencia yacente como una persona jurídica por medio de una ficción; pero la doctrina reciente y también el Tribunal Supremo y la Dirección General, además de admitirla en nuestro Derecho, la consideran como un patrimonio sin sujeto, mantenido por el Derecho objetivo como un complejo unitario en interés del titular futuro. Según LACRUZ BERDEJO (32), hay una situación de la herencia en la que no habiendo aceptado ningún llamado, tampoco hay una administración preordenada. La herencia se halla yacente en espera de un titular que todavía no tiene, pero además se halla carente de un órgano de administración, porque no se ha dado ninguno de los supuestos en los cuales la ley establece su ordenada gestión. Lo mismo opinan MANRESA, SÁNCHEZ ROMÁN, ROCA SASTRE y GITRAMA (33).

En los Derechos germánicos, por el contrario, al considerar que la herencia pasa automáticamente, *ipso iure*, al heredero desde la muerte del causante, no consideran esta situación de herencia yacente (34). Francia sigue este sistema.

Las causas que pueden motivar que la herencia se halle yacente pueden ser las siguientes: que fuese constituido heredero un *nasciturus* ya concebido e incluso no concebido (arts. 965, 966 y 967 del Código Civil); cuando ha sido instituido un heredero bajo condición; cuando el heredero sea una persona desconocida o cuando el heredero no exprese su voluntad de aceptar o repudiar la herencia todavía, y cuando se difiera la herencia a una fundación que ha de constituirse.

SÁNCHEZ ROMÁN (35), y después otros autores, distinguió entre una administración testamentaria, una legal y otra judicial. GITRAMA (36)

(31) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho de sucesiones. La sucesión en general*, páginas 95 y ss. y 157 y ss. Resolución de la D. G. de 17 de marzo de 1919, entidad jurídica especial. Sentencia del T. S. de 21 de junio de 1943: se otorga transitoriamente y para fines limitados una consideración unitaria.

(32) LACRUZ BERDEJO y M. ALBALADEJO, *Derecho de sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1961, págs. 419 y ss.

(33) MANRESA, *Comentarios*, t. VII, 6.ª edic., págs. 481 y ss. SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho civil*, vol. VI, 3.ª y 3.ª edic., Madrid, 1910, págs. 1798 y ss. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, t. II, Barcelona, 1954, pág. 239. GITRAMA, *La administración de la herencia en el Derecho español*, págs. 456 y ss.

(34) BINDER, *Derecho de sucesiones*, traducido por LACRUZ BERDEJO, Barcelona, 1955, pág. 35, 2.ª edic. alemana.

(35) SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., págs. 1799 y ss.

(36) GITRAMA, ob. cit.

considera una administración convencional, y LACRUZ BERDEJO (37) distingue cuatro clases de administración: 1.^a Una administración legal de la herencia bajo condición. 2.^a Una legal del propio heredero aceptante: beneficio de inventario. 3.^a Una administración establecida y regulada por el causante en virtud del principio de autonomía de la voluntad. 4.^a Una administración regulada por la ley a instancia de parte o de oficio, que es luego judicialmente intervenida, sometida o no, en cuanto al nombramiento del administrador y reglas de la administración, a la disposición del testador o a lo convenido entre las partes.

El administrador, cualquiera que sea, desempeña un oficio público de defensa de los bienes hereditarios, subordinando su actividad al Código Civil y a la LEC. Dentro de las facultades que a nosotros nos interesan, que tiene el administrador con relación a la subrogación real, hay que distinguir entre actos de administración ordinarios o de conservación, y actos de administración extraordinarios. Dentro de estos últimos establece el artículo 1.030 de la LEC: «Durante la sustanciación del juicio de abintestado no se podrán enajenar los bienes inventariados. Exceptuándose de esta regla:

- 1.º Los que puedan deteriorarse.
- 2.º Los que sean de difícil y costosa conservación.
- 3.º Los frutos para cuya enajenación se presenten circunstancias que se estimen ventajosas.
- 4.º Los demás bienes cuya enajenación sea necesaria para el pago de deudas o para cubrir otras atenciones del abintestado».

Para estas ventas (art. 1.031 del Código Civil) se requiere autorización judicial, subasta pública y previa evaluación por los peritos, y si se tratara de efectos públicos, se hará al precio de cotización por medio de Agente de Bolsa o Corredor que nombrará el Juez.

La subrogación real en la herencia yacente se da de pleno derecho y automáticamente. En el caso de venta de estos bienes, el precio sustituirá a la cosa, y en el número 4 se dará la subrogación real por el excedente después de pagadas las deudas. También se dará la subrogación real en la adquisición de indemnizaciones por destrucción, deterioro o pérdida de un bien perteneciente a la herencia yacente. De todas formas para ver si se da o no la subrogación real, se estará al caso concreto y a las facultades del administrador, sin perjuicio de considerar que estos casos son propicios para que se aplique de pleno derecho el procedimiento de conservación en valor de los derechos, que es la subrogación real.

(37) LACRUZ BERDEJO, ob. cit., pág. 428.

Cuando la administración de la herencia yacente ha sido establecida y regulada por el causante o por las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, se tendrá que considerar la facultad concedida por el testador al administrador o albacea; si las facultades son amplias, el principio de subrogación real será aplicado más veces, siempre, claro está, que no sea contrario a las leyes, buenas costumbres, etc. En este caso de facultades amplias, el administrador puede permutar unos bienes por otros, disponer no solamente en los casos establecidos anteriormente en el artículo 1.030 de la LEC, sino vender bienes y emplear el dinero en otros más productivos aprovechando un momento favorable en el comercio, etc.

La subrogación real dependerá, por tanto, de cada caso concreto y de las facultades concedidas al administrador. A mayor facultad dispositiva, mayor campo de aplicación de la subrogación real. Todo bien que entre en la herencia procedente de otro que antiguamente perteneció a ella, a través de un vínculo directo de procedencia, entrará a formar parte de la herencia y se le aplicará el mismo régimen que el antiguo y quedará afecto a la misma finalidad.

D) LA SUBROGACIÓN REAL EN LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA

Ya hemos visto cómo en el Derecho romano, y concretamente en la *petitio hereditatis*, no se conocía el principio de subrogación real, si bien regulaba una extensión de la pretensión del heredero verdadero no sólo sobre los objetos o bienes hereditarios, sino también sobre lo adquirido con bienes de la herencia o sin ellos, pero cuando la adquisición, en este segundo caso, fuera hecha por el heredero aparente para la herencia o que fuera de gran utilidad para ella. En la glosa de BARTOLO, y precisamente comentando esta acción, hemos visto cómo tomó carta de naturaleza y se estableció este célebre principio de subrogación real.

En la actualidad, en Francia, Italia, Alemania y España, excepto raras excepciones doctrinales, admiten el juego amplio de la subrogación real en la acción de petición de herencia, aunque—como en España y Francia—se carece de una adecuada reglamentación legislativa. Concretamente en España carecemos de un estudio general de la acción de petición de herencia, pero hacen alusión a ella los artículos 192, 1.016 y 1.021 del Código Civil y artículo 323 de la Compilación de Navarra.

A pesar de la carencia de legislación sobre el tema, el juego de la subrogación real se aplica en la práctica y en la teoría basándose, entre otras razones, en los principios generales de la institución. Así, LACRUZ

BERDEJO (38) dice que cabe una suerte de subrogación de los valores que han ingresado en el patrimonio en lugar de los relictos que de ella salieron, aun cuando el Código Civil no lo ordenara, y ello por identidad de razón de otros preceptos que la establecen, y porque el heredero aparente no puede resultar, en relación al real, de mejor condición que el propietario frente al usufructuario, y el señorío directo frente al útil, etc. En particular, hay que tener en cuenta también los artículos 197, 177 y 1.778, 1.897, 812 y 978, 1.337 y 1.396, del dicho Código, los cuales admiten la subrogación real, algunos en supuestos muy semejantes con la acción de petición de herencia, como es el caso del artículo 197—retorno del ausente declarado fallecido—. Para CASTÁN TOBEÑAS (39), el heredero aparente o mero poseedor debe restituir al heredero real los bienes hereditarios que posea o el equivalente obtenido por la najaenación, cobro, etc., de lo que originariamente existía en el caudal relicto detentado por él. GULLÓN BALLESTEROS (40) considera erróneo que para que se produzca la subrogación real sea necesario que una norma así lo establezca. En la acción de petición de herencia no hay necesidad de tal declaración; una vez obtenida por el heredero verdadero la sentencia favorable, se declara—dice—el ingreso automático en su patrimonio de toda contraprestación obtenida por la enajaenación de un bien relicto. ROCA SASTRE (41) cree que en esta materia debe jugar la subrogación real principalmente por tratarse de un patrimonio o universalidad de bienes, además de constituir una realidad institucional, aplicándose también por analogía con los artículos dichos anteriormente y por razones de equidad y de tráfico jurídico que imponen proteger la confianza en las apariencias. Para MEZQUITA DEL CACHO (42) estamos ante un patrimonio destinado, es decir, en función de conservación de la integridad del patrimonio o masas patrimoniales, cuya titularidad es dudosa. De la misma opinión son otros autores españoles (43).

En Francia, y a pesar de la ausencia de todo texto que prevea la subrogación real en la acción de petición de herencia, opina LAURIOL (44) que aquélla debe ser plenamente admitida. Si el bien que se reclama tiene un origen sucesorial, si está unido por un vínculo de procedencia al patrimonio

(38) LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones*. Parte general, págs. 446 y 589 y siguientes.

(39) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil*, ob. cit., págs. 344 y ss.

(40) ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, «La acción de petición de herencia», *A. D. C.*, t. XII, año 1959, págs. 223 y ss.

(41) ROCA SASTRE, *Subrogación real*, ob. cit., y *Tratado de Kipp*, t. V, 1.^a edic., Barcelona, 1951, págs. 285 y ss. y 383 y ss.

(42) MEZQUITA DEL CACHO, ob. cit.

(43) DE DIEGO, ob. cit., pág. 467. FONCILLAS, «El heredero aparente», *Rev. Crit. Dr. Inm.*, 1931, pág. 164.

(44) MARC LAURIOL, ob. cit., t. II, núms. 597 y 469, y t. I, núm. 198.

del difunto, del cual presenta una fracción, es automáticamente englobado en la reclamación, puesto que ésta recae sobre todo lo que se encuentra en la parte sucesorial del demandante considerada en su valor global. Un destino en valor hace lógica, económica y moralmente deseable el juego de la subrogación real. Toda decisión especial de subrogación real supone un destino en valor, pero éste es más amplio que la decisión especial, que llama á una subrogación real sin límites. Se puede decir: 1.º, que en la acción de petición de herencia, la subrogación real está efectivamente prevista como tal por la decisión de destino en valor, y 2.º, que entra en la lógica objetiva de este destino. Es decir, que aquí existe una decisión general de subrogación real, una decisión que crea un régimen general en el que la subrogación real es llamada a jugar su papel. Casi todos los autores franceses admiten la subrogación real, a pesar de la carencia de texto (45).

En Italia, lo mismo que en España y Francia, la doctrina predominante aplica el célebre principio de subrogación real en la acción de petición de herencia (46), a pesar de su escasa regulación. Unos autores, como COVIELLO (47), no la mencionan al estudiar la acción de petición de herencia, y PIERO SCHLESINGER (48) se muestra por completo contrario a la aplicación de la subrogación real en esta institución, a pesar de ser admitida—como el autor reconoce—por la mayoría de la doctrina. La subrogación real—dice—supone dos fenómenos distintos: «En el primero se expresa la sustitución de una relación antigua por una nueva, que se somete a la misma disciplina de los bienes hereditarios según la máxima *subrogatum sapit...*, y en un segundo sentido se habla de subrogación para indicar el fenómeno por el cual la contraprestación de una venta ingresa automáticamente en el patrimonio del titular del bien vendido. Según SCHLESINGER, una subrogación en el primer caso no supone necesariamente otra en el segundo; por ejemplo, el legislador podría establecer la primera, pero no la segunda. En el caso de venta por el heredero aparente de bienes cuyo precio no ha sido aún pagado, se da—dice el autor—

(45) JULIEN BONNECASE, ob. cit., pág. 408. BAUDRY LACANTINERIE, *Precis de Droit civil*, t. III, págs. 640 y ss. Recueil e Sirey, 1927, 14.ª edic. MARCEL PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. III, París, 1927, con la colaboración de GEORGES RIPERT, *Théoria générale*, 2045. Héritier apparent, 2054. AUBRY Y RAU, ob. cit., tomo X, pág. 6. HENRY, ob. cit., págs. 344 y ss.

(46) GIANNETTO LONGO, *Studi di diritto privato. L'hereditatis petitio*, vol. XI, Padova, 1933, págs. 139 y ss. ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, trad. 4.ª edic. italiana, vols. I y II, Madrid, 1924 y 1931. SANTORO PASSARELLI, «La subrogazione reale», *Riv. Italiana per la Science Giuridiche*, 1926, pág. 71.

(47) NICOLA COVIELLO, *Delle successioni. Parte generale*, 4.ª edic., Nápoles, 1935, págs. 203 y ss. FRANCESCO SAVERTO AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1959. *Petizione di eredità*, págs. 143 y ss y 150 y ss.

(48) PIERO SCHELESINGER, *La petizione di credità*, Torino, serie II, memoria XCIV, págs. 102 y ss. y 155.

más bien una subrogación personal, o mejor dicho, representa, sobre todo, una aplicación del principio, ampliamente seguido por el nuevo legislador de *cessio actionum*. Comúnmente, el principio comentado se propone evitar que el heredero corra el riesgo de una eventual insolvencia del heredero aparente y no intenta, de hecho, introducir un fenómeno de subrogación con la eficacia más plena. SCHLESINGER nombra en su apoyo a FEDELE y a ANDREOLI (49). ¿Dónde está la norma—se pregunta el autor—por la cual se establece que lo adquirido con bienes de la herencia forma parte de ésta por subrogación real? Al no hallarla dice que se puede concluir que, ni en modo directo ni en modo indirecto, se encuentra sancionado en este ordenamiento el principio de subrogación real en el campo de la herencia. En definitiva—dice—, queda demostrado que la venta por parte del heredero aparente de un bien hereditario, se limita a determinar el surgimiento de un derecho de crédito a favor del heredero verdadero, lo cual representa la normal consecuencia de la venta de parte de un *non dominus*. No hay por qué hablar de subrogación real ni en el sentido de que la contraprestación de la venta sea adquirida directamente por el heredero verdadero, ni en el sentido de que a tal contraprestación se le atribuya la calificación de hereditaria.

No creemos, con el apoyo mayoritario de la doctrina, que la falta de regulación legislativa sea un obstáculo para la aplicación de la subrogación real, ni tampoco el hecho de dividir la subrogación real en dos fenómenos distintos, en el que la subrogación real pueda darse en uno y no en otro. Estos dos fenómenos no son sino las dos condiciones de la subrogación real: una fluctuación (venta) y una entrada automáticamente en el patrimonio hereditario de la contraprestación que procede del bien vendido.

En Alemania está regulada la subrogación real en el parágrafo 2.019 del BGB ampliamente, y la doctrina la aplica con unanimidad (50). El heredero aparente deberá devolver todo lo obtenido de la herencia, como también lo que el poseedor ha obtenido por negocio jurídico con medios de la misma (art. 2.018); así como también, por el artículo 2.020, debe entregar al heredero los provechos obtenidos y los frutos sobre los cuales el poseedor haya adquirido la propiedad.

(49) FEDELE, *La responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Milán, 1954, pág. 254, nota 270. ANDREOLI, «Note critiche in tema di subingresso ex art. 1.259 Cod. civ.», en *Rev. Trim. Dir. o Proc. Civ.*, 1953, pág. 423. Ver nota 41, página 116, de SCHELESINGER.

(50) BINDER, *Derecho de sucesiones*, trad. epl. y notas de LACRUZ BERDEJO. Barcelona, 1953, págs. 273 y ss. BEYER, *Die Surrogation bed Vermögen in Bürgerlichen Gesetzbuch*, Narburg, 1905, págs. 121 y ss. ENNECERUS KIPP-WOLFF, *Derecho de sucesiones*, t. V, 1.ª edic., Barcelona, 1951, págs. 383 y ss., cap. IV, tít. IV.

Pero el que no tenga que devolver todo lo adquirido por la herencia, no quiere decir que lo sea por el principio de subrogación real en todos los casos dichos anteriormente. En primer lugar, tenemos que decir que la subrogación real es automática y de pleno derecho en la petición de herencia, presumiéndose que lo que posee el heredero aparente ha sido comprado con bienes de la herencia, salvo prueba en contrario, que corresponderá al demandado. Para que se dé la subrogación real es necesario que el bien nuevo proceda del antiguo, es decir, que haya un vínculo de relación directa entre el bien antiguo y el nuevo.

Se puede dar la subrogación real en los siguientes casos:

1) Cuando el poseedor hereditario haya hecho una adquisición mediante un negocio jurídico, pero con medios de la herencia. Si la adquisición es de gran utilidad para la herencia y está destinada a ella, el poseedor hereditario deberá incluirla en la restitución de la herencia, sin perjuicio del crédito que tiene por el precio de la cosa comprada frente al heredero verdadero, pero no ha habido subrogación real. No es suficiente, por tanto, que el negocio jurídico se refiera a la herencia, sino que la contraprestación ha de ser tomada de la herencia. Por tanto, si el poseedor hereditario adquiere algo para la herencia, pero lo paga con sus propios bienes, no se da la subrogación (51). También, para que se dé la subrogación real, es necesario que el acto jurídico realizado por el heredero aparente sea a título oneroso, pues de lo contrario, lo adquirido por donación formaría parte de la herencia, pero sería una adquisición originaria y no derivativa.

2) Cuando el heredero aparente adquiere un crédito dando a préstamo dinero de la misma herencia, compraventa con precio aplazado, etc. Este derecho de crédito, aunque formalmente lo reciba el heredero aparente, lo obtiene inmediatamente el heredero verdadero. En este caso, un bien material es sustituido por un crédito.

3) No hay duda de que se da la subrogación real cuando, con motivo de la pérdida, destrucción o deterioro de un bien hereditario, una indemnización viene a sustituirlo o reemplazarlo, y también respecto de aquellas cosas adquiridas por razón de un derecho perteneciente a la herencia. Nosotros opinamos, sin embargo, que no puede admitirse la expresión *en virtud de un derecho perteneciente a la herencia*, de manera general. Por el contrario, el que se dé la subrogación real depende del derecho de que se trate; por ejemplo, se da la subrogación real en el ejercicio de un derecho de retroventa ejercitado con dinero de la herencia.

(51) ENNECCERUS KIPP-WOLFF, ob. cit. ROCA SASTRE, comentario y traducción de la obra anterior. MARC LAURIOL, ob. cit., t. I, págs. 248-282, y t. II, núms. 469 y 597.

4) Por último, en cuanto a los frutos de la herencia, se obtienen por razón de ella, pero están excluidos del juego de la subrogación real. En Alemania se ha discutido si no juega aquí la subrogación real, siendo la opinión de la mayoría contraria a ella (52).

Es necesario poner de manifiesto que la subrogación real se rige por principios puramente objetivos y no por consideraciones subjetivas, por lo que no interesa a ésta la buena o mala fe del heredero aparente.

E) LA SUBROGACIÓN REAL EN LAS SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS

Ya hemos visto, en «La formación del concepto de subrogación real», cómo en el Derecho romano justiniano, la acción de petición de herencia se extendió a los fideicomisos, y cómo fue esta acción de petición de herencia fundamentalmente la que sirvió, en su día, a BARTOLO para establecer las tres máximas que vinieron a definir el célebre principio de subrogación real. Hemos expuesto, además, cómo fue muy corriente en la práctica el que se vendieran bienes sujetos a fideicomiso mediante la autorización del Juez, Príncipe, Pontífice o por disposición expresa del disponente, con la obligación de invertir el precio en otros bienes rentables. Ya el Cardenal DE LUCA cita varias sentencias del Tribunal de la Rota, y respecto a una de ellas dice que era éste un método muy usado en España. Por las mismas razones que en los bienes fideicomitidos, también en la práctica se vendieron bienes feudales con autorización del Príncipe o Papa, según la autoridad que los hubiera concedido.

La aplicación del principio de la subrogación real en los fideicomisos está en función de las facultades concedidas al fiduciario, bien por ley, bien por expresa voluntad del disponente. A diferencia de Francia, Italia y Alemania, nuestro Código Civil, en el artículo 783, apartado 2.º, solamente dice que: «el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa». El Código Civil niega al fiduciario facultades de disponer de los bienes fideicomitidos, excepto en los casos *ex-necesitate*, por lo que la subrogación real no se producirá sino en caso de expropiación forzosa

(52) Ver nota de ENNECERUS KIPP-WOLFF, págs. 383 y ss., núm. 4, «Así lo quería la II Comisión» (Acta V, 714 ss.). De otra manera, PLACHCK-STROHAL, parágrafo 2.020, 3. b), porque falta la exclusión positiva del principio de la subrogación, determinado en el par. 2.019. Como aquí, ahora, PLACHCK-FLAD, par. 2.020, 2. c). Igualmente, HERZFINDER, par. 2.020, 2. BEYER quiere también la aplicación del principio de la subrogación en relación a los frutos civiles, *Subrogation*, 128 ss. Simplemente en pro de la subrogación en relación a los frutos: FRANZ-LEONHARD, parágrafo 2.020, II.

e indemnizaciones recibidas por pérdida, destrucción de los bienes, etc., o bien cuando expresamente lo haya dispuesto el testador.

Las legislaciones forales, por el contrario, regulan con más detalle las facultades del fiduciario, sobre todo las de Cataluña, Navarra y Baleares. Así, en el Derecho civil de Navarra, la Ley 232 dice: «Sin otras limitaciones que las establecidas en las leyes siguientes, el fiduciario tendrá todos los derechos que corresponden al propietario, pero habrá de restituir al fideicomisario todos los bienes recibidos, los subrogados y los incrementos que constituyan accesiones naturales y mejoras inseparables»... «El fiduciario podrá enajenar (Ley 233) y gravar los bienes como libres en los casos y modos siguientes: 1.º Cuando el disponente le hubiere autorizado para hacerlo por sí solo, en cuyo caso, los bienes adquiridos se subrogarán en lugar de los enajenados. 2.º Cuando el disponente no lo hubiera autorizado, sin prohibirlo expresamente, el fiduciario podrá hacerlo con el consentimiento de todos los fideicomisarios. En defecto del consentimiento de todos los fideicomisarios o cuando algunos de éstos sea persona incierta, futura o actualmente indeterminada, con autorización del Juez competente, que la concederá sólo en casos de necesidad o utilidad pública evidente, en acto de jurisdicción voluntaria y adoptando las medidas oportunas para asegurar la subrogación...».

Otras facultades reconocidas al fiduciario por la Ley 234 son: «2.º Cancelar por cobro créditos hipotecarios o pignoraticios y retrovender bienes comprados a carta de gracia o con pacto de retro. 3.º Otorgar las enajenaciones a que se hubiera obligado el fideicomitente y realizar cualesquiera otros actos de cumplimiento de deberes inherentes a la propiedad y anteriores a la adquisición por el fiduciario. 4.º sustituir sin detrimento del fideicomiso los bienes consumibles y los que se deterioren o desgasten con el uso.

En la Ley 235 se refiere expresamente a la subrogación real, que se produce como consecuencia de las facultades anteriores. Dice así la ley: «En todo supuesto en que, conforme a las leyes anteriores, el fiduciario enajenare como libres o sustituyere bienes objeto del fideicomiso, quedarán afectos a éste el dinero o los bienes que los sustituyeron por subrogación real».

En la Compilación de Baleares, el artículo 30 establece que el fiduciario tendrá el uso y disfrute de los bienes fideicomitidos y de sus subrogados, y el artículo 33, que por ministerio de la ley, el fiduciario podrá vender en concepto de libres los bienes fideicomitidos, con el consentimiento de los fideicomisarios y para satisfacerse de su cuota legítima y de la llamada Cuarta Trebeliana, además de para pagar deudas y cargas de la herencia, legados en metálico y gastos extraordinarios de conservación o refracción de bienes fideicomitidos.

También podrá, previa autorización judicial, siempre que el testador no lo hubiera prohibido expresamente, enajenar y gravar como libres los bienes fideicomitidos o invertir su parte en otros de mayor rentabilidad o utilidad en sustitución de los enajenados.

La Compilación de Cataluña, en su artículo 182, establece que el fiduciario tiene el uso y disfrute de los bienes fideicomitidos y de sus subrogados, y en el artículo 186, que el fiduciario puede enajenarlos en los casos establecidos por el testador o los fideicomisarios o lo permita la ley. Y dice textualmente, en su artículo 189: «El fiduciario podrá enajenar como libres bienes sujetos a fideicomiso de sustitución para reemplazarlos por otros, a fin de obtener mayor rentabilidad o utilidad, a juicio y previa autorización del Juez competente.

No procederá esta subrogación real si el fideicomitente la ha prohibido expresamente o ha dispuesto una especial prohibición de disponer incompatible con la subrogación. Si el fideicomitente hubiera permitido y regulado la subrogación, se estará a lo por él dispuesto». Si el Juez autoriza la subrogación, adoptará cuantas medidas crea procedentes para su normal efectividad y consiguiente liberación del gravamen fideicomisario de los bienes reemplazados y la sujeción al mismo de los bienes adquiridos.

El artículo 191, 3.º y 4.º, «faculta al fiduciario para concertar convenios en materia de expropiación forzosa y aceptar indemnizaciones por siniestros asegurados o por daños resarcidos por el responsable», y a «sustituir sin demora y sin detrimento del fideicomiso, las cosas que se desgasten con su uso, y entre ellas...»; «... los bienes fideicomitidos objeto de estos actos quedarán libres del gravamen fideicomisario y, en su lugar, estarán afectos al mismo el dinero u otros bienes obtenidos por el fiduciario».

La Compilación de Cataluña menciona también el principio de subrogación real al referirse al fideicomiso de residuo, según el cual—artículo 211, 2.º—, el gravamen fideicomisario subsistirá no sólo sobre los mismos bienes relictos, «sino también sobre el dinero o bienes que por subrogación real hayan reemplazado a los demás bienes fideicomitidos, sea o no por efecto de dicha facultad dispositiva del fiduciario, que se extenderá también a los subrogados».

En Francia, la doctrina, en general, admite el juego de la subrogación real (53). Según LAURIOL, la subrogación real y la indisponibilidad son dos medios complementarios que conducen a los mismos fines. Las ven-

(53) MARC LAURIOL, ob. cit., t. I, núms. 127 y ss., y t. II, núm. 699. BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núms. 1.294 y ss., t. III. PLANIOL, ob. cit., t. XII, números 3.299 y ss. y núm. 3.321, S. Poitiers, 22 de marzo de 1883 (D. 84-2-40), autorización judicial por necesidad o interés de los llamados, nunca por interés del gravado. HENRY, ob. cit., pág. 245. EDGARD PAULMIER, *De la subrogation réelle en Droit romain et en Droit français*. Thèse, Orléans, 1882.

tas permitidas limitan el campo de la subrogación real, distinguiéndose entre ventas obligatorias (art. 1.062 del Código Civil), venta de muebles corporales impuesta al gravado, excepto los que el disponente hubiera establecido que se mantuvieran en naturaleza (art. 1.063 del Código Civil francés) y los que son en realidad inmuebles por destino. Además, los artículos 1.065, 1.067 y 1.068 del Código Civil francés destacan una operación que no es en realidad una venta, en el sentido habitual de la palabra, pero que realiza una fluctuación importante con relación a la subrogación real: el empleo de los fondos comprendidos en la sustitución, en los plazos y condiciones establecidos en estos artículos.

Dentro de las ventas facultativas, están las ratificadas por los fideicomisarios y las establecidas por el disponente. La jurisprudencia francesa acepta la venta autorizada por el Juez competente en casos de necesidad y ventaja evidente para los llamados, y en este caso la venta se hace en la forma establecida en la venta de bienes de menores.

En el caso—dice LAURIO—de que la subrogación real sea establecida en una cláusula de reemplazo por el testador, la venta está permitida precisamente por la subrogación, a diferencia de la venta permitida pura y simplemente. Este es el medio de que se han valido la doctrina y la práctica francesa para hacer más flexible la regla de inalienabilidad de la dote, mediante las citadas cláusulas de empleo o reemplazo establecidas en el contrato de matrimonio.

En Italia, de igual manera, el Juez competente puede autorizar la venta de bienes fideicomitidos en caso de utilidad evidente, disponiendo el reemplazo de la suma recibida (54).

En Alemania (55), el parágrafo 2.111 del BGB establece y aplica el principio de subrogación real: «1.º Pertenece a la herencia lo que el fiduciario adquiera a base de un derecho perteneciente a la misma o como sustitutivo por la destrucción, daño o sustracción de un objeto hereditario». Se exceptúan de la subrogación real los provechos, pues pasan a ser propiedad del fiduciario. «2.º Los que adquiere el fiduciario mediante negocio jurídico con medios de la misma.»

Es preciso, pues, que el contravalor proceda de la herencia para que se establezca la subrogación real, no bastando que el negocio jurídico se refiera al caudal relicto. Si solamente en parte se toma la contrapartida del caudal relicto, la subrogación real tiene lugar solamente en la parte que corresponde (56). En el caso de que el fiduciario adquiera un crédito

(54) F. S. AZZARITI, G. MARTÍNEZ, *Successioni per causa di morte o donazioni*, 3.ª edic., Padova, 1959, págs. 509 y ss.

(55) THEODOR KIPP, *Derecho de sucesiones*, t. V, 2.º, Barcelona, 1951, págs. 89 v ss., par. 93.

(56) T. KIPP, nota R. G. SEUFF, A. 75, 288 y ss.; Stuttgart Wurtztz, 1928, 317. Así se falló: K. G. OLG, 44, 96 ss.: aumento de capital de una sociedad de res-

con medios del caudal relicto, el derecho del heredero fideicomisario se extiende al crédito si la contraprestación procede del caudal relicto, dándose la subrogación real, y lo mismo en el caso de la contraprestación que recibe el fiduciario cuando enajena toda la herencia.

La subrogación real—dice BINDER (57)—trata de evitar el peligro de una disminución de la herencia, admitiendo en cierta medida la subrogación de los nuevos objetos en los antiguos. El preheredero por medio de la adquisición deviene principalmente propietario, pero su propiedad queda—dice BINDER—resuelta por la del postheredero. Los bienes subrogados, por tanto, están sometidos desde su adquisición no sólo a las prescripciones sobre administración o aseguramiento, etc., sino también y sobre todo a las limitaciones de disposición, y corresponden al postheredero automáticamente, sin ulteriores formalidades. También se da la subrogación real en caso de permuta y en el caso de empleo o reemplazo de fondos hereditarios, en los casos, claro está, en que el fiduciario pueda legítimamente realizar la adquisición.

El papel de la subrogación real, en estos casos concretos, es el de perpetuar la consistencia de los fideicomisos, prevaleciendo una indisponibilidad en valor, en provecho de los fideicomisarios, en vez de una indisponibilidad en naturaleza, que a la larga, y la mayoría de las veces, podría resultar perjudicial para los fideicomisos, sobre todo cuando la entrega no sea inmediata, sino retardada.

Según ROCA SASTRE y MARC LAURIOL (58), estamos ante una subrogación real institucional, ante una pieza clave dentro de la institución fideicomisaria. Se produce no sólo en los casos establecidos por el testador y en casos de venta autorizada, sino también en todos los casos donde las condiciones de la subrogación real se han producido: indemnizaciones por pérdida, destrucción y deterioro de un bien fideicomitado asegurado; en el caso de dinero procedente de redención de censos; bienes obtenidos por el ejercicio de un derecho de retracto convencional, etc.

A pesar del silencio de nuestro Código Civil, al respecto, la doctrina (59) y la jurisprudencia se muestran partidarias de la facultad conce-

pensabilidad limitada. El fiduciario adquirió nuevas participaciones y conservó efectivamente las antiguas, pero éstas fueron reducidas de valor mediante la elevación del capital. Considerado desde el punto de vista económico, las nuevas participaciones fueron pagadas con las antiguas. El K. R. admitió, con razón, dice KIPP, que esto bastaba para aplicar el principio de subrogación real del par. 2111 K. G. OLGE, 44, 96 ss.

(57) JULIUS BINDER, *Derecho de sucesiones*, trad. de la 2.ª edic. alemana por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, Barcelona, 1953, págs. 243-244.

(58) ROCA SASTRE, ob. cit. T. KIPP, págs. 89 y ss. MARC LAURIOL, ob. cit., tomo II, núm. 699.

(59) LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones. Parte General*, t. V, vol. I, Barcelona, 1961, pág. 241. ROCA SASTRE, obs. cit. KIPP, págs. 89 y ss. y *La subrogación real*, ob. cit. MEZQUITA DEL CACHO, ob. cit. *Principales aplicaciones de la sub-*

dida al fiduciario para la venta de los bienes afectados de restitución con las correspondientes garantías. En una resolución de la D. G. R. N. de 7 de mayo de 1960 (*B. O. E.* de 28 de mayo), se trató de la enajenación de una finca por un heredero instituido bajo condición resolutoria, con la obligación de invertir el precio de la venta en bienes que quedarían afectados por la misma condición que pesaba sobre la finca hereditaria. Al comentar dicha resolución, CÁNOVAS COUTIÑO dice que al ser la venta sólo anulable, la doctrina moderna, analizando los perjuicios que se pueden derivar, tanto para el propietario individual como para la economía nacional, propugna la conveniencia de que los bienes así afectados puedan ser enajenados, recibiendo en su día los interesados, en vez de tales bienes, los que ocuparen su lugar.

La doctrina, por tanto, mediante la subrogación real, tiende a hacer más flexible la inamovilidad de los bienes gravados con sustitución o resolutoriamente condicionados, haciendo también posible la subrogación real *ex-voluntate*, medida ya bastante utilizada en Francia, como hemos dicho en relación a los bienes dotales. Tales ventas, sin embargo, requieren autorización judicial y cumplimiento de determinadas garantías, tales como inversión del precio de venta en otros bienes de mayor rentabilidad, haciendo la venta siempre por razones de utilidad o interés particular para los llamados.

Esta forma de actuar, además de estar de acuerdo con las legislaciones extranjeras y con las necesidades de la vida moderna, no hace sino establecer la subrogación real, tal como se utilizó, desde el siglo XIII en adelante, en toda Europa.

En otra sentencia de 25 de octubre de 1954, que puso de manifiesto lo defectuoso de nuestra reglamentación en esta materia, se autorizó al fiduciario para la venta de bienes consumibles y fungibles con la correspondiente subrogación real, y en otra de 20 de diciembre de 1959, se plantea la cuestión de si podía el fideicomisario o si tenía derecho a pedir al fiduciario una finca adquirida con dinero de la herencia fideicomitida, alegándose en su favor el artículo 389 de la Compilación de Cataluña, el de la acción de petición de herencia que se extendió en el Derecho romano a los fideicomisarios y los números 70-3, 71 y 72 D. L. 31, que establecen que entre las cosas que debe restituir el fiduciario, se encuentra lo adquirido con dinero de la herencia. La sentencia resolvió afirmativamente. En otra de 7 de enero de 1959, la subrogación real fue expresamente

rogación real. GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO, Rs. 2 marzo 1956, *Rev. Crí. Dr. Inm.*, tomo XXIX, año 1956, págs. 843-848. JOSÉ LATOUR BROTONS, «Del usufructo a la sustitución fideicomisaria», *Rev. Crí. Dr. Inm.*, año 1960, t. XXXIII, págs. 310-398. GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO, «Jurisprudencia de la D. G. de Registros y del Notariado», *Rev. Crí. Dr. Inm.*, año 1960, págs. 541-551.

establecida por el testador mediante una cláusula. El testador, de acuerdo con las exigencias del tráfico, establece una vinculación fideicomisaria «de valor». Los bienes fideicomitidos no se tienen en cuenta *in natura*, sino su valor y rentabilidad, por lo cual el testador concede al fiduciario facultad para enajenar, si bien con la intervención fiscalizadora de los albaceas y obligación de invertir el precio en bienes igualmente seguros y notables, con la misma intervención de los albaceas.

Una sentencia de 25 de noviembre de 1954, por el contrario, niega la subrogación real, en este caso por permuta de bienes, al declarar ineficaz la autorización para transmitir un derecho que no existía en los patrimonios de los transmitentes y nula, por tanto, la permuta consignada en la escritura de 26 de junio de 1930. La autorización judicial—se dice—no puede establecer otro efecto que el de suplir la falta de capacidad para enajenar o transmitir, pero no atribuir al transferente poder dispositivo sobre la cosa objeto de transmisión, de cuyo poder carecían en este caso las hijas de X.

Hemos visto cómo las legislaciones forales, en especial las de Cataluña y Navarra, regulan detalladamente las facultades de disposición del fiduciario, estableciendo como correlativo de estas facultades de disponer la subrogación real. Sin embargo, una resolución de 2 de mayo de 1956 (*B. O. E.* de 14 de abril) la rechaza en la venta de bienes sujetos a fideicomiso en Cataluña: «No estando comprendida dicha enajenación en los supuestos excepcionales que las fuentes romanas admitieron para que los bienes que formaban parte de un fideicomiso pudieran enajenarse, el empleo de la subrogación real, *procedimiento técnico* merced al cual lo que se recibe por enajenación queda sujeto al régimen jurídico que afecta a la finca transmitida, no tiene virtualidad suficiente para crear un poder de disposición, ya que tal subrogación, más que premisa que sirva para autorizar el acto dispositivo, funciona como resultado, al que se llega a través del cambio o fluctuación operada».

Es decir, la subrogación real no puede sino aplicarse cuando se ha producido una fluctuación permitida por la ley en el caso de Cataluña, que es a la que se refiere esta sentencia. La subrogación real, como muy bien dice, no crea un poder de disposición al que no lo tiene por ley, sino que es el resultado, el procedimiento técnico que se aplicó en las ventas autorizadas por la ley o, como admite la doctrina y la jurisprudencia, en ventas autorizadas por el Juez en caso de necesidad o utilidad de los fideicomisarios.

GONZÁLEZ PALOMINO (60), por el contrario, dice que no ve el juego ni la aplicación lógica que pueda tener el concepto de subrogación real en

(60) GONZÁLEZ PALOMINO, «Enajenación de bienes seudousufructuados», *An. Ac. Mir. Not.*, 1949.

temas de derechos reales, ya que de tener algún sentido, ha de quedar restringido al campo de los derechos de crédito en el capítulo de las restituciones y liquidaciones de patrimonios. Mientras se siga considerando esencial—dice—para la existencia de un derecho real la existencia y la subsistencia de un objeto concreto, ¿cómo es posible pensar que perdure el mismo dominio si se ha cambiado su objeto o si, más todavía, en vez de la cosa se ha puesto su valor? Precisamente es en el campo de los derechos reales donde la subrogación real se aplica más ampliamente y, por otro lado, la misma es el principio que más pone de manifiesto la capacidad del hombre de no supeditar su inteligencia ante las circunstancias del momento o la naturaleza. Cuando se tiene un derecho real sobre una cosa y ésta, por alguna circunstancia, es destruida y en su lugar se recibe una indemnización, ha supuesto un progreso considerable el que no se considere que el derecho se extingue junto con su objeto, sino que por medio de la subrogación real precisamente se extiende, se traslada este derecho sobre el nuevo objeto, que viene a sustituir al antiguo. La inteligencia del hombre, de acuerdo con el progreso, no se ha supeditado a la naturaleza, sino que, por el contrario, la domina, según decíamos antes.

Al comentar esta resolución, CÁNOVAS COUTIÑO (61) dice que se confunde la consecuencia con la premisa. La subrogación real es una consecuencia y no un principio. Si admitida ésta se da la sustitución de una cosa por otra o por su valor, para ello es preciso que sea posible sustituir una cosa por otra. Por tanto, el problema es saber si es posible que se realice este acto previo del que la subrogación real es efecto y consecuencia.

Verdaderamente, si el fiduciario no tenía facultad para hacer una venta, ésta es nula y el fideicomisario puede perseguir la cosa allá donde se encuentre. Si la cosa ha sido comprada por un tercero de buena fe y no puede recuperarse, nacerá un derecho en el patrimonio del fideicomisario a indemnización de daños y perjuicios que no tiene nada que ver con la subrogación real. Esta se produce cuando se ha realizado una venta válida y la contraprestación recibida entra automáticamente en el patrimonio fideicomitido, aplicándosele el mismo régimen del derecho que se tenía sobre el antiguo bien.

Una sentencia de 20 de octubre de 1954 niega la subrogación real en el caso de permuta en virtud de una falta de capacidad o más bien de inexistencia de derecho de los llamados fideicomisos condicionales.

Admite la subrogación real la sentencia de 17 de abril de 1953, que se refiere a un legado de cantidad, y no la admiten la sentencia de 17 de

(61) CÁNOVAS COUTIÑO, Rs 2 marzo 1956, *Rev. Crít. Dr. Inm.*, t. XXIX, año 1956, págs. 843-849.

marzo de 1934 y la resolución de 22 de diciembre de 1950, cuyos resultados ratifica la sentencia, que ya hemos visto, de 20 de octubre de 1954.

En la resolución de 22 de diciembre de 1950, doña Concepción Boronet, por razones de utilidad, obtiene una autorización para sustituir una casa con inversión de su total precio en otro inmueble o valores del Estado, sujetos a las mismas condiciones. El Registrador deniega la inscripción y el Notario autorizante recurre a la Dirección General, que ratifica el proceder del Registrador, alegando «que no está comprendida la enajenación discutida en ninguno de los excepcionales supuestos contemplados y que la subrogación real no tiene virtualidad suficiente para crear un poder de disposición, puesto que tal subrogación real, más que premisa que sirve para autorizar el acto dispositivo, funciona como resultado a que se llega a través del cambio o fluctuación»; «que el procedimiento establecido en la LEC, título XI, libro III, relativo a la enajenación de bienes de menores e incapacitados, no es aplicable, porque encaminada a suplir una incapacidad frente a necesidades que pueden ser perentorias, con él se puede modificar la voluntad claramente manifiesta por el testador».

A pesar de esta sentencia, consideramos que es de un interés manifiesto para los mismos fideicomisarios que, en casos de utilidad evidente y previa autorización judicial, puedan venderse bienes fideicomitidos con la garantía de la aplicación de la subrogación real. El hecho de que nuestro Código Civil no regule la capacidad del fiduciario, no es motivo suficiente—dada la facultad reconocida al testador para establecer la subrogación real y vistas las legislaciones forales—para no admitir por nuestra parte la subrogación real en casos concretos a juicio del Juez correspondiente. ROCA SASTRE es de la misma opinión.

F) LA SUBROGACIÓN REAL EN LA VENTA DE HERENCIA

Bajo la denominación de venta de herencia se encuentra, tanto el caso de venta de toda la herencia por el heredero único, como la venta de una cuota por parte de un heredero. La regulación de la venta de herencia en España, como en el Derecho comparado, es muy escasa: tres artículos (1.531, 1.533 y 1.534) del Código Civil español, tres artículos en el Código Civil francés, seis en el italiano y 15 en el alemán es todo lo que tenemos.

Se ha discutido sobre la naturaleza de la compraventa de herencia, diciendo ROCA SASTRE (62) que es un contrato híbrido sucesorio y con-

(62) R. M.^o ROCA SASTRE, «Problemas de la venta de herencia». Conferencia, *An. Ac. Mtr. Not.*, 1953, t. VII, pág. 668.

tractual; CRISTÓBAL MONTES (63), que es un contrato de compraventa con un objeto especial, y las legislaciones francesas e italianas lo estudian dentro de la materia contractual. Pero dejando este problema, diremos que el objeto de esta compraventa es una herencia considerada como *universitas iuris*, que se vende un todo (art. 1.531 del Código Civil). «El que vende una herencia sin enumerar las cosas de que se compone, sólo estará obligado a responder de su cualidad de heredero.»

La mayoría de los autores se muestran de acuerdo en considerar a la herencia como una *universitas* (64.) Para ROCA SASTRE, la venta de herencia es el acto en que un heredero único o un coheredero se desprende por completo a favor de otra persona como un todo, o sea, como una *universitas* o complejo de activo y pasivo, y mediante precio, del contenido económico, positivo y negativo, de una herencia ya abierta y diferida o de una cuota de ella. Tenemos que hacer constar que frente a esta opinión mayoritaria, una sentencia de 5 de febrero de 1909 estableció que la venta de una herencia entraña o implica, se resuelve o reduce a ser una suma de venta de los bienes singulares.

¿El vendedor de una herencia, qué debe vender: la herencia tal como la tiene en el momento de la venta o, por el contrario, ha de reconstruir la herencia, a pesar de la confusión operada con su patrimonio particular, al tiempo en que la adquirió del causante? El criterio que ha prevalecido entre nosotros y en la doctrina francesa, italiana y alemana es favorable a la reconstrucción total, en la medida que sea posible, y a pesar de la confusión producida antes. Y es precisamente en esta reconstitución donde la subrogación real se aplica ampliamente. Este proceso de reconstrucción que se lleva a cabo resucitando relaciones jurídicas muertas por la confusión de la herencia aceptada pura y simplemente por el heredero con su patrimonio propio, constituye un fenómeno jurídico extremadamente curioso que se relaciona en gran medida con el principio de subrogación real.

LACRUZ BERDEJO (65) dice que el vendedor en este contrato transfiere lo que tiene, es decir, el patrimonio hereditario tal como se encuentra en sus manos, pero su obligación hace referencia a la herencia tal como se causó; la herencia no es lo que se transmite, pero sí es el punto de referencia de las obligaciones de transmisión e indemnización del heredero

(63) ANGEL CRISTÓBAL MONTES, *La venta de herencia*, Caracas, 1968, páginas 46 y ss. y 85 y ss.

(64) ROCA SASTRE. ob. cit. pág. 668, y *Derecho de sucesiones de Theodor Kipp*, t. V, 2.^a, Barcelona, 1951, par. 98, 1: págs. 129 y ss. RUBINO, *La compraventa*, Milán, 1952, pág. 119. BIONDO BIONDI, *I Beni*, Torino, 1953, pág. 88. ANGEL CRISTÓBAL MONTES, ob. cit., págs. 12 y ss. BARBERO, *Le università patrimoniali*, ob. cit., págs. 120 y ss.

(65) LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones. Parte General*, págs. 435 y ss.

y de reintegro del adquirente. Todo se remonta—dice ROCA SASTRE (66)—al tiempo en que el heredero adquirió la herencia vendida, procurando en lo posible colocar al vendedor y comprador en la misma situación que se encontrarían si a la adquisición de la herencia hubiera seguido inmediatamente la venta. Esta retroacción impone el tener que reconstituirse o hacer revivir la *universitas* como complejo autónomo. Para KIPP (67), el vendedor de una herencia está obligado a entregar al comprador los bienes integrantes del patrimonio hereditario, no sólo en el estado en que se encuentran en el momento de la venta, sino también, en lo posible, en el estado en el que se encontraban al tiempo en que el heredero la adquirió. En favor de la reconstrucción de la *universitas* podemos citar las resoluciones de 29 de agosto de 1925 y 29 de diciembre de 1930, así como nuestro artículo 1.533 del Código Civil, que dice: «Si el vendedor se hubiese aprovechado de algunos frutos o hubiese percibido alguna cosa de la herencia que vendiere, deberá abonarlos al comprador si no se hubiese pactado lo contrario».

En contra de lo anterior se pronuncia FEDELE (68), si bien reconoce que la mayoría de los autores italianos están de acuerdo en lo dicho anteriormente. Según FEDELE, lo que transmite el vendedor es lo que posee en el momento de la conclusión del contrato. Según el artículo 1.544 del Código Civil italiano: *Se il venditore... ha venduto qualche bene della eredità, è tenuto a rimborsare il compratore, salvo patte contrario.* Se aplica el principio de la subrogación real porque el precio de las cosas hereditarias vendidas, por la fuerza misma de la herencia como *universitas*, ha venido a ser un bien hereditario. Ya hemos visto cómo en la acción de petición de herencia (D. 5-3-22) se dice: *quia potest existimari in locus hereditariae rei venditae, pretium eius successisse et quedammodo ipsum hereditarium factum.*

Sin embargo, dice FEDELE que no puede aceptar este modo de pensar. No pretendo tomar posición—dice—entre si la subrogación real es un elemento natural en las *universitas*, sobre todo *iuris*, en el sentido de que se produce siempre, aunque no exista, una disposición legislativa que la establezca, o más bien es un elemento accidental que requiere una disposición especial. Pero aun admitiendo el primer caso, en la compraventa de herencia es siempre necesaria una disposición especial de la ley que establezca la subrogación real. Pero esto no se produce en la venta de herencia, y la otra pretendida consideración *sub specie universitates* de la compraventa de herencia no es en realidad tal.

(66) ROCA SASTRE, ob. cit., pág. 668.

(67) THEODOR KIPP, ob. cit., págs. 129 y ss.

(68) ALFREDO FEDELE, *La compravendita dell'eredità*, Torino, 1957, págs. 63 y ss. y 68 y ss.

Pero aun admitiendo lo anterior—prosigue—, la tal *universitas* se disuelve con la confusión de los patrimonios a la aceptación pura y simple, y si se reconstituye nuevamente por efecto de la compraventa, no se puede considerar que se da una nueva consideración unitaria del complejo. La sujeción al principio de la subrogación real no sería, por tanto, un tratamiento unitario más que si se sujetaba a otro tratamiento unitario por el que el complejo sea una *universitas*, pero sería propio del mismo tratamiento que vuelve *universitas* el complejo.

Opinan FEDELE y SCHELERSINGER (69) que la acción que se le concede al comprador en relación a la venta de bienes hereditarios anteriores a la compraventa, no es una acción real, sino simplemente una acción personal, por lo que puede considerarse excluido todo fenómeno de subrogación real. En apoyo de su tesis cita FEDELE a FABRO (70), que, como ya vimos, era la única voz que se levantaba en el Derecho común, contra una aplicación desorbitada de la subrogación real fuera del caso de la petición de herencia. Dice FABRO al referirse a la obligación del vendedor de entregar el precio en caso de venta anterior al contrato de compraventa: *non ergo ea pretia restituit quasi subrogata in loco et in vice rerum hereditarium: nec quasi conventus iudicio universali ob id, quod action ex empto propter venditam hereditatem conveniatur. Sed quia negare non potest, quia ea habeat, si non ex hereditate et rebus hereditariis eum pretium non tantem occasione hereditates quod sufficit ut ad eum pervenisse videantur ex hereditate, et ea proinde restituere debeat.*

Sin embargo, y a pesar de que las alegaciones de FEDELE tienen un fondo de verdad, la mayoría de la doctrina o incluso la jurisprudencia en su mayor parte están de acuerdo en que, a pesar de la confusión operada en el patrimonio del heredero, debe reconstituirse la herencia al momento en que la adquirió éste. LACRUZ BERDEJO (71), respondiendo en cierta forma a FEDELE, dice que el vendedor transfiere el patrimonio hereditario que tiene en el momento del contrato, pero que esta obligación está referida a la herencia tal como se causó.

Para esta reconstrucción de la herencia, ya hemos dicho que se acude al principio de la subrogación real, pero aquí se presenta con un efecto nuevo, y es que la subrogación real tiene en la compraventa de herencia un carácter retroactivo. En la venta de herencia se pueden distinguir dos períodos: el que va desde la adquisición de la herencia por el heredero pura y simplemente hasta el contrato, y desde éste hasta que se entrega

(69) SCHELERSINGER, «La petizione di credità», *Memoria dell' Istituto Giuridico*, Serie II, Memoria XCIV, págs. 116 y ss.

(70) FABRO, *Rationalia*, ob. cit. ad L. 2, par. 3 D, 18-4.

(71) LACRUZ BERDEJO, ob. cit., págs. 437 y ss.

la herencia. En el primer período, la herencia recibida se confunde con el patrimonio del heredero, teniendo éste la plena facultad de disponer de él según le parezca. Pues bien, en este período, la subrogación real es inútil e innecesaria; el patrimonio del heredero es un patrimonio abierto a todas las nuevas adquisiciones siguiendo el proceso normal de todo patrimonio. Es desde el momento del contrato y hasta la entrega cuando la subrogación real encuentra su verdadero campo de acción. Si el heredero vende bienes hereditarios en este período, el comprador podrá exigir o indemnización de daños o simplemente que se produzca la subrogación real en el precio de la venta. Ni que decir tiene que si durante este período el heredero recibe alguna indemnización por la pérdida de un bien o el precio de una expropiación forzosa, la subrogación real se produce automáticamente.

En el momento de la reconstrucción de la herencia se produce la subrogación real, que se considera que se produjo *ex tunc*, pero que en realidad en aquel período, como hemos dicho, la subrogación real no tenía razón de ser. Tiene, por tanto, carácter retroactivo. Por esta misma razón de que—como dice LACRUZ BERDEJO—, la herencia no es lo que se transmite, pero sí es el punto de referencia de la obligación, opina que sólo en este sentido puede hablarse de subrogación real y que, por tanto, ésta no debe ir más allá, es decir, que se dé la subrogación real en fase de reemplazo. Nosotros consideramos que es ésta una situación de hecho, en la que existiendo pruebas bastantes para probar la procedencia de los bienes, la subrogación real se puede dar.

A pesar de los obstáculos que verdaderamente se presentan a la subrogación real, entre ellos el de la confusión de patrimonios, ésta se ha admitido por ser el sistema más lógico y justo; pero no estamos de acuerdo con CRISTÓBAL MONTES (72) en que no haya obstáculo alguno para que, a pesar de la confusión, la herencia reviva o resurja precisamente por su carácter de unidad abstracta o ideal y su condición—dice—de categoría meramente lógica. La unidad abstracta, como muy bien apunta FEDELE, también ha desaparecido con la confusión.

La subrogación real se produce por la reconstrucción de la herencia en los siguientes casos (73): venta de bienes hereditarios, en cuyo caso el precio o el crédito del precio sustituirán al bien vendido; las indemnizaciones de seguros de responsabilidad; expropiación forzosa; en caso de permuta; dación en pago, etc. En el caso de que los bienes hereditarios se hayan perdido, incluso por culpa o negligencia del heredero, éste

(72) ANGEL CRISTÓBAL MONTES, ob. cit., págs. 40 y ss.

(73) ROCA SASTRE, ob. cit., pág. 683, y *Comentarios y traducción de Kipp*, páginas 129 y ss., par. 98 I. LACRUZ BERDEJO, ob. cit., págs. 440 y ss. A. CRISTÓBAL MONTES, ob. cit., págs. 51 y ss. THEODOR KIPP, ob. cit., págs. 129 y ss., III, 1.º

no estará obligado a indemnizar, pues era propietario de sus bienes y podía actuar libremente. De esta opinión son LACRUZ BERDEJO, ROCA SASTRE, MANRESA, GULLÓN, KIPP, CRISTÓBAL MONTES, etc.

Según THEODOR KIPP (74), el comprador de la herencia se sitúa con eficacia inmediata en la posición jurídica del vendedor *per universitatem* y, por tanto, los objetos hereditarios subrogados que son adquiridos antes o después de la venta pasan, sin más, a formar parte con la transmisión de la porción hereditaria del comprador del derecho compartido o del heredero único. La subrogación real establecida en el párrafo 2.041, 1, del BGB, es la misma que la establecida en el párrafo 2.374: «El vendedor está obligado a entregar al comprador los objetos de la herencia existentes al tiempo de la venta, con inclusión de lo que haya obtenido antes de la venta en base a un derecho perteneciente a la herencia o como indemnización por la destrucción, menoscabo o privación de un objeto de la herencia o mediante un negocio jurídico que se refería a la herencia».

Como ya hemos dicho anteriormente en varias ocasiones, no estamos de acuerdo con lo que dice a continuación KIPP: «la subrogación real afecta no sólo a lo que se obtuvo con medios de la herencia, sino que es suficiente que el negocio jurídico estuviera en relación con la misma». La subrogación real—dice en contra de nuestra opinión—no tiene el significado de que lo subrogado recaiga en forma real en el comprador de la herencia, ya que este comprador sólo tiene, incluso en relación a los objetos hereditarios originarios, un derecho de crédito para su transferencia. Para nosotros, en este caso, lo comprado sin medios de la herencia, pero referida a ella, debe devolverse de acuerdo con la voluntad del heredero, que ha querido que pertenezca a la herencia lo comprado, sin perjuicio del reembolso correspondiente; pero la subrogación real no se ha producido, pues el admitir esto es dejar una puerta abierta al engaño y al fraude, que, como hemos visto concretamente en el régimen de gananciales, estudiados anteriormente, sería como tender al arbitraje y al abuso de unos contra otros. Además, la subrogación real quedaría completamente desnaturalizada si admitiéramos esta consideración de no respetar el principio *sine qua non* de la procedencia material de los bienes y su origen.

Si después de la venta—dice KIPP refiriéndose a la venta de cuota hereditaria—, el vendedor obtiene una cosa subrogada en lugar de un objeto hereditario, lo debe devolver por el párrafo 281 del BGB: «Si a consecuencia de la circunstancia que hace imposible la prestación obtiene el deudor una indemnización o una pretensión de indemnización

(74) THEODOR KIPP, ob. y pág. cit.

por el objeto debido, el acreedor puede exigir la entrega de lo recibido como indemnización o la cesión de la pretensión de indemnización».

La reconstrucción de la herencia se hace por el mismo procedimiento que hemos visto en la acción de petición de herencia, acción que puede ejercitarse en cualquier momento por el comprador de ella (sentencia de 24 de febrero de 1909).

G) LA SUBROGACIÓN REAL EN LAS RESERVAS

La subrogación real en las reservas, tanto ordinaria como lineal, así como en el artículo 812 del Código Civil español, en caso de reversión de donaciones, juega de una manera especialísima. La subrogación real en estos casos tiene efecto retroactivo; las fluctuaciones propias de la subrogación real, los cambios de objetos, se van a producir antes que se dé o nazca la obligación de reservar del reservista y el derecho a la reserva para los reservatarios. Estamos, en el momento en que se producen las fluctuaciones objetivas, ante un patrimonio de ninguna manera sujeto a afección de ninguna clase, ni ante un patrimonio separado dentro del patrimonio general del descendiente, viudo y descendiente donatario. Tanto el donatario descendiente (art. 812), como el cónyuge viudo antes de celebrar segundo matrimonio (arts. 968 y 980), como el descendiente (art. 811), no están obligados, respecto a los bienes que en su día darán lugar al derecho de reserva, a ninguna obligación ni restricción; los bienes están libres de toda afección especial, y no están especificados dentro del patrimonio del descendiente donatario, viudo o descendiente.

No obstante, la ley, en el caso de los artículos 812 y 968 del Código Civil, y la jurisprudencia y doctrina, en el artículo 811, aplican con carácter retroactivo la subrogación real; hacen como si el derecho de los reservatarios naciera no en el momento en que nace la obligación de reservar (segundo matrimonio en la reserva ordinaria, y muerte del descendiente sin posteridad y sucesión por ministerio de la ley del ascendiente en la reserva troncal), sino antes—dice LACRUZ BERDEJO—, como si la reserva estuviese pendiente.

La razón de esta aplicación retroactiva de la subrogación real es a todas luces el deseo que tiene el legislador de que los reservatarios reciban, si no los mismos bienes o los que por sustituciones sucesivas los han reemplazado, el equivalente en valor de los primeros u originarios bienes. Sin la subrogación real anterior al nacimiento de la obligación, los derechos de los reservatarios quedarían burlados sólo con que el donatario, descendiente o viudo se desprendieran de los bienes específicos, vendiéndolos, permutándolos, donándolos, etc.

El legislador, dadas las circunstancias especiales que se dan en las reservas, y por su deseo de que los reservatarios reciban siempre, si no los bienes originarios o los que los han sustituido por medio de una relación de origen o procedencia, sí un equivalente en valor, ha establecido dos remedios diferentes y subsidiarios para alcanzar este fin. En primer lugar, la ley y la jurisprudencia, en el artículo 811, han establecido el principio de la subrogación real admitiendo toda clase de pruebas que demuestren que unos bienes proceden de los originarios. Pero dada la dificultad de la prueba y que son pocas las sentencias donde verdaderamente pudo probarse la procedencia, el legislador, agotado ya este remedio y para alcanzar su deseo de proteger el derecho de los reservatarios, acude, en segundo lugar y subsidiariamente, a conceder a éstos un derecho de crédito por el equivalente en valor del bien. Insistimos en que el legislador ha previsto dos remedios, subsidiario uno del otro y distintos; lo que la doctrina llama subrogación en valor no es tal, a nuestro parecer; los mismos resultados no indican iguales remedios.

Una vez aclarado este nuevo efecto de la subrogación real con carácter retroactivo establecido por primera vez y sólo conocido en España, vamos a pasar a estudiarla ya concretamente, primero en la reserva ordinaria, y después en la troncal o lineal.

a) *La subrogación real en la reserva tradicional u ordinaria*
(arts. 968 a 980 del Código Civil)

La reserva ordinaria o común, regulada en los artículos 968 a 980 del Código Civil, es la institución por la que se impone al viudo que contrae segundas o ulteriores nupcias o que ha tenido en estado de viudez un hijo natural, reconocido voluntariamente o declarado judicialmente, la obligación legal de conservar en valor, a los hijos y descendientes del matrimonio anterior, los bienes adquiridos a título lucrativo de cualquiera de los hijos de dicho matrimonio, del difunto consorte o de los parientes de éste en consideración a él.

Distingue la ley en la reserva ordinaria las disposiciones de los bienes por el cónyuge viudo antes y después de contraer segundo matrimonio, y según que se trate de bienes muebles o inmuebles.

Antes de celebrar segundas nupcias, la ley reconoce al viudo la facultad de disponer y enajenar los bienes, tanto muebles como inmuebles. No hay que olvidar que el derecho y la obligación de reservar nace en el momento de contraer segundo matrimonio o ulterior, y desde este momento es cuando los bienes están afectos y determinados dentro del patrimonio del reservista, y éste no podrá disponer de ellos, excepto cuando se cumplan ciertas garantías.

Dice el artículo 974: «serán válidas las enajenaciones de bienes inmuebles *reservables* hechas por el cónyuge sobreviviente antes de celebrar segundas bodas, con la obligación, desde que las celebre, de asegurar el valor de aquéllos a los hijos y descendientes del primer matrimonio», y especifica el artículo 978, número 4: «estará, además, obligado el viudo o viuda, al repetir matrimonio, a asegurar con hipoteca: 4.º, el valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados...».

Por el contrario, y una vez contraído segundo matrimonio, la viuda o viudo no podrán enajenar los bienes inmuebles, y si lo hiciera, la enajenación sólo subsistirá si a su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos del anterior matrimonio (art. 975), y sin perjuicio de lo dispuesto en la ley hipotecaria, según la cual, si quedan reservatarios y no constare en el Registro la cualidad de reservables de los bienes enajenados por el reservista, en tal caso las enajenaciones no pueden invalidarse si el adquirente ha inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad (arts. 34 y 37 de la Ley Hipotecaria). En este caso, el precio sustituyó a la cosa vendida en una sentencia de 8 de octubre de 1910.

En cuanto a los bienes muebles, las enajenaciones hechas por el cónyuge viudo antes o después de contraer segundas nupcias son válidas (artículo 976), estando obligado el cónyuge viudo, además de inventariar los bienes, a tasar los muebles (art. 977) y a anotar en el Registro de la Propiedad la calidad de reservables de los inmuebles. Lo mismo que en el caso de inmuebles, el viudo garantizará por medio de hipoteca (art. 978, núm. 1.º): «la restitución de los bienes muebles no enajenados en el estado que tuvieran al tiempo de su muerte si fuesen parafemales o procedieran de dote inestimada, o su valor si procediesen de dote estimada», y subsidiariamente y por subrogación real (núm. 3.º): «la devolución *del precio* que hubiere recibido por los bienes muebles enajenados o la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiese hecho a título gratuito».

Aquí se ve claramente la diferencia entre la subrogación real propiamente dicha y la llamada subrogación real de valor que no es tal. La ley quiere que se garantice con hipoteca la devolución de los bienes, pero esta garantía no quiere decir que antes no quiera que se establezca el principio de subrogación real, mediante la devolución del precio que se hubiese recibido por los bienes, tanto muebles como inmuebles enajenados. Agotado ya este remedio, el legislador acude a la acción de enriquecimiento injusto (art. 976) para el caso incluso de que la venta se hubiere hecho a título gratuito, en cuyo caso nada viene a sustituir en el patrimonio del viudo al bien vendido ni se puede hablar de que el precio recibido se haya confundido con el resto de su patrimonio. Nada tiene que ver la subrogación real en los casos en que el reservatario

adquiere un equivalente en valor, incluso cuando el bien ha sido donado por el viudo, lo mismo que ya dijimos respecto al artículo 812, si el donatario descendiente disponía por donación de los bienes donados por su ascendiente. No discutimos entonces si esto se podría dar, puesto que la ley, a diferencia del artículo 976, nada decía al respecto; lo que sí señalábamos es que si se daba esta medida, este remedio, no era precisamente por el principio de la subrogación real. La ley no hace más que prever mediante la devolución en valor por la hipoteca legal, la no posible aplicación de la subrogación real, siempre más conveniente que el simple equivalente.

VALLET DE GOYTISOLO (75), de quien procede esta distinción entre subrogación real propiamente dicha y subrogación de valor, se basa para hacerla en que se haya o no producido la confusión en el patrimonio del enajenante. Dice VALLET: «Hay que distinguir cuidadosamente, de una parte, la *estricta subrogación real*, bien sea de cosa por cosa (*res succedit in loco rei*) o bien de la cosa por el crédito pendiente o por el importe de la indemnización, seguro o expropiación *a recibir* (*pretium succedit in loco rei*), y de otra, la *subrogación de su valor*, en virtud de la cual la reserva queda referida a una suma de valor, bien sea el importe del precio de los bienes vendidos o el valor de éstos».

Dado que el hecho de la confusión, tratándose de dinero, hace ya tiempo que para la jurisprudencia y doctrina no constituye obstáculo para la aplicación de la subrogación real, y que ésta puede darse con el simple hecho de que se demuestre que poco tiempo después de la venta de un bien propio de un cónyuge, se compró otro, pues no es necesario, para que se produzca la subrogación real, que las monedas sean las mismas recibidas como precio, consideramos que tan estricta subrogación real es una como otra, no siendo hoy día el hecho de la confusión del dinero con el existente ya en el patrimonio motivo suficiente para estas dos clases de subrogación real. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Dirección General así lo han establecido con frecuencia en el régimen matrimonial de comunidad de gananciales.⁷

Por otro lado, la palabra subrogación lleva implícita siempre la idea de valor; éste es consustancial a aquélla, por lo que consideramos que hablar de subrogación de valor es una redundancia, además de que en

(75) VALLET DE GOYTISOLO, «La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 C. C.», A. D. C., t. XII, año 1959, págs. 782 y ss., núm. julio-septiembre. MEZQUITA DEL CACHO, ob. cit. *Principales aplicaciones*, pág. 649, y *Recobro mortis causa*..., ob. cit., letras C y D. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho de sucesiones*, ob. cit., t. VI, vol. I, págs. 172 y ss. y 187. ROCA SASTRE, *La subrogación real*, ob. cit. ANTONIO MARÍN MONROY, «La reserva llamada tradicional u ordinaria», *Rev. Crit. de Dr. Im.*, enero 1931, págs. 11 y ss.

los casos que estamos tratando la tal subrogación de valor no es tal subrogación.

No hay duda de que la ley tiene en cuenta en la reserva ordinaria, en gran medida, el destino en valor de los bienes, lo que constituye de por sí un campo propicio para la subrogación real no sólo con relación al precio de los bienes vendidos, sino en caso de expropiación forzosa, indemnización de seguros, de responsabilidad, permuta, etc. La consideración de los bienes no sólo en su individualidad material, sino subsidiariamente por el valor que representan, hace la aplicación de ella no sólo posible, sino altamente deseable y beneficiosa.

Veamos ahora la subrogación real en la reserva troncal o lineal del artículo 811 del mismo Código Civil.

b) *La subrogación real en la reserva lineal o troncal del artículo 811 del Código Civil*

Es de gran importancia el papel jugado por la jurisprudencia y la doctrina española en la aplicación de la subrogación real en la reserva lineal o troncal del artículo 811. Como dice CASTÁN (76), «en todo nuestro Derecho civil no hay acaso ninguna norma que, como la del 811, enseñe y demuestre mejor la misión insustituible que la labor del jurisconsulto—en las diversas manifestaciones teóricas y prácticas, privadas u oficiales, doctrinales o jurisprudenciales—representa en la elaboración del Derecho positivo». La ley no especifica nada, por lo que la reserva lineal fue la atracción de los juristas, y de pocos artículos se ha escrito tanto como del 811 del Código Civil español.

Dice así el artículo 811: «El ascendiente que heredare de su descendiente *bienes* que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden».

Como en la reserva ordinaria, el artículo 811 establece dos períodos: uno de perspectiva de reserva, y otro de reserva efectiva. La primera, en la que no existía todavía el derecho del reservatario, constituiría un obstáculo absoluto para la aplicación de la subrogación real; no obstante y teniéndolo en cuenta, la jurisprudencia lo mismo que la ley en el mismo período en la reserva clásica, aplicó la subrogación real. El segundo obstáculo procedía de su mismo nombre—troncal—, que daba idea de consideración de los bienes en su individualidad material y no

(76) CASTÁN TOBEÑAS, «El derecho de representación en la sucesión lineal del artículo 811 del C. C.», *Rev. Dr. Priv.*, t. XXIV (septiembre 1940), pág. 201.

en su valor, según opinaban algunos autores. A la jurisprudencia y doctrina española se le plantearon los siguientes problemas: 1.º ¿Obedece el artículo 811 a un verdadero principio de troncalidad (individualización material) o, por el contrario, considera a los bienes, además, por su valor? 2.º ¿Se le aplican al artículo 811 las reglas dedicadas por el legislador a desarrollar la reserva clásica o no? 3.º ¿Cómo debe interpretarse el artículo 811: en su sentido amplio o restrictivo? Y, por último, y en lo que a nosotros nos interesa, ¿qué pruebas eran necesarias para la admisión de la subrogación real?

Con relación al primer problema, la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina considera que el artículo 811 no obedece a una idea de troncalidad. Son tantas las sentencias que se han pronunciado en este sentido, que nos limitaremos a enumerar unas pocas: S. T. S. de 8 de octubre, publicada el 27 de abril de 1910: «que repetidas veces ha fijado y explicado el Tribunal Supremo la verdadera inteligencia y recto sentido de los preceptos contenidos en el artículo 811 del Código Civil..., por consideraciones de orden familiar exclusivamente, sin los fundamentos que informaron la reserva de nuestra antigua legislación derivada de principios de verdadera troncalidad». S. de 12 de diciembre de 1945: «que la reserva del artículo 811 no arranca de principio alguno de verdadera troncalidad y constituye tan sólo un beneficio otorgado por consideraciones familiares». S. de 8 de julio de 1942: «que la reserva del artículo 811 recae sobre bienes específicos, y en caso de haber desaparecido esos bienes subsiste el derecho sobre el valor que haya sustituido a aquéllos». S. de 24 de mayo de 1945: «aunque inspirado en un principio de troncalidad, el artículo 811 no persigue el fin de perpetuar en una familia bienes concretos, y de ahí que la reserva lineal comprenda tanto los específicamente heredados como los que los hayan sustituido, como ya declararon las Ss. de 7 de noviembre de 1912 y 20 de abril de 1917». Ss. de 21 de noviembre de 1902 y 30 de abril de 1907: «que se satisficiera al reservatario en otros bienes de valor equivalente al crédito dotal que ya se había extinguido por confusión en el patrimonio del descendiente». S. de 7 de noviembre de 1912: «que el artículo 811 no limita la reserva a aquellos bienes que sean los mismos específicamente heredados», y aceptó el carácter de reservables al importe de unos valores que habían sido enajenados por el descendiente, admitiendo que se depurase «hasta llegar a la determinación y cuantía de la que sea la porción reservable en el expresado período de ejecución de sentencia». S. de 20 de abril de 1917: En un caso en que el descendiente vendió los bienes adquiridos de su padre originariamente y adquirió otros, la S. estableció: «la reserva respecto del haber efectivo y originario (en el sentido de valor) que el descendiente había heredado de su ascen-

diente, pero no al mayor producto que utilizándolo obedezca a negociaciones ulteriores o a actos propios de la vida contractual» (77).

Este caso constituye para nosotros la confirmación de la teoría que tratamos de defender, de que el legislador establece dos remedios distintos, pero de resultados semejantes en cierto modo. En esta S., como verdaderamente no se demostró con pruebas suficientes que el dinero empleado fuera el mismo, el Tribunal no tuvo más remedio que establecer el remedio de la equivalencia en valor, pues de haberse demostrado que el dinero empleado era el mismo, al reservatario, mediante una clara aplicación de la subrogación real, le hubiera correspondido además el mayor producto que utilizándolo obedezca a negociaciones ulteriores o a actos propio de la vida contractual. Demostrada la subrogación real, corresponde al reservatario todo lo que proceda por sucesivas transformaciones del bien originario. En otra S. de 7 de febrero de 1952, se permutó por el descendiente un inmueble por otro. La Audiencia de Madrid concedió al reservatario la opción entre la subrogación real y el valor, lo cual rechazó el TS. No tiene el reservatario la opción entre los dos remedios establecidos por la ley, sino que teniendo en cuenta también que estamos ante bienes familiares, se le aplica la subrogación real, y a falta de la cual, por no haberse probado suficientemente, se acudiría al remedio de la equivalencia. En primer lugar, la ley tiene en cuenta los bienes originarios y específicos, su individualidad material y los bienes que procediendo de éstos los han sustituido, y luego, subsidiariamente, la compensación puramente cuantitativa en valor o equivalencia.

Son muchas las sentencias que, como las anteriores, admiten la no troncalidad del artículo 811, lo cual no quiere decir que no se tenga en cuenta su cualidad de troncales o familiares, aunque susceptibles también de ser considerados en valor. Hoy día son reservables cualquier clase de bienes, que se puedan traducir en dinero o que tengan un valor económico. Es interesante señalar un dictamen solicitado a ALCUBILLA sobre si un seguro de vida podría ser o debería ser reservado en favor de los parientes. ALCUBILLA respondió en sentido negativo, a lo que contesta SCAEVOLA en sentido contrario, alegando «que lo establecido por el artículo 811 del Código Civil—adquirido a título lucrativo—se da aquí; que se debe al pago de las primas pagadas por el padre; que cuando la circunstancia de ser el título lucrativo u oneroso origina una relación de derecho, dicha naturaleza se extiende a los bienes adquiridos en virtud de venta o permuta de los originarios, y esto se ve con notoriedad en la sociedad conyugal, en los que son bienes propios de cada cónyuge; que de no aceptar este criterio, había que suponer que sólo

(77) *Rev. Dr. Priv.*, 1918, pág. 257. Sentencias de 7 de noviembre de 1912 y 20 de abril de 1917.

estarían sujetos a reserva los mismos bienes que adquiriese el descendiente de su ascendiente o hermano de éstos, afirmación inadmisibles a todas luces». Lo dicho para el seguro de vida, lo aplica también SCAEVOLA al seguro real o incluso para el premio de lotería regulado por el ascendiente. En este caso dice: «el seguro sustituye al bien extinguido; es el mismo y ha de hallarse, por tanto, sujeto a los efectos jurídicos que hubieran también regido respecto a aquél. El seguro es la continuación, la prolongación del bien desaparecido, y como bien, tiene igual concepto jurídico que aquel del cual procede» (78).

Pero no toda la doctrina está de acuerdo en que el artículo 811 admita el principio de subrogación real. Así, SOTO HERNÁNDEZ y CHARRÍN dice que «si el legislador hubiera querido la subrogación real, seguramente la hubiera previsto, como lo hizo en el artículo 812 y en los artículos 976 y 978, en los que lo enajenado se le sustituyó por su valor». MATEO RIAZA dice: «que los antecedentes históricos y los precedentes de la elaboración legislativa son contrarios a la extensión de la reserva por subrogación real de los bienes enajenados por el descendiente por aquellos que los hayan sustituido, su precio o su valor». NOVOA SEOANE opina que «la reserva ordinaria es una reserva de capital, mientras que la lineal es una reserva de bienes, de cosas ciertas y determinadas», y, por tanto, concluye negando que pueda aplicarse a ésta el principio de subrogación real. CALDERÓN NEIRA: «que comparados los artículos 811 y 812 del Código Civil, se observa la diferencia que media entre ambos preceptos. En éste, la ley da al ascendiente no sólo las cosas en que se concede la sucesión, sino también las acciones para recobrar aquellos bienes que han sido enajenados, el precio si se vendieron o los bienes que los sustituyeron si fueron permutados. Nada de esto dice el artículo anterior, y es que los principios que informan son diferentes. Que admitiendo la subrogación real nos salimos de la ley con esa extensión que pugna con las reglas del Derecho y con la interpretación restrictiva que debe merecer la reserva». MANRESA: «que antes de la muerte del descendiente no existe reserva, por consiguiente, no cabe hablar de sustitución. Si este descendiente consume los bienes que por título lucrativo adquirió de un ascendiente o de un hermano, si los vende, si los cambia o en cualquier forma los enajena, no se sustituyen por el metálico o por los objetos que pueda adquirir en equivalencia, por lo que dio y ya no existe en su patrimonio al nacer la reserva, y los que adquiere ya no son procedentes del ascendiente o hermano». Y, por último, SÁNCHEZ ROMÁN dice: «que no se trata de derechos cuantitativos, sino cualitativos; a cosas o bienes específicos, como han de ser los reservables, individualmente determinados; que han de concurrir las circunstancias es-

(78) SCAEVOLA, ob. cit., t. XIV, págs. 261 y ss.

pecíficas exigidas por el artículo 811, lo que indica que la reserva recae sobre los mismos bienes, que reúnan todas estas circunstancias que los distinguen e individualicen, sin que sea posible sustituirlos por otros equivalentes ni por cantidades o valores que los representen» (79).

La opinión contraria se ha impuesto en la doctrina con el apoyo de la jurisprudencia, que han considerado aplicables, por analogía al artículo 811, los artículos que regulan la reserva ordinaria y, como consecuencia de ella, el principio de la subrogación real.

Las *Ss. de 30 de diciembre de 1897 y 8 de diciembre de 1894* declararon la aplicación extensiva de lo establecido por la reserva clásica al artículo 811 del Código Civil, por «existir perfecta analogía, semejantes derechos y obligaciones», «la teoría contraria consagraría una ilegalidad dejando una puerta abierta para toda clase de abusos, porque los que heredasen bienes que tuviesen que reservar, podrían librarse de cumplir este compromiso vendiendo en bloque los derechos hereditarios..., dando así margen a considerar como inexistentes y sin efecto alguno legal en la práctica los artículos 811, 977 y 978 del Código Civil», y la *S. de 1894* añade: «si bien las disposiciones de los artículos 977 y 978 del Código Civil se refieren a la reserva clásica. ., no por ello dejan de ser aplicables a la reserva establecida en el artículo 811 del Código Civil, porque aparte la razón legal, que es idéntica en ambos casos, obliga a entenderlos así la importante y decisiva circunstancia de que dichas disposiciones se hallan consignadas en el capítulo que trata de los comunes a las herencias por testamento o sin él y porque en el artículo 968 se hace referencia a la impuesta por el artículo 811, y sería consiguientemente contradictoria de la razón de la ley y del carácter común de las referidas disposiciones no estimarlas aplicables a la expresada reserva». Las *Ss. de 20 de abril de 1917 y 7 de noviembre de 1912* declaran: «comparando ambas reservas se aprecian dos fases iguales y paralelas... En el primer estadio no existe todavía reserva, lo cual no impide que los bienes enajenados en dicho período por el viudo se sustituyan por su valor, y en virtud de la común aplicación de las normas, si en el primer período enajena el descendiente—quien no es reservista—, los bienes deben reemplazarlos por su valor»; «no es la identidad de los bienes ni su atractivo lo enfocado principalmente, sino la fortuna que representan. Al interés protegido jurídica-

(79) SOTO HERNÁNDEZ, *Rv. de los Tribunales*, t. II, pág. 275, en un dictamen incluido en «testamentos y abintestatos». CHARRIN, *Boletín*, t. CXXXVIII, páginas 9 y ss. MATEO RIAZA, *Contribución al estudio de la reserva troncal en el C. C.*, Santiago, 1925, págs. 57 y ss. NOVOA SEOANE, *Rv. Dr. Priv.*, núm. 75, pág. 371. CALDERÓN NEIRA, «Jurisprudencia sobre. .», *Rv. Gral. Leg. y Juris.*, t. CVII, págs. 487 y ss. MANRESA, ob. cit., III c, págs., 290 y ss. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. VI, vol. II (2.ª edic.), Madrid, 1910, núm. 131, *in fine*, y 132, páginas 988 y ss.

mente con la reserva lo solapa la subrogación real, salvando a quienes han de ser privilegiados de verse despojados y perdidos». La *S. de 10 de noviembre de 1953* dice: «es cierto que las dos modalidades de la reserva ofrecen marcadas analogías, en punto a finalidad, naturaleza, contenido y efectos, puesto que no son, en definitiva, sino especies de una misma institución...». Además de otra *S. de 14 de junio de 1945*, una Resolución de la Dirección General de 25 de julio de 1892 dice: «que no es aventurado aplicarlos a la solución de una cuestión nacida del artículo 811 y que éste no resuelve». La siguen las Rs. Dr. Gral. de 5 de junio de 1892, 23 de junio de 1910, 30 de marzo de 1925 y 20 de marzo de 1905.

Por su parte, la doctrina, en su mayoría, secunda lo ya establecido por el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado; así podemos señalar lo que dice DÍAZ COBEÑA (80): «juega entre personas diferentes y no se refieren a los mismos bienes, pero actúan igual». Y RAFAEL DE UREÑA (81): «cierto es que el legislador, después de establecer el artículo 811 del Código Civil, nada añade acerca de los desenvolvimientos, naturaleza de la institución que crea. Es, pues, necesario suplir el silencio del legislador, ya con el criterio doctrinal del jurisconsulto, ya con las decisiones de los Tribunales, pero aquél y éstas han de estar fundamentadas en la naturaleza jurídica de la institución misma». OSORIO Y GALLARDO (82): «la reserva sin subrogación real caería por tierra, pues el reservista la burlaría sólo por cambiar por otros los bienes reservables». FERNÁNDEZ SERRANO (83): «la subrogación real no pugna contra la naturaleza de la reserva del artículo 811 del Código Civil. Si no se admite la subrogación real, se quebraría sensiblemente el beneficio de la reserva». MAURA (84): «la fluidez y movilidad de los patrimonios, en oposición a la permanencia estática que solían tener los antiguos, como mudanza social, ha de tenerse en cuenta para interpretar la palabra—bienes—del artículo 811, que no distingue por la clase de bienes ni por las especificaciones reales que caben dentro de la clase misma; que ía diferencia entre los artículo 811 y 812 sólo puede obedecer a que éste, por regular materia incomparablemente más sencilla, ha podido alcanzar en su contenido literal, sin caer en la pro-

(80) LUIS DÍAZ COBEÑA, *Dictamen*, Madrid, 1919, t. XV, págs. 247 y 248.

(81) RAFAEL DE UREÑA, «Bienes reservables», *Rev. Gral. de Leg. y Juris.*, tomo LXXXIX (2.º, septiembre 1896), pág. 101.

(82) OSORIO Y GALLARDO, *Vallet de Goytisolo: La jurisprudencia del T. S. y el art. 811 C. C.*

(83) FERNÁNDEZ SERRANO, «Un supuesto interesante del art. 811 del C. c.», *Rv. Gral. de Dr.*, t. II, junio 1953, pág. 292.

(84) ANTONIO MAURA, «Perspectivas del art. 811», *Rv. Gral. de Leg. y Juris.*, tomo CXLIV (2.º semestre 1924), pág. 20, y *Dictámenes*, t. IV, Madrid, 1930. *Dictamen* núm. 5, II, pág. 77.

digalidad embarazosa, la regulación de la subrogación real, cosa que no hubiera sido posible en el complicado artículo 811 del Código Civil. Lo que no cabe es achacar al legislador, gratuita o infundadamente, dos inspiraciones doctrinales contradictorias al tiempo de estatuir dos preceptos que no sólo integran el mismo cuerpo, sino que están inmediatos entre sí y ligados por conexiones innegables, no obstante la diversidad de sus respectivos asuntos». Reconoce MAURA que quizá no emplearía este lenguaje si no estuviera respaldado por las dos sentencias del 1912 y 1917, respectivamente. DE LA CUEVA (85): «que la reserva recac frecuentemente sobre universalidades, que sufren movimientos comerciales o industriales y comprenden bienes de todas clases, respecto de los cuales la ley no ha podido pensar en su afectación particular, sino en su valor, cantidad, riqueza, aun estando los bienes en el dominio sin límites del descendiente; si la subrogación no cupiera, el legislador hubiera hecho una cosa completamente inútil y muy limitada.

A todos estos autores podemos añadir los siguientes: CASTÁN TOBEÑAS, MORELL, BARRACHINA y CLEMENTE DE DIEGO (86). Otros autores, como MOLINA RAVELLO, ROCA SASTRE, MEZQUITA DEL CACHO y LACRUZ BERDEJO (87), a pesar de considerar, como otros, que en el primer estadio, es decir, en el patrimonio del descendiente, no se puede hablar de verdadera subrogación real, consideran que no es un obstáculo para su aplicación en las mismas condiciones que en la reserva clásicas antes que el viudo contraiga nuevo matrimonio. Incluso una S. de 16 de junio de 1862 concedió derechos a los reservatarios antes de nacer la reserva. Según LACRUZ BERDEJO, sería como si, a partir de la viudez o el ingreso de los bienes, hubieran sido reservables los entonces adquiridos, pasando esa condición, cuando se enajenan, sea a los *bienes* determinados que han sustituido a los primeros, sea al *valor* de los enajenados insito en el pa-

(85) DE LA CUEVA, *La verdad sobre el art. 811*, Sevilla, 1934, pág. 35, y «Bienes que el reservista está obligado a reservar. ¿A quién se refieren las palabras del art. 811 'los que hubiere adquirido por ministerio de la ley'?», *Rv. Crí. Dr. Im.*, 1935, núm. 131, pág. 808.

(86) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho de sucesiones*, Madrid, 1960, t. VI, vol. I, páginas 169 y ss., y «El derecho de representación en la sucesión lineal del art. 811 del C. c.», *Rv. Dr. Priv.*, t. XXIV (septiembre 1940), págs. 201 y ss. JOSÉ MORELL, «Jurisprudencia sobre el art. 811 del C. c.», *Rv. Gral. Leg. y Juris.*, t. CVII (2.º semestre 1905), pág. 146. FEDERICO BARRACHINA, *Derecho foral español*, t. III, Castellón, 1912, pág. 640. FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Dr. civil español*, t. III, Madrid, 1932, pág. 198.

(87) MOLINA RAVELLO, «La subrogación real en la reserva lineal, art. 811», *Rv. Gral. de Dr.*, Valencia, 1945, págs. 255 y ss. R. M.ª ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado y II, Sucesiones* (Madrid, 1948), IX, pág. 333, y *Notas al Derecho de sucesiones de Kipp*, vol. I (Barcelona, 1951), 4.ª, 2, pág. 43, y *Subrogación real*, ob. cit., págs. 281 y ss. MEZQUITA DEL CACHO, *Principales aplicaciones*, ob. cit., págs. 649 y ss. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, tomo II, Barcelona, 1973, Bosch, págs. 306 y ss.

trimonio del reservista, pero sin localizar en objetos concretos. O sea: si bien no es exacto decir que se haya producido la subrogación real antes de nacer la obligación de reservar, se ha de entender que en el momento de producirse la situación de reserva pendiente es como si la subrogación se hubiera producido en aquel momento anterior».

VALLET DE GOYTISOLO (88) parece ser el único que no admite la subrogación real en este primer período, y dice que «a los bienes adquiridos por el descendiente por título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano, no parece que pueda someterse a este criterio aislante del resto de su patrimonio, precisamente porque no puede decirse que en el mismo formen una masa especial diferenciada, ya que la reserva no obliga al descendiente y sólo nace en el patrimonio del ascendiente reservista...».

Del patrimonio del marido—dice—se aíslan los parafernales entregados, los dotales y los gananciales, de tal modo que aunque disminuya aquél, no puedan reducirse estas masas separadas. Lo mismo ocurre en el patrimonio del reservista o del fiduciario respecto de los bienes reservados y fideicomitidos. En cambio, en el patrimonio del descendiente que adquirió bienes a título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano, no existe razón alguna positiva ni extralegal para que se coloque ese dique ideal que impida el juego de los vasos comunicantes en beneficio de una masa especial que ni siquiera existe».

Estas razones, dichas por VALLET y reconocidas por todos, son innegables, pero también es innegable que por razones poderosas de justicia y equidad y, sobre todo, para no dejar sin sentido el artículo 811, la jurisprudencia ha admitido, aunque sea con carácter retroactivo, la subrogación real en el patrimonio del descendiente antes de nacer la reserva. Una vez más, la subrogación real ha sido deseable, incluso hasta el punto de contribuir con ella al logro del fin de la reserva lineal. La reserva lineal sin la subrogación real, sobre todo en el primer momento, se convertiría la mayoría de las veces en un artículo sin aplicación en la práctica, además del perjuicio que supondría siempre para los derechos de los reservatarios que casi nunca podrían realizarse.

En cuanto a la interpretación del artículo 811, la jurisprudencia dominante es la restrictiva (89).

(88) VALLET DE GOYTISOLO, «La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del C. c.», *A. D. C.*, pág. 285, 1957; t. X, fasc. 2, 3 y 4; t. XI, 1958, fascículo 3, y t. XII, 1959, págs. 782 y ss. (julio-septiembre).

(89) Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1892, 16 de enero de 1901, 8 de diciembre de 1906, 27 de enero de 1909, 4 de mayo de 1910, 19 de noviembre de 1910, 7 de noviembre de 1912, 20 de abril de 1917, 7 de noviembre de 1927, 1 de julio de 1955, 1 de febrero de 1957. Explícitamente: 4 de enero de 1911, 6 de julio de 1916, 25 de marzo de 1933, 1 de febrero de 1957, 26

La prueba de la subrogación real puede llevarse a cabo con toda clase de medios, pero como la prueba corresponde hacerla al reservatario, las dificultades que éste encuentra la mayoría de las veces son extraordinarias, como lo demuestran la mayoría de las sentencias enumeradas, por lo que el legislador acude al segundo remedio. Esta dificultad se explica también por el hecho de producirse ésta en el primer período, en el cual los bienes reservables no constituyen una masa distinta y separada en cierta forma en el patrimonio del descendiente, y ¿cómo va a saber el día de mañana el reservatario y, sobre todo, cómo va a demostrar que en ese patrimonio se produjo una fluctuación y por ella un bien viene a sustituir al originario? La posibilidad de demostrar la subrogación real por todos los medios a su alcance está reconocida en una *S. de 7 de junio de 1948*, que por su importancia vamos a transcribir en parte:

«Considerando... que si en sentencias como la de 9 de julio de 1933 se exige para estimar la existencia de bienes reservables, la prueba de que previamente se han realizado las operaciones de liquidación y partición referidas, a través de las cuales quedarán bien individualizados los bienes sujetos a reserva, en las otras, como en la de 8 de junio de 1917, no se considera precisa tal exigencia probatoria, porque no hay disposición legal que la imponga como medio indispensable para que los Tribunales puedan hacer la correspondiente declaración, pues son admisibles y suficientes otras probanzas si por ellas se demuestra debidamente la identificación de los bienes, su procedencia del ascendiente lineal y la trayectoria de las sucesivas transmisiones por título lucrativo al descendiente que causa la reserva y por ministerio de la ley al ascendiente obligado a reservar.»

«Considerando... que en situaciones procesales como las contempladas en la *S. de 9 de julio de 1933*, en que los bienes reservables pasaron al patrimonio de la reservista en confusión material con los de ésta, no será posible diferenciar los unos de los otros sin la previa liquidación de la sociedad conyugal y consiguiente partición; *pero no debe pretenderse que este criterio sea elevado al rango de norma absoluta y única aplicable* a todas las situaciones procesales sobre identificación y calificación de bienes sujetos a reserva lineal pues en términos generales y a esta finalidad no hay limitación de medios probatorios, y los Tribunales pueden utilizar todos los que se les ofrezcan para adquirir la convicción de que se dan en el proceso los presupuestos objetivos del artículo 811 sobre identificación, procedencia y sucesivas transformaciones de los bienes reclamados en concepto de reservables, porque, como dice la aludida *S. de 8 de junio de 1917*, la ley no impone el taxativo o único medio

de noviembre de 1943: «que el artículo 811 por su excepcionalidad veda la interpretación extensiva».

de prueba, ni sería procedente tampoco, sin riesgo de burlar el designio del legislador, que el derecho del reservatario quedase supeditado en su efectividad a una previa partición de las herencias de las de quien proceden los bienes y del descendiente causante de la reserva, sólo sometidas a la voluntad de quienes tienen un interés económico en pugna con el del reservatario.»

«Considerando... que la Sala sentenciadora, no obstante la falta de operaciones particionales de la herencia del ascendiente de quien proceden los bienes y del que después causó la reserva, valoró distintos medios probatorios y estimó debidamente justificados los elementos de hecho subjetivos y objetivos que son precisos para calificar jurídicamente de reservables parte de los bienes en este concepto reclamados, desestimando la demanda en cuanto a los demás, sin que en el recurso sea impugnada por la vía procedente la apreciación hecha de la prueba...»

En otra S., la prueba de la subrogación real fue posible y así lo declaraba la S. de 14 de junio de 1945: «Que en lo que toca al objeto, patente es que los bienes reclamados son los procedentes de los causantes originarios, advenidos por títulos diversos a don P..., sin que el hecho de haber señalado y reclamado otros como de esa procedencia, no siéndolo, pueda vedar esta apreciación». También la S. de 6 de julio de 1916 establece que no es precisa la escritura pública en particular como medio de prueba y vuelve a repetir lo dicho en la sentencia anterior.

Como ya dijimos antes, la Dirección General de los Registros y del Notariado y la práctica hipotecaria aplican reiteradamente la subrogación real, considerando que basta la compra del inmueble por un cónyuge después de haber vendido otro bien propio para reemplazarlo.

A la subrogación real hace referencia la Compilación de Cataluña en sus artículos 269-2 y 271, ambos referentes a la reserva clásica. El primero establece que «al fallecer el cónyuge viudo, los bienes reservables o *sus subrogados* se deferirán a los referidos hijos o descendientes que existan al acaecer dicho fallecimiento...», y el segundo, que «la retroacción no afectará a los bienes enajenados o gravados constituidos por el cónyuge viudo antes de contraer nuevas nupcias, y que de otra suerte hubieren sido reservables, *sin perjuicio de que tal reserva afecte a los subrogados...*».

Se aplicará a las reservas (viudal, Ley 274, y troncal, Ley 275, de la Compilación de Navarra) las disposiciones del Código Civil y de la Ley Hipotecaria sobre inventario, enajenación de bienes reservables y garantías de los reservatarios. En caso de enajenación de los bienes reservables, *la reserva tendrá por objeto los bienes subrogados*.

A continuación vamos a estudiar la subrogación real en el supuesto del ausente, declarado fallecido, que vuelve (art. 197 del Código Civil).

H) LA SUBROGACIÓN EN LA AUSENCIA LEGAL (ART. 186 DEL CÓDIGO CIVIL) Y EN EL SUPUESTO DE LA REVOCACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO DEL AUSENTE (ART. 197 DEL CÓDIGO CIVIL)

Desde el punto de vista del principio de subrogación real, los artículos 186 y 197 del Código Civil no presentan ningún problema ni dificultad. La subrogación real se presenta en dos momentos durante la ausencia de una persona: primero, en el período de ausencia legal, y segundo, en el período posterior a la declaración de fallecimiento. En el primer período, la subrogación real es de aplicación estricta, mientras que en el segundo, la subrogación real se aplica ampliamente, según opinión unánime de la doctrina española y extranjera (90).

Una vez declarada la ausencia legal, establece el artículo 186 del Código Civil, párrafo último, que «los poseedores temporales de los bienes del ausente no podrán venderlos, gravarlos, hipotecarlos o darlos en prenda, sino en caso de necesidad o utilidad evidente reconocida y declarada por el Juez, quien al autorizar dichos actos determinará el empleo de la cantidad obtenida».

Es este caso de subrogación real semejante al que se produce respecto de los bienes del menor sometido a tutela o patria potestad. La subrogación real sólo encuentra ocasión de actuar cuando por estas circunstancias de necesidad o utilidad evidente, el Juez consiente la venta. La subrogación real se dará, en primer lugar, en el precio, y posteriormente, en los bienes que el Juez estime debe emplearse el precio de la venta anterior. Si el precio obtenido es empleado en la necesidad que ha motivado la venta, la subrogación real sólo se dará en cuanto al excedente que sobre después de su aplicación a las utilidades señaladas. También pueden admitirse en este período la subrogación por la indemnización debida que sustituiría al bien originario.

La ley en este período pone bien de manifiesto el carácter precario de la posesión, y a pesar de que la ley no distingue entre bienes muebles o inmuebles, lo dicho es común para ambos. Muy semejante a nuestro artículo es el 125 del Código Civil francés.

(90) ROCA SASTRE, *La subrogación real*, ob. cit. MEZQUITA DEL CACHO, *Principales aplicaciones...*, ob. cit. ALFONSO DE COSSIO, «El patrimonio del ausente», *Rv. Dr. Priv.*, 1942, págs. 372 y ss. y 382. IGNACIO SERRANO, «La reserva de los artículos 191 y 192 del C. C.», *Rv. Dr. Priv.*, 1943, págs. 37 a 53, y «La ausencia en el Derecho español», pág. 235. JULIEN BONNECASE, ob. cit., pág. 718. H. CAPITANT, ob. cit., págs. 385 y ss. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique-pratique de Droit civil*, París, 1907, núms. 1.237, 1.238, II, y núm. 1.240, Edit. Recueil Sirey. PLANIOL, ob. cit., t. III, núms. 2.463 y ss., y esp. núm. 2.495. LUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., t. III, Madrid, 1903, págs. 697, 707 y ss. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, t. I, volumen II, Madrid, 1963, págs. 288 y ss. y 318, Edit. Reus.

En el segundo período, la ley es más precisa y da suficientes razones para que pueda aplicarse la subrogación real más allá de los dos casos previstos por ella.

La redacción del artículo 197 del Código Civil ha permanecido inalterable desde los antiguos artículos 325 del Proyecto de 1851, 160 del Proyecto de 1882 y artículo 194 anterior a la reforma de 8 de septiembre de 1939. Dice así nuestro actual artículo 197 del Código Civil: «Si después de la declaración de fallecimiento se presentase el ausente o se probase su existencia, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y *tendrá derecho al precio de los que se hubieren vendido o a los bienes que con este precio se hayan adquirido*; pero no podrán reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto». Con muy parecida redacción, el artículo 132 del Código Civil francés prevé también la subrogación por el precio o por los bienes adquiridos con él, y el artículo 39 del Código Civil italiano.

Lo mismo que el artículo 812 del Código Civil italiano, el artículo 197 solamente establece un remedio para recobrar sus bienes el declarado fallecido que vuelve por el principio de subrogación real, en el cual supone que los bienes se recobrarán por el ausente que se presentase en el estado que tengan, de manera que si, por la subrogación real, el bien adquirido por empleo del precio del bien originario es de mayor valor que aquel antiguo del ausente, será para éste esa mejora, como en el caso contrario, si, por la subrogación real, el bien adquirido a cambio es menor. La subrogación real supone la devolución de todo lo que proceda por cualquier título de los originarios, suponga éste para el ausente o para el poseedor definitivo una ventaja o un perjuicio (91).

Es necesario poner de manifiesto que la prueba de la subrogación real que en otras circunstancias constituye una dificultad de consideración que incluso impide que pueda ésta aplicarse, no parece que se dé aquí. La ley prevé, tanto en el período de ausencia legal como en la declaración de fallecimiento, que el poseedor provisional (art. 185) y los sucesores del ausente (art. 196) lleven a cabo un inventario detallado de los bienes muebles y descripción de los inmuebles, además de otras garantías establecidas en la ley. En estas circunstancias de individualización de los bienes en los dos períodos ya dichos, la prueba de la subrogación

(91) EDGARD PAULMIER, ob. cit., págs. 286 y ss. Según el artículo 132 C. C. francés, el ausente no puede pretender más que la suma que ha sido pagada, ya le favorezca o le perjudique, con respecto al valor real del bien vendido. HENRY, ob. cit., págs. 351 y ss. Si el precio es superior al valor de la cosa vendida, es el precio el que debe ser restituido, porque es precisamente este precio el que subroga a la cosa. Lo mismo si el precio es inferior al valor real del bien.

real no presentará, aunque sea aventurado decirlo, dificultad alguna para su aplicación.

Por otro lado, y en consonancia con lo dicho anteriormente, el ausente vuelto no tendrá opción entre reclamar el precio o el bien adquirido por su empleo, pues esta opción daría lugar a una situación injusta, ya que el ausente no reclamaría lo de menos valor, en perjuicio del poseedor, y lo mismo en caso contrario, si el derecho de opción lo tuviera el poseedor. La ley claramente manifiesta su deseo de proteger por igual al ausente vuelto y al poseedor. La subrogación real, una vez consumada, no da en ningún caso derecho de opción, y si ésta está prevista, se producirá con todas sus consecuencias.

La unanimidad de la doctrina está de acuerdo en extender la subrogación más allá de lo establecido por la ley, pues así se desprende del espíritu y la letra de nuestros artículos. Sin embargo, PLANIOL, dada la época en que escribió, considera que al decir el artículo 132 que el ausente tiene derecho a reclamar los bienes existentes en el estado en que se encuentren, opina que esto quiere decir que no tiene derecho a reclamar ninguna indemnización por razón de demoliciones, transformaciones o degradaciones; pero como ya hemos dicho, esto es propio de 1927, hoy superado por la ley ampliamente (92).

1) LA SUBROGACIÓN REAL EN EL DERECHO DE REVERSIÓN DE DONACIONES (ART. 812 DEL CÓDIGO CIVIL)

La subrogación real, establecida en nuestro artículo 812 del Código Civil, ha dado lugar a interesantísimas opiniones doctrinales sobre el alcance de este principio; es de destacar la labor de la jurisprudencia a este respecto.

Aunque parezca, a primera vista, que entre el artículo 812 del Código Civil español y 747 del Código Civil francés existe una diferencia en cuanto a la extensión del principio, no lo es tanto, como veremos a continuación, en la práctica. El llamado *droit de retour legal*, encuadrado dentro de las sucesiones anormales, se aplica también analógicamente a otros llamados derechos de retorno, que son los siguientes: artículo 766 del Código Civil francés, sobre el derecho concedido a los hermanos y hermanas legítimos del hijo natural muerto sin descendencia sobre los bienes que él había recibido de su padre o madre, y los artícu-

(92) FLACH, ob. cit., págs. 537 y ss. PAULMIER, ob. cit., págs. 388 y ss. Admite la subrogación real ampliamente por tratarse de una subrogación general que se produce naturalmente en una universalidad y no de una subrogación especial en las cualidades particulares de las cosas. HENRY, ob. cit., págs. 353 y ss.

los 351 y 352 del Código Civil francés sobre el derecho concedido al adoptante y sus descendientes sobre las cosas por él dadas al adoptado o reunidas por éste en la sucesión, ampliándose de esta manera considerablemente el campo de la subrogación real. Por ello, lo establecido aquí será de aplicación a estas otras sucesiones anormales.

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

El artículo 747 del Código Civil francés, por el contrario, parece más restrictivo, y dice así: «Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los objetos donados se encuentren en naturaleza en la sucesión».

Si los objetos hubiesen sido enajenados, los ascendientes tendrán derecho *al precio que pudiera deberse*. Suceden también en la acción para recobrar los bienes que pudiese tener el donatario».

Ambos artículos establecen que el ascendiente sucede en los bienes donados «si todavía existen en la sucesión», dice el artículo 812, y si se hayan *en nature*, según el artículo 747 del Código Civil francés. Donde difieren ya es en la distinción que hacen en caso de enajenación por el donatario de los bienes donados, estableciendo el Código Civil francés la subrogación real si el precio es todavía debido, y el nuestro, sin especificar este extremo, habla de precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió. Como veremos, la diferencia está en que el legislador francés se ha mostrado más precavido y desconfiado que el español, aunque en la práctica creemos que el alcance de ambos artículos es el mismo.

En el Código Civil italiano este derecho de retorno legal fue abolido. Como dice COVIELLO (95), se mantuvo en el Proyecto del Senado, pero la Comisión coordinadora resolvió suprimirlo. La Comisión puso de manifiesto que esta institución había sido siempre origen de litigios, y que de todos modos cuando se está interesado en la reversión, las partes podrían pactarlo. Abolida, por tanto, la reversión legal (antiguos arts. 1.071 y 1.072 del Código Civil italiano), no tiene significado la disposición del artículo 722, que supone la existencia de la excepción al principio general

(95) LEONARDO COVIELLO, *Successione legittima o necessaria*, Milán. 1937, Edit. Dott, pág. 88, art. 1.071. FRANCESCO SAVERIO AZZARITI, *Successioni per causa di morte o donazioni*, 3.^a edic., Padova, 1959, Dott, núms. 420, 419, 421 y 422.

por el que no se considera el origen de los bienes. Impera, por tanto, en la reversión de donaciones el régimen contractual propio de las obligaciones condicionales.

La mayor parte de la doctrina francesa y española, así como varias sentencias, consideran que, tanto por razones de equidad, tráfico jurídico y económico, como por el verdadero espíritu que informa estos artículos, la subrogación real puede aplicarse siempre que se den y prueben los requisitos exigidos para ello, más allá de los casos establecidos en los artículos 812 del Código Civil español y 747 del Código Civil francés. Ahora bien, las dificultades prácticas que para la prueba de la subrogación real se presentan e incluso la falta de garantía de las presentadas, son tales en estos casos concretos, que tanto el Juez como el legislador las han tenido en cuenta: uno no aplicando la subrogación real, excepto en casos válidamente probados, y otro limitando su aplicación a la letra de los artículos. Prueba de esto último es la distinción establecida por el legislador francés entre el caso de que el precio de venta del bien donado haya sido o no pagado.

Por otro lado, no podemos dejar de notar que estamos ante un caso de donación en el que el donatario no está sometido, respecto a los bienes donados ni con relación al donante, a ninguna limitación, lo que hará que disponga de los bienes donados libremente sin hacer constancia, en la mayoría de los casos, de la procedencia del dinero o del bien objeto de la operación llevada a cabo, lo que facilitaría en su día la prueba primordial para la aplicación de la subrogación real. Además, los requisitos para que se produzca la revocación o el derecho de retorno, premoriencia sin posteridad del donatario respecto al donante, no se produciría, según la naturaleza, muy frecuentemente.

Luego lo que verdaderamente va a limitar el juego de la subrogación real va a ser no el espíritu ni la letra del artículo 812, sino la dificultad extraordinaria en la práctica de la prueba de la subrogación. En ambos artículos, en los párrafos primeros, está prevista una individualización material de los bienes, pero en los párrafos segundos y como medida subsidiaria, el legislador ha previsto una destinación en valor suficiente para hacer que funcione la subrogación real.

La razón—según LAURIOL (96)—de que el artículo 747 establezca la acción de restitución del precio de venta del bien donado y no pagado todavía, es porque la ley ve en la sucesión anormal no sólo tal o cual bien, sino también el valor pecuniario que representa. MALLEVILLE dice que el Anteproyecto proponía una concepción extensiva del retorno, entretanto que el valor reclamado no se confundiera con el resto de la sucesión.

(96) MARC LAURIOL, ob. cit., t. II, núms. 441 y ss., págs. 48 y ss.

La evolución social y económica después del Código Civil no puede más que afirmar el papel jugado por la idea del valor en este campo. La historia, como el espíritu y letra de los textos, militan en favor de la única conclusión permitida por el sentido común: es evidente que el legislador ha visto en la sucesión anormal un valor pecuniario individualizado, así como ciertos bienes considerados en su individualidad material. Y la subrogación real, en general, entra en la lógica de una tal concepción. En este sentido—dice—, es deseable y responde a un fin.

La subrogación real—dice LAURIOL—completa el derecho de retorno tal como lo ha entendido el legislador. La doctrina así lo ha supuesto, ya que la ha extendido al derecho de retorno de los artículos dichos anteriormente. Esta extensión doctrinal, injustificable desde el punto de vista del texto, prueba que la doctrina ve en las distintas sucesiones anormales una destinación calcada del derecho del ascendiente y suficientemente general para llamar eventualmente a la subrogación real sin apoyo de un texto legal. ¿Qué es esta destinación, sino una destinación en valor? Pero entonces se pregunta LAURIOL, ¿por qué se limita la subrogación al precio de venta?, y responde: «La única justificación posible, y parece que la única válida, es el deseo del legislador de evitar las confusiones de valor entre la sucesión anormal y la ordinaria. Está claro que la subrogación real del crédito del precio a la cosa, no representa a este respecto ningún peligro. Este precio, una vez pagado, por el contrario, hace difícil seguir los sucesivos empleos que pueden haber sido hechos. El legislador ha podido temer perfectamente que no se esté seguro jamás del origen de los bienes así adquiridos y ha preferido cortar por lo sano estos peligros».

Añade LAURIOL otra razón: «admitir la subrogación real en segundo grado sería abrir las puertas a indagaciones acosadas e indiscretas en los papeles del difunto, a pesar del desagrado posible e incluso probable de los otros herederos». Las mismas razones alegan AUBRY y RAU, partidarios ambos de una interpretación extensiva (97).

LACRUZ BERDEJO (98) reconoce también las dificultades de una aplicación amplia de la subrogación real, al decir: «que la donación no sujeta los bienes en vida del donatario, y se reduce a cuantos de ellos resten *in natura* o por subrogación real»; lo contrario—dice—supondría un impedimento excesivo del tráfico. No obstante, no debe exagerarse el alcance del artículo 812: de ahí igualmente su concepto restringido de la subrogación real.

(97) AUBRY Y RAU, *Cours de Droit civil français*. Ed. Marchal-Billard, París, 4.^a edic., 1873, t. VI, págs. 354 a 358, texto y nota 35.

(98) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y SANCHEZ REBULLIDA, ob. cit., *Sucesiones*, t. II, Barcelona, 1973, Edit. Bosch, págs. 71 y ss.

A continuación, LACRUZ reconoce la dificultad, pero al mismo tiempo no niega una posible subrogación sucesiva: «es discutible la extensión de la subrogación real del precio de los bienes reversibles vendidos. Está claro que no alcanza a la nueva compra de otro bien (*salvo que la subrogación real se prevenga expresamente en el acto de la compra*), pues el precepto distingue entre la subrogación en un nuevo objeto individualizado, operada mediante 'cambio o permuta', y la subrogación del precio de venta, cuya reinversión será siempre difícil de probar, y por ello se considera intrascendente».

También una vez cobrado el precio—opina LACRUZ—debe admitirse la subrogación como más acorde con la equidad. Pero del precepto parece desprenderse la originaria preocupación del legislador por la conservación de la individualidad de los bienes.

Admiten también la aplicación extensiva de la subrogación real, no obstante admitir su dificultad probatoria, ROCA SASTRE, MEZQUITA DEL CACHO, CASTRO LUCINI, MUCIO SCAEVOLA y LÓPEZ GARZÓN (99). Este último, junto con SCAEVOLA, opina que la palabra empleada en el texto, «cambio o permuta», no cree que indique reiteración de la idea de permuta, sino que abarca otros casos en que a través de sucesivos contratos de compraventa, se persigue y obtiene el resultado económico de cambiar o sustituir en el patrimonio propio la cosa que se vende por la que luego se compra. Si la cosa procede—termina—sólo en parte del precio de la donada, existe en tal caso un condominio.

Aunque la unanimidad doctrinal respecto a la aplicación de la subrogación real en el artículo 812 del Código Civil español y artículo 747 del Código Civil francés es una realidad hoy día, ésta no ha existido siempre en la doctrina francesa. La letra del artículo 747 del Código Civil—dice FLACH (100)—excluye toda idea de subrogación real. La ley establece que estos bienes deben conservar su individualidad, su existencia propia; estos bienes no constituyen una universalidad y, por tanto, el derecho de retorno no puede extenderse más que sobre los mismos bienes donados y no sobre los valores que han podido ocupar su lugar. DEMOLOMBE (101) no sólo rechaza toda idea de subrogación real en este artículo, sino que añade que ésta constituye la más flagrante violación del texto mismo del artículo 747 del Código Civil. Además, no puede menos de observarse—dice—las con-

(99) ROCA SASTRE, *La subrogación real*, ob. cit., pág. 281-304. MEZQUITA DEL CACHO, ob. cit., *Principales aplicaciones* ..., págs. 649-664, y «Recobro *mortis causa* de donaciones a descendientes (art. 812 C. C.)», *A. D. C.*, 1938, XI, págs. 21-114, letras C y D. CASTRO LUCINI, *Temas de derecho sucesorio*, Madrid, 1965, Edit. Ortiz, Zarz., págs. 147 y ss. SCAEVOLA, ob. cit., t. XIV, págs. 342 y ss. JOSÉ LÓPEZ GARZÓN, «La reversión legal de donaciones», *A. D. C.*, t. XII, 1959, págs. 931 y ss.

(100) FLACH, ob. cit., págs. 525 y ss.

(101) DEMOLOMBE, ob. cit., t. I, *Des successions*, págs. 653-658.

tradiciones que ésta levanta y arroja entre sus mismos partidarios; hay tanta disidencia y confusión entre ellos, que no hay nada más oscuro ni más incoherente que toda esta doctrina de la subrogación real. Pero aun siendo tan completa y perfecta como se la supone, no podría jamás satisfacer la condición del artículo 747, por el cual se rechaza toda idea de subrogación real e incluso de la subrogación de equidad, que MALPEL invoca para el ascendiente. Lo que en realidad se produce en este caso —dice DEMOLOMBE—es una subrogación personal. THÉOPHILE HUC, que se caracteriza por su gran desconocimiento de lo que es la subrogación real, a la que ni siquiera alude en casos como la vuelta del ausente declarado fallecido, dice que aplicando el principio de subrogación real al derecho de retorno del ascendiente donador se ha cometido una singular falta de lógica. En dos o tres casos, no más, se permite a una persona reclamar el precio en lugar de la cosa. Estos son casos limitados en su aplicación, en los que se habla de una subrogación real y se permite imaginar la fórmula abstracta: *res succedit*.. (102).

El legislador de 1804—dice PAULMIER—ha querido evidentemente condenar el sistema de la subrogación real, y por ello exige, como condición esencial para el ejercicio de este derecho, la identidad perfecta de las cosas donadas. Tanto la primera línea de este artículo, como la segunda, excluyen toda idea de subrogación real (103).

Son partidarios no sólo de la aplicación de la subrogación real en los casos previstos por la ley, sino más allá: AUBRY y RAU, LAURIOL, BONNECASE, CAPITANT, HENRY, CHABOT, DELVIN COURT, TOULLIER, MALPEL, DURANTON, JOSSE RAND, etc. (104). Contrarios a la extensión de la subrogación real, aunque reconociendo la doctrina contraria como predominante: BAUDRY-LACANTINERIE y PLANIOL (105).

El artículo 812 del Código Civil español y artículo 747 del Código Civil francés han planteado, respectivamente, una serie de problemas que ha llevado a algunos autores a conceder a este artículo una extensión desmedida y no acorde, a nuestro parecer, con el espíritu del texto. Nos referimos concretamente a la aplicación a este artículo de la llamada por VALLET DE GOYTISOLO subrogación en valor, *in abstracto* por MEZQUITA

(102) THEOPHILE HUC, *Traité théorique et pratique sur la cession et de la transmission des créanciers*, t. V, págs. 100 y ss.

(103) PAULMIER, ob. cit., págs. 259 y ss.

(104) AUBRY y RAU, ob. cit., t. VI, págs. 354-358. LAURIOL, ob. cit., págs. 48 y ss. CAPITANT, ob. cit., págs. 585 y ss. BONNECASE, ob. cit., págs. 702 y ss. HENRY, ob. cit., págs. 352 y ss. CHABOT, DELVIN COURT, TOULLIER, MALPEL, DURANTON y JOSSE RAND, citados por MEZQUITA DEL CACHO, *Recobro mortis causa*, ob. cit., letra C.

(105) BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, t. VII, números 718 a 724, Recueil Sirey. *Précis de Droit civil*, t. III, núm. 553 y ss., París, 1927, Recueil Sirey. PLANIOL, *Droit civil. Traité élémentaire*, París, 1927, tomo III, núms. 1.905 y ss., y págs. 437 y ss.

DEL CACHO (106). Además de no admitirla en el texto que exponemos, la llamada subrogación de valor, por sí sola, no sólo no tiene nada que ver con la subrogación real, sino que es la negación absoluta de la misma.

El problema es el siguiente: En el caso de que los bienes donados sean consumibles, y en especial dinero, o en el caso de que el donatario donara, a su vez, los bienes dados por el ascendiente, si el donatario los consumió, usó o donó, ¿tendrá derecho el ascendiente a otro tanto de igual especie o su equivalente en dinero en el caso de la donación?

La mayor parte, por no decir casi todos, de los autores no admiten que se pueda dar un caso de retorno, sino en los bienes que quedaran en naturaleza o por subrogación real en la sucesión del donatario, y así nos parece sin ningún género de dudas. El espíritu y la letra de los artículos citados no admitiría lo contrario. En nuestro apoyo citamos la Ley 279 de la reciente Compilación del Derecho civil de Navarra, que dice, refiriéndose a la reversión de las liberalidades de los ascendientes: «si los bienes hubieren sido enajenados, la reversión tendrá por objeto *exclusivamente* los bienes o derechos subrogados» (107).

Lo contrario ha sido defendido por VALLET DE GOYTISOLO y MEZQUITA DEL CACHO. Según MEZQUITA, la subrogación en valor está admitida en el artículo 812 del Código Civil, ya que éste, a diferencia del francés, no admite que el precio sea todavía debido. La subrogación en valor se efectúa con cargo a otro valor líquido o liquidable del patrimonio del descendiente, en los casos de nueva donación de éste, como con cargo al concreto bien o valor que ingresa en sustitución de los enajenados a título oneroso. No quiere decir esto que la subrogación se dé en el patrimonio general del donatario, sino en el derecho eventual de reversión precisamente.

Esta subrogación en valor se acomoda más, sigue diciendo: 1.º, al fundamento de la institución y a su naturaleza sucesoria convencional; 2.º, si se establece la subrogación en las enajenaciones onerosas, con más razón en las gratuitas, que no se basan en ninguna situación de necesidad del disponente; 3.º, lo contrario conduciría a resultados absurdos; 4.º, este valor sólo es agotable, consumible o invertible en provecho del propio donatario, dándose mientras subsista la subrogación en valor para efectos de reversión eventual, y 5.º, por analogía con el artículo 976 del Código Civil, que deja siempre a salvo, con la obligación de indemnizar (subrogación en valor), sin distinguir el título de enajenación.

(106) VALLET DE GOYTISOLO, «Pignus tabernac», A. D. C., VI-IV (octubre-diciembre), 1953, págs. 483 y ss. MEZQUITA DEL CACHO, ob. cit., «Recobro », letra A.

(107) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, Madrid, 1910, t. VI, vol. II, páginas 1050 y 1061, Edit. Rivadeneyra. VALVERDE, ob. cit., t. V, págs. 241 y ss. MANRESA, ob. cit., págs. 401 y 410. HENRY, ob. cit., págs. 352 y ss.

En primer lugar, debemos contestar que la subrogación real es lo contrario de la llamada subrogación en valor; admitir ésta sería no sólo desconocer la subrogación real (destinación en valor: materialidad, origen y procedencia), sino anularla y quitarle su verdadera razón de ser. Además, MEZQUITA DEL CACHO confunde el principio general de enriquecimiento injusto con la subrogación real. Lo niegan específicamente MANRESA y LÓPEZ GARZÓN, el primero, porque en caso de donación no entra en el patrimonio del donatario nada en lugar del bien donado, y el segundo, además, entre otras razones obvias, porque de lo contrario lo hubiera así establecido el legislador: «los mismos objetos donados o, en su defecto, otros tantos de la misma especie o calidad», expresión, por otro lado, muy manejada por el legislador.

Acorde con lo dicho anteriormente, admite MEZQUITA la llamada subrogación en valor, en la dación en pago por el donatario del bien donado para el pago de deudas. No se puede hablar de subrogación real verdaderamente, sino sólo por el resto que quedaba después del pago de deudas. Con nosotros, la mayoría de los autores.

Rebuscadamente explica MEZQUITA: «la dación en pago es un convenio, sobre todo, accesorio del negocio fundamental del que nació la deuda, y si en virtud de este negocio ingresó parcialmente en el patrimonio del donatario un bien o valor, es perfectamente correcto entender que entre el mismo y el donado que se desplaza para ser dado en pago existe una relación de subrogación real». Es verdad—dice—que lo normal es que preceda el desplazamiento del bien o valor que sale, al ingreso del bien o valor que entre; pero que sea normal, no quiere decir que sea esencial. También es cierto que la subrogación no se produce desde el primer momento, pero tampoco constituye un obstáculo dogmático para la subrogación real». Por encima de todo concurre la circunstancia de relación causal entre el desprendimiento de un objeto y el ingreso de otro en el patrimonio del descendiente donatario.

Si el legislador español hubiera querido que el ascendiente donador recobrara el equivalente en valor de los bienes consumibles o fungibles, lo hubiera así establecido, pero haciendo un llamamiento al principio de enriquecimiento injusto y no al de la subrogación real, el único que, por otro lado, aplica en el artículo 812 del Código Civil. Una vez más se confunde un principio con otro e incluso al de enriquecimiento injusto se le llama «subrogación de valor».

LAURENT, al que cita SCAEVOLA (108), niega que proceda en este caso el derecho de retorno, basándose en que el dinero es cosa fungible, en el sentido de que cuando se trata del pago de cantidad, la intención de las

(108) SCAEVOLA, ob. cit., t. XIV, págs. 319 y ss.

partes es que el pago se verifique mediante la devolución de otro tanto de la misma especie y calidad, pero que en el artículo 747 del Código Civil francés no se trata de pago, sino de reversión, o sea, de un derecho sucesorio sobre cosa determinada, porque debe encontrarse en naturaleza en la sucesión, y desde este punto de vista, el dinero es una cosa tan fungible como un inmueble, es decir, no es fungible.

Para SCAEVOLA, cuando el ascendiente dona dinero al descendiente no hay que estimar que presida a tal acto la idea de reversión, porque dado el uso peculiar de la moneda, el fin para el que fue creada (valor en cambio), no es lícito admitir *a priori*, y en general, la posibilidad de que se encuentre en la sucesión del donatario la misma cosa donada, deseo cardinal del artículo. Antes, por el contrario, hay que presumir la salida del dinero del dominio del descendiente, sin obligación de devolver un valor equivalente. Esta—dice—es la regla general, lo que no quita que si al morir existiesen las mismas monedas, probándose tal extremo (la prueba a quien afirme la identidad) procede la reversión.

También para LÓPEZ GARZÓN (109), el metálico donado por el ascendiente no está, en ningún caso, sujeto a reversión (excluyendo que sean monedas individualizadas determinadas, como objeto precioso, o para colecciones de numismática), si no el legislador la hubiera previsto. La postura por otra parte, de los que suponen que el ascendiente tiene derecho preferente sobre el metálico que quede en la sucesión, aun sabiendo que el dinero donado fue consumido y que el metálico que existe procede de otros bienes, nos parece que va contra el espíritu y la letra del 812. El distinto tratamiento del dinero—dice LÓPEZ GARZÓN—, según sea el objeto inmediato de la donación a la subrogación de un objeto, puede parecer absurda a la fría y deshumanizada lógica del jurista técnico, pero es normalmente sensata si se escarba en las raíces psicológicas de la misma.

Y si el dinero donado ha sido empleado por el donatario en la compra de una finca o acciones del Estado, por ejemplo, ¿procederá el derecho de retorno sobre estos bienes comprador por subrogación real?

La respuesta a esta pregunta depende de si se acepta una interpretación amplia o restrictiva de los artículos 812 y 747 de los Códigos Civiles español y francés. La niegan, por tanto, LAURENT, pues no lo dice expresamente el artículo 747, y BAUDRY y PLANIOL. En el Derecho español no parece que haya problemas en aceptar la subrogación en caso de empleo y previa prueba de ella, porque—como dice SCAEVOLA—la operación realizada es una compraventa, lo cual cae dentro de la permuta, y además—dice—, aunque el artículo sólo habla del precio de la cosa vendida y no de la comprada, ¿vence el espíritu del artículo 812 la resistencia que

(109) LÓPEZ GARZÓN, ob. cit., págs. 931 y ss.

ofrece la letra? Según él, lo que a simple vista parece una lucha entre el espíritu y la letra del artículo encierra una perfecta armonía.

Desde luego, es cierto—dice el mismo autor—que el artículo admite la sustitución de cosas. Pero la subrogación es un hecho supletorio, secundario; viene sólo en defecto de no existir en la sucesión los mismos objetos donados. Para que se verifique la sustitución es menester la posibilidad de que dichas cosas queden en poder del donatario. Si falta tal elemento, como es el antecedente, es inadmisibile la sustitución, que es el consiguiente, porque si el Código Civil adopta el segundo, es mirando siempre al primero. No habiendo lugar a la conservación del bien donado, no hay lugar tampoco a su sustitución por otro.

En el caso de la moneda, teniendo como tal sólo valor de cambio, no puede ser empleado sin salir precisamente por este empleo del poder del donatario. Sólo en el caso de que se den las circunstancias de que de la donación resultase que el dinero se dio para adquirir una cosa, es cuando cabría defender la reversión de ésta al donante, puesto que, en consideración a tal compra, se verificó el acto de liberalidad (110). Como veremos más tarde, esto mismo es lo que estableció una célebre sentencia francesa.

Nosotros consideramos que hoy día no hay dificultad, excepto la de la prueba, para admitir la subrogación real en estos casos de empleo del dinero donado.

Una S. francesa de la Corte de Lyon de 24 de agosto de 1871 (S. 72.2.121) aplicó la subrogación real en el derecho de retorno legal, en el bien adquirido a cambio (permuta) de un bien recibido por el donatario, del ascendiente, prevaleciendo sobre él por subrogación real el derecho de retorno, no obstante ser un caso no previsto en el artículo 747 del Código Civil francés. Dijo así la S.: «Considerando que la intención del legislador ha sido solamente que la cosa donada y la propia del donatario no puedan jamás ser confundidas en el patrimonio de este último, y que se puedan distinguir de una manera precisa los valores que representan el objeto de la donación; que es suficiente para volver a tomar la acción de retorno reservable, que se establezca que no se ha podido operar ninguna confusión entre los valores sujetos al retorno legal y los otros bienes del donatario, y que los valores encontrados en la sucesión tengan *por origen cierto, evidente, incontestable, el dinero y valores objetos de la donación*».

En otra S. (Casación. 7 febrero 1827, BAUDRY, núms. 722-723), los valores donados fueron entregados por la mujer donataria a la comunidad, y en pago de su acción—*on reprise*—toma la donataria un inmueble después de la separación de bienes; el retorno sucesorial se ejerció sobre

(110) SCAEVOLA, ob. cit., t. XIV, pág. 321.

el inmueble. También han aplicado la subrogación real, en casos no previstos en la letra del artículo 747 del Código Civil, las sentencias siguientes: Tribunal de Lyon, 22 de enero de 1895, y Tribunal Civil de Fontainebleau, 25 de marzo de 1896.

Pero la más interesante y que responde al problema planteado anteriormente del caso de donación de una cantidad de dinero, es la S. de la Corte Suprema de 30 de junio de 1817 (111), que por su interés expon-dremos detalladamente.

El 6 de agosto de 1811, Marchand hijo, mediante un documento privado, reconoce haber recibido de su padre para su *establecimiento*, 10.000 francos en septiembre de 1807, 10.000 francos a primeros de enero de 1810 y otra suma de 30.000 francos en junio del presente año. Los demás recibos que pudieran existir de donaciones de sumas de dinero son nulos de pleno derecho. Firmado: Bruno Le Marchand.

El 19 de abril de 1812 muere el hijo, y a continuación, el día 7 del mes siguiente, su hermano, ambos sin descendencia. Los herederos maternos y el padre se presentan para recibir la herencia. Este reclama los 50.000 francos que donó al hijo, y que se encuentran en la sucesión, tanto en dinero como en efecto de comercio, obligaciones y contratos por valor de una suma de 52.000 francos, al menos.

Los herederos maternos alegan que los 50.000 francos por él donados no se encuentran en naturaleza. El Juez de Primera Instancia de Rouen declara que por el artículo 747, los ascendientes no suceden con exclusión de todos los demás, en las cosas por ellos donadas, más que cuando se encuentran en naturaleza en la sucesión, o cuando ellas han sido vendidas, si el precio es todavía debido, o, finalmente, en las acciones que pudiera tener el donatario que fuera de los casos así previstos, el privilegio deja de tener lugar, y los ascendientes no pueden pretender el valor de las cosas donadas por ellos, si no han usado de la facultad concedida por el artículo 951 del Código.

S. de 11 de enero de 1816: Corte de Rouen

«Visto el artículo 747 del Código Civil: Considerando que Le Marchand padre donó 50.000 francos a su hijo para que se estableciera; que el hijo ha fallecido sin descendencia, y que el padre es llamado a suceder en las cosas donadas por él, cuando los objetos donados se encuentran en naturaleza en la sucesión: que la ley exige solamente que los objetos donados se encuentren en naturaleza, y no que sean idénticamente los mismos; que, de otra manera, sería hacer ilusorias las disposiciones del

(111) Sentencia de casación de 30 de junio de 1817. S. 17-1-313 Le Marchand. Ver JULIEN BONNECCASE, ob. cit., pág. 702.

artículo 747 del Código Civil cuando las cosas donadas consistieran en una suma de dinero, ya en especie metálica, ya en efectos comerciales, puesto que si un padre da dinero o efectos de comercio a su hijo que quiere establecerse es con la intención de que haga uso de los capitales donados y que, desde luego, si este hijo muere sin descendencia, es cierto que no se encontrarán en su sucesión las mismas especies metálicas ni los mismos efectos comerciales que le había donado; que la cosa donada por Le Marchand padre se encuentra en naturaleza en la sucesión de Guillermo Le Marchand, tanto en dinero como en efectos comerciales, obligaciones y contratos, y que, conforme al artículo 747 del Código Civil, tiene derecho a suceder con exclusión de cualquiera otros; que se considera que cuando el hijo haya prestado o vendido temporalmente la cosa donada, el donador, según los términos de este artículo, tiene el derecho de recibir lo que es debido, y lo mismo de suceder en la acción que su hijo pudiera tener; que es ventajoso, e incluso útil para la moral y el interés público, favorecer semejantes ventajas por parte de los padres en favor de sus hijos; que en el caso particular, se reconoce que existe en la sucesión de Bruno Le Marchand, tanto en numerario como en efectos de comercio, obligaciones y contratos, al menos, la suma de 52.000 francos, sin perjuicio de que el padre contribuya a las deudas (pro emolumento). La Corte ordena que Le Marchand padre sucederá exclusivamente en los 50.000 francos por él donados a su hijo y encontrados en la sucesión en dinero, efectos y obligaciones.

Los herederos maternos recurren en casación alegando, a su vez, que el derecho de retorno consagrado del artículo 747 del Código Civil es una excepción a la regla general de irrevocabilidad de donaciones; que este carácter excepcional debe restringirse a los límites por él señalados y que los términos del artículo 747 son inconciliables con la extensión que le da la sentencia atacada, el Derecho romano, la ley intermedia, la opinión de GRENIER; todo les parece demostrar que es imposible reconocer el privilegio del ascendiente fuera de los términos precisos de la ley y cuando los objetos se encuentran *idénticamente en naturaleza*.

Los defensores del padre, por su lado, invocan la naturaleza, en favor del derecho de retorno, la jurisprudencia antigua que la ley nueva ha querido hacer revivir; según éstos, la palabra en naturaleza aplicada, sobre todo, a las cosas fungibles, no exige de ningún modo la completa identidad de las cosas devueltas, sino el mismo género, y la ley ha marcado la diferencia con los artículos 1.892, 1.895 y 1.952.»

«Vistas las alegaciones de ambas partes, la Corte Suprema decide: Considerando que el Código Civil ha tenido por objeto restablecer a los ascendientes donadores los derechos naturales que los reconocía la antigua jurisprudencia, y de los cuales la Ley del 27 nueva los había privado por

su silencio. Considerando que el derecho de sucesión, consagrado por el artículo 747 del Código Civil, no es una simple excepción a la regla de la irrevocabilidad de las donaciones, sino un derecho especial fundado sobre la *equidad* y sobre una *estipulación tácita* presumida, de que los ascendientes que dan a sus descendientes, no teniendo en cuenta más que su posteridad, y no a los extraños, a los que no han dejado de querer despojar, tienen el dolor de sobrevivir a sus hijos. Considerando que según el *espíritu y el texto de este artículo*, los ascendientes donadores tienen el derecho exclusivo de suceder en las cosas por ellos donadas a sus descendientes muertos sin posteridad, cuando se encuentran en naturaleza en su sucesión. Considerando que en la especie dada, el hecho juzgado por la sentencia recurrida, que los 50.000 francos donados por Le Marchand padre a su hijo Bruno se han encontrado en la sucesión de este último, y que juzgando en derecho que esta misma suma, puesto que compuesta a la vez en dinero, efectos de comercio y obligaciones numerarias, se habían encontrado allí en naturaleza, y no poniendo distinción entre estos valores, que en el estado actual de la civilización no reciben ninguna en el uso, la Corte Real de Rouen no ha violado la ley, sino lo contrario, no ha hecho sino una justa aplicación del artículo 747 del Código Civil.»

Como es natural, esta sentencia, que se adelantó en mucho a su época y a lo que predominaba por entonces en la doctrina sobre la subrogación real, fue objeto de polémicas lógicas por dicha doctrina. Pero al mismo tiempo y con una visión fuera de lo normal del futuro, abrió la puerta a un nuevo y amplio campo de aplicación de la subrogación, que desde ese momento fue ganando adeptos en la figura del retorno legal y en sus aplicaciones y extensivas a otros derechos de retorno. Otras muchas sentencias citadas por los autores la niegan, pero ello no quita para ver en este derecho de retorno un campo apropiado, a la aplicación de la subrogación y deseable en gran medida en el desarrollo económico y jurídico que siguió.

Dicho esto, no nos queda más que decir que la subrogación real es también deseable y posible en el caso de que la cosa donada haya sido sustituida por una indemnización por seguros, responsabilidad, expropiación, etc. Como hemos dicho ya repetidas veces, la palabra última la tiene el Juez en su apreciación de las pruebas presentadas en el caso del litigio. No podemos dejar de ver el papel preponderante que la jurisprudencia ha tenido adelantándose a la doctrina y aplicando la subrogación real en los nuevos casos que la vida, siempre cambiante, les iba presentando.

CONCLUSION.—Considerando que el legislador en este derecho de reversión de donaciones del artículo 812 del Código Civil ha querido, sólo y fundamentalmente, tener en cuenta el origen de los bienes, por ello

ha especificado que si no existen en la sucesión del descendiente los mismos bienes (identidad material), se deberá el precio (no valor) de los vendidos, y los bienes con que se hayan sustituido si los permutó o cambió.

Creemos también que la palabra *cambió* no se emplea en este artículo como sinónimo de permutar, sino que, según nosotros, estamos ante el hecho de que habiéndose donado una cantidad de dinero, el donatario la empleará comprando una finca o, como en el caso de la sentencia de Le Marchand, empleándola, como estaba previsto, para el establecimiento del hijo.

No estamos de acuerdo con MEZQUITA DEL CACHO en lo que él llama subrogación en valor y en la interpretación que da de la misma. El legislador no ha pensado, creemos, que si los bienes se han donado o consumido, se deba al donante su valor al tiempo de la donación. Esto va en contra del artículo 812, según nosotros, o incluso de la letra; pero en el caso, que no lo creemos, que ello pudiera ser, para nada tendría lugar la subrogación real. Subrogación y valor, en este sentido, son completamente opuestos, pues uno niega automáticamente al otro.

En el caso de venta de un inmueble, se deberá el precio, que la ley individualiza en cierta manera mediante el crédito que retroactivamente se establece en el patrimonio del donante. De ninguna manera—y varias sentencias lo han establecido—se requiere que sean las mismas monedas individualizadas las que se deban. En este sentido es en el que, creemos, es posible emplear el término de subrogación en valor, puesto que la identidad absoluta no se da y, por otro lado, sería absurdo pedirla.

Si damos a la expresión de subrogación real de valor la interpretación de MEZQUITA DEL CACHO, estamos condenados a desfigurar la figura de este principio, sus contornos y sus límites, además de no saber qué es en realidad la subrogación real y cuáles sus fines.

J) LA SUBROGACIÓN REAL EN LAS DISTINTAS CAUSAS DE REVOCACIÓN DE DONACIONES

Vamos a referirnos aquí solamente a las revocaciones de las donaciones establecidas por la ley que son revocación de donaciones por incumplimiento de cargas (art. 647 del Código Civil), por superviniencia o supervivencia de hijos (art. 644 del Código Civil) y por causa de ingratitud del donatario (art. 649 del Código Civil).

a) *Subrogación real en la revocación de donaciones por incumplimiento de cargas*

Según el artículo 647 del Código Civil nos encontramos ante bienes afectos en su individualidad material a una carga que grava de inalienabilidad a los bienes donados la mayoría de las veces; pero otras veces puede ocurrir que la venta de los bienes haya sido establecida o prevista por el mismo donante para conseguir su fin; en este caso podemos decir que el donante considera los bienes donados más por su valor que por su individualidad material. Por tanto, será siempre indagando la voluntad del donante donde encontraremos la respuesta de si se da o no la subrogación real.

En principio, la ley persigue los mismos bienes donados, al establecer en el párrafo 2.º, artículo 647: «En este caso, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria».

Mientras el donante tenga una acción reivindicatoria de los bienes, la subrogación real no podrá jugar; solamente en el caso de que haya un tercero de buena fe protegido por la fe pública registral, la subrogación real se dará sobre el precio de los bienes vendidos o sobre otros bienes si los permutó. La subrogación real, por tanto, depende en cierta forma de nuestro sistema de publicidad registral. Si se trata de bienes muebles, se aplicará con relación a terceros el artículo 464 del Código Civil, y si los bienes donados son inmuebles, si se hayan inscritos ellos, pero no las cargas a las que están sujetos, de acuerdo con los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, el tercer adquirente no podrá ser privado de su adquisición, en cuyo caso, y no pudiendo recuperar el donante la cosa específica donada, se aplicará la subrogación real sobre el precio obtenido o los bienes que hubieran sustituido a los enajenados. La letra del artículo restringe, excepto en los casos excepcionales, la aplicación de la subrogación real, pero ¿puede darse ésta por acuerdo de las partes?

Ante todo, hay que preguntarse qué es lo que verdaderamente ha querido el donante al hacer esa donación con carga, y si esa carga se puede llevar a cabo sin ninguna alteración sobre los nuevos bienes que sustituyen por subrogación real a los antiguos bienes donados. En una palabra, si la voluntad del donante ha previsto una individualidad material de los bienes o sólo su destinación en valor. Para HENRY, en estos casos se pueden dar tres hipótesis diferentes de subrogación real: 1.ª, cuando el disponente dona o lega una suma de dinero con la carga de emplearlo en la adquisición de un bien que servirá a un uso determinado. En este caso, el bien comprado subroga al dinero donado o legado y, por tanto, deberá devol-

verse en caso de incumplimiento; 2.^a, en la hipótesis contraria, donación de un bien para convertirlo en dinero y afectar éste a un uso determinado; la subrogación real también interviene aquí, y 3.^a, cuando un bien afecto a un uso determinado está por éste gravado de una indisponibilidad en valor, en cuyo caso todo bien adquirido a cambio o por reemplazo es subrogado (112).

Sin la subrogación real—dice SALEILLES (113)—, la fluctuación, alcanzando al objeto de la liberalidad, pone fin a la ejecución de la carga, y este resultado parece deplorable, señal de que la afección es en valor. Cuando los bienes han sido donados o legados con una afección especial, componen en el patrimonio del donatario un pequeño grupo aislado en donde la subrogación real es necesaria para asegurar la conservación de ese grupo e impedir que se confundan con otros elementos del patrimonio del donatario (114). Lo mismo pasará—dice CAPITANT—en las fundaciones, donde la aplicación de la subrogación real será más amplia, puesto que los bienes grandes de la fundación no están necesariamente gravados de inalienabilidad (115).

Con motivo de la separación entre Iglesia y Estado ocurrida en Francia, se dictaron varias leyes reconociendo a los donantes unas acciones de retorno que les permitían a ellos o a sus herederos recuperar los bienes donados o legados a un establecimiento o congregación religiosa disuelta: Ley de 23 de mayo de 1825, artículo 7; Ley de 1 de julio de 1901, artículo 18; Ley de 7 de julio de 1904, artículo 5, derogada más tarde por Ley de 3 de septiembre de 1940; Ley de 9 de diciembre de 1905, modificada por Ley de 13 de abril de 1908. La inspiración de todas estas leyes concediendo acciones revocatorias fue la idea de desconfianza hacia el Estado, sospechoso de querer enriquecerse en detrimento de los organismos disueltos y de los particulares. En estas circunstancias se hizo en Francia un uso muy frecuente del principio de subrogación real, contribuyendo la jurisprudencia en gran manera al mejor conocimiento de este principio general, llamando la atención de la doctrina sobre el principio, tan beneficioso en aquellos momentos como medio de burlar la codicia del Estado (116).

Al referirse estas leyes al derecho reconocido al donante, dicen *foraient retour*, por lo que la doctrina francesa señaló que ya estaba en la política de estas leyes el principio de la subrogación real. Pero tanto la doctrina

(112) HENRY, ob. cit., págs. 234 y ss.

(113) SALEILLES, ob. cit., Recueil Sirey. 94, 2, 185.

(114) CAPITANT, ob. cit., págs. 394 y ss.

(115) CAPITANT, ob. cit., págs. 396 y ss. HENRY, ob. cit., págs. 249 y ss.

(116) E. H. PERREAU, «Jurisprudence civile», *Rv. Crit. de Legis.*, 1912, páginas 65 y ss. La acción de restitución de los bienes eclesiásticos en caso de cláusula resolutoria expresa por la separación entre Iglesia y Estado.

como la jurisprudencia se pronuncian por la necesidad de un acuerdo de voluntades (117). La solución más sólida—dice LAURIOL—consiste en considerar los derechos de retorno reconocidos en las distintas leyes como ligados a la individualidad material de su objeto, conforme a los principios técnicos corrientes. Por consiguiente, la subrogación real no debe ser admitida sin una decisión especial, en este caso emitida por acuerdo de los particulares, según se acordó en varias sentencias (118).

Son famosas dos Ss. dictadas como consecuencia de la disolución de congregaciones religiosas: una de 1.º de agosto de 1910 y otra del Tribunal de Albi de 10 de mayo de 1911 (119). La primera fue con ocasión de la liquidación de congregaciones autorizadas. Se trataba de una novicia que había donado a la comunidad la cantidad de 60.000 francos, estipulando que fueran empleados en la construcción de una iglesia o capilla. A la disolución de la congregación, ¿se deberán los 60.000 francos o el precio de venta de la capilla? La Corte de Burdeos, por interpretación soberana de la intención de las partes, admitió la reclamación de la suma donada, pero fue rechazada en casación, en la fecha antes dicha. DEMOGUE, en el comentario a esta sentencia, dice que en contra de la teoría tradicional, que considera la subrogación real como una ficción y, por tanto, establecida sólo por la ley, se considera a la subrogación real como el libre poder de la voluntad de las partes, expresada formalmente por ellas o supuesta en el silencio por la ley que la interpreta o la presume. De hecho, los contratantes no habían previsto una disolución; pero si la hubieran previsto, hubieran admitido la subrogación real; en efecto, la donante había querido beneficiar a la congregación con una capilla, edificada al gusto de esta última. ¿No hubiera querido la novicia tomar, en el caso de liquidación amigable, por ejemplo, no la suma donada, sino lo que ella representa?

Al Tribunal de Albi, S. de 10 de mayo de 1911, se le planteó idéntico problema. Un antiguo Magistrado, M. de Roquer-Varenne, hizo en 1816 donación de una suma de dinero al Seminario de Albi, con la carga de celebrar misas y de emplear la suma de dinero en *l'achat de biens fonds assurés pour garantir ce service*.

El Seminario adquirió en 1818, y posiblemente con este dinero, un dominio llamado «Domaine du Roc». Como después de la ley de separación (art. 9. Ley de 9 de diciembre de 1905), la ejecución de la carga

(117) JULIEN BONNECASE, ob. cit., pág. 784. LAURIOL, ob. cit. t. II, núms. 460 y ss. y 620 y ss. PLANIOL, ob. cit., t. III, núms. 2.630 y ss. y 2.636.

(118) LAURIOL, ob. cit., págs. 339 y ss., t. II, núm. 661. BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., t. III, núms. 1.051-1.053.

(119) DEMOGUE, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1912, pág. 183 (S. 10 mayo 1911, pág. 131, y S. 1 agosto 1910), y «Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle», *Revue Critique de Legislation et Jurisprudence*, París, 1901.

impuesta por el donante no era posible, los herederos ejercitaron la acción de revocación de la donación, pretendiendo que se les devolviera el dominio y no la cantidad donada. Pero para que los herederos triunfaran en su acción tenían que probar que se había comprado con el dinero donado, encontrándose en este caso con que nada se había dicho en el acto de adquisición del «Dominio del Roc», además de que éste había sufrido desde entonces muchas transformaciones: ventas y cambios. En consecuencia, era casi imposible seguir a través de estas transformaciones el empleo de la suma de dinero originariamente donada. La subrogación real admitida en Derecho era en este caso imposible de establecer de hecho, por lo que el Tribunal no tuvo otro remedio que rechazarla, más por esta razón que por la que alegó de que la subrogación real era una ficción y, por tanto, de Derecho estricto.

Para que la subrogación real pueda invocarse—dice DEMOGUE comentando esta sentencia—es necesario que se pueda seguir exactamente un valor en sus transformaciones sucesivas. Este no es el caso si los bienes donados han servido con otros a la adquisición de un dominio que se ha transformado después gracias a las adquisiciones, ventas o cambios. Aquí, el Tribunal debe apreciar de hecho si el valor donado puede encontrarse bajo una nueva forma, y le corresponde al demandante hacer la prueba de las circunstancias que establezcan que tal valor ha sufrido tal transformación. Sin embargo, nos asombra—dice—que este punto no haya sido aludido.

Pero las mejores y más interesantes sentencias dictadas en Francia en materia de revocación de donaciones fueron por incumplimiento de cargas, las cuales sirvieron a autores como PLANIOL de fundamento a su doctrina de la subrogación real, y para caracterizar en cierta forma el principio de subrogación real en la llamada teoría moderna.

La primera S. procede de la Corte de Dijon y es del 30 de junio de 1893 (120). El Abad Daubrive, capellán de la comunidad de Vicq, legó en testamento ológrafo a la obra de la iglesia de Vicq todos sus bienes inmuebles, estableciendo en su testamento que el legado lo hacía con el fin exclusivo de fundar a perpetuidad en la parroquia de Vicq un establecimiento de instrucción para jóvenes, dirigido por institutrices congregacionistas, y que los inmuebles legados fueran destinados a *fournir au logement et à l'entretien desdites institutrices congréganistes*. La comunidad de Vicq aceptó el legado y ejecutó las condiciones exigidas por el testador. Pero más tarde, y puesto que las rentas de los inmuebles eran insuficientes para cumplir las cargas impuestas por el testador, la comunidad, previa autorización del prefecto, vendió algunos inmuebles con la

(120) *Jurisprudence générale*, Dalloz, Recueil, 1902, pág. 34. Nota de PLANIOL.

obligación de emplear el precio en rentas del Estado, con la afección especial al establecimiento de instrucción.

Habiéndose secularizado el establecimiento por una decisión de la Prefectura de 28 de agosto de 1890, los esposos Boudard, herederos del Abad Daubrive, pidieron la revocación del legado por incumplimiento de cargas. El Tribunal decidió que la comunidad debería restituir a los esposos Boudard no sólo los bienes inmuebles legados, sino también los títulos de rentas del Estado, provenientes ya del reemplazo del precio de los inmuebles legados vendidos, ya de la capitalización del décimo de los atrasos de los títulos de renta así adquiridos.

La segunda S., de la Cámara de Apelaciones, de 29 de abril de 1901, ratificó lo establecido ya en la S. recurrida del Tribunal de Montpellier de 20 de junio de 1898. La S. recurrida estimó, en primer lugar, que cuando un inmueble ha sido donado y afecto a perpetuidad a una escuela congregacionista, y más tarde esta misma comunidad, con el consentimiento del donador o de sus representantes, afecta otro inmueble al mismo uso, el nuevo inmueble puede ser considerado como subrogado realmente al antiguo y éste es precisamente el que debe ser restituido si la donación es más tarde revocada por inejecución de las cargas.

En segundo lugar, estableció el Tribunal de Montpellier que la prueba del acuerdo de todas las partes para la sustitución del nuevo inmueble por el antiguo resultaba suficientemente de una declaración del alcalde de la comunidad, contenida en el acta de adquisición de este inmueble, que hace fe contra terceros.

Y en tercer lugar, que la subrogación del inmueble nuevo por el antiguo es total, aunque la comunidad se hubiera reservado el gozo de una parte del inmueble donado si, de hecho, esta reserva no ha sido utilizada por ella, de manera que el nuevo inmueble se encuentra afecto completamente a la ejecución de las cargas de la donación. No se ha de tener en cuenta—termina el Tribunal—por la comunidad la diferencia de valor que podía existir entre los dos inmuebles, si se reconoce por los jueces del hecho que las partes no han entendido de ninguna manera hacer estado cuando han consentido la subrogación real y si la comunidad no estableció que ha hecho gastos sobre el nuevo inmueble (121).

Otras Ss. de la jurisprudencia francesa insisten en la necesidad del acuerdo de las partes para la aplicación de la subrogación real: S., ya dicha, de 1.º de agosto de 1910; 23 de diciembre de 1907; 10 de marzo de 1920 (S. 1923, 1.305): sobre la acción de restitución concedida por los artículos 7 de la Ley de 9 de diciembre de 1905 y 2 y 3 de la Ley de 13 de abril de 1908, y, por último, la S. de la Corte Suprema de 23 de marzo de

(121) *Jurisprudence générale*, Dalloz, Recueil, 1902, pág. 33. Nota de PLANIOL.

1925 (122), en la que un Seminario había sido autorizado a aceptar el legado de un inmueble. Un tercero, por donación manual, suministró los fondos para levantar una capilla en el inmueble legado. El Tribunal sentenció que no se producía la subrogación real en este caso por falta de voluntad de las partes sobre este punto. La afección—dijo—de una suma de dinero donada para un objeto determinado, no entra en ningún caso de subrogación real establecida por la ley y, desde luego, no entraña por sí mismo sustitución del objeto por la suma de dinero.

Sobre el derecho de retorno establecido por el artículo 7 de la Ley de 24 de mayo de 1825 y artículo 5 de la Ley de 7 de julio de 1904, la Corte Suprema, en S. de 8 de junio de 1912, estableció que los beneficiarios del derecho de retorno estaban autorizados para volver a tomar ya los bienes donados a las congregaciones, ya el valor de los que han sido vendidos y de los que las congregaciones han recibido el precio.

Se sale un poco de esta uniformidad la S. de la Cámara de Apelaciones de 10 de enero de 1923 (S. 24.1.337). En esta sentencia no se menciona el consentimiento del gratificante o sus herederos. No se ha tenido en cuenta más que la voluntad del donatario, que en este caso era una congregación.

LAURIOL (123), al comentar esta sentencia, dice que unos autores consideran que se ha producido una decisión especial unilateral, y otros, que hay consentimiento del donador de su silencio. Y él, por su parte, alega que un examen atento no permite admitir que la Corte de Casación haya podido no tener en cuenta la voluntad, si no del donador mismo, al menos, de sus herederos.

La congregación donataria emitió su voluntad, después de la venta de las rentas donadas y autorizadas por el Gobierno, de subrogar las dichas ventas por el inmueble adquirido en reemplazo. La S. admite la subrogación real, alegando que «por la voluntad de las partes los inmuebles, construcciones y refectorios habían subrogado realmente a los títulos de renta».

Se pregunta LAURIOL: ¿De qué parte se trata fuera de la congregación donataria? La autorización del Gobierno a la venta bajo condición de reemplazo es sólo una simple condición de eficacia de la voluntad de la congregación. DEMOGUE, BEUDANT y P. VODRÍN—dice LAURIOL—declararon que esta sentencia «ha admitido la subrogación real en un asunto en el que las circunstancias de hecho no revelan de ningún modo que la intención de las partes había sido preverla» (124). SALEILLES (125) opina

(122) *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1925, págs. 614 y ss.

(123) LAURIOL, ob. cit., t. II, núm. 620, págs. 209 y ss.

(124) LAURIOL, ob. cit., t. II, núm. 306, nota 137.

(125) LAURIOL, ob. cit., t. II, pág. 307, nota 138.

que en esta sentencia la voluntad del donador no se requería. La ley —dice—establece este ejemplo en los artículos 1.434 y 1.435 del Código Civil, que no requiere, para que el reemplazo se cumpla en los bienes propios en el régimen de comunidad, más que la voluntad de los esposos. Esto—contesta LAURIOL—es desconocer el mecanismo de la subrogación real, y termina: «es necesario admitir, bajo pena de negar todo sentido a los motivos de la sentencia, que la Corte Suprema ha hecho jugar a la subrogación real como consecuencia de la voluntad común de la donataria y los herederos de la donante. Resta solamente decir que esta voluntad no ha sido realizada ni en la donación ni en el momento de la fluctuación; ha sido simplemente *deducida de la reivindicación misma dirigida por los herederos de la donante sobre el bien de reemplazo*». Son competentes para tomar la decisión especial, las partes en la relación principal de la subrogación real.

No hay nada que se oponga a la admisión de la subrogación real por acuerdo de voluntades de las partes interesadas en esta materia. Por no darse las circunstancias extraordinarias de las citadas leyes especiales, la subrogación real no ha sido tratada aquí por la doctrina española (126). No obstante, nos adherimos a lo establecido por la jurisprudencia francesa a este respecto.

- b) *¿Ha querido verdaderamente el legislador español establecer la subrogación real en caso de revocación de donaciones por causa de ingratitud (art. 649) y en caso de supervivencia de hijos?*

No cabe duda que en el Derecho romano se estableció la subrogación real en la revocación de donaciones por causa de ingratitud (Código 856-1 y 7), al establecer en la ley «que el donante podrá revocar de los libertos donatarios toda donación y las cosas que se compraron a nombre de los libertos, pero con dinero de los patronos y por su liberalidad. Por su parte, la Ley 7 da derecho a la madre donante para revocar «todo lo que por título de donación tiene el hijo el día en que se da por disposición del Juez principio a la controversia». Pero antes de este día, la ley establece que lo que fue vendido, donado, permutado, dado en dote y legítimamente enajenado por otras causas de ninguna manera se revocará. Por lo que, según nuestro parecer, estos cambios eran válidos y el hijo debería *devolver todo lo que por título de donación tuviera*.

No podemos olvidar, por otro lado, y es necesario hacerlo resaltar especialmente aquí, que la subrogación real es un remedio subsidiario.

(126) SCAEVOLA, ob. cit., art. 647, t. XI, págs. 655 y ss. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho de obligaciones*, t. IV, Madrid, 1962, Reus, págs. 225 y ss. ROCA SASTRE, ob. cit., núm. VI.

pero que no se aplica cuando se obtiene el mismo resultado por otro procedimiento cualquiera, pues la subrogación real es un remedio excepcional.

También la subrogación real se ha aplicado especialmente en esta materia en Cataluña (127).

Pero teniendo en cuenta los artículos 645 y 650 del Código Civil no podemos menos que preguntarnos: ¿Es la subrogación real lo que el legislador ha establecido? El artículo 645 establece en caso de revocación por supervivencia de hijos, que «se restituirán al donante *los bienes donados o su valor* si el donatario los hubiese vendido», y más adelante, en el párrafo 3, especifica: «cuando los bienes no pudieran ser restituidos, *se apreciarán por lo que valían al tiempo de hacer la donación*».

Por su parte, el artículo 650 (renovación por ingratitud) señala: «tendrá derecho el *demandante para exigir del donatario el valor de los bienes enajenados* que no pueda reclamar de los terceros o la *cantidad en que hubiesen sido hipotecados*».

Se atenderá al tiempo de la donación para regular el valor de dichos bienes».

Aunque por razón de otro título, no podemos por menos de comparar estos artículos con el 812 del Código Civil, estudiado anteriormente. En este artículo sobre todo, como también en el 647 del Código Civil, el legislador quiere, por encima de todo, que se restituyan los mismos bienes, en cuyo defecto detalla los bienes que podrán ser devueltos, pensando especialmente en que estos otros bienes procedan, tengan su origen en los originariamente donados. De tal manera quiere que se establezca la procedencia de los bienes, que expresamente emplea la palabra *precio* de los bienes donados enajenados. No le interesa al legislador que le sea devuelto al donante el valor de los bienes consumidos o donados, a su vez, por el donatario. Sólo por el principio de subrogación real le serán devueltos al donante bienes distintos, pero procedentes de los originarios donados.

Pero al observar los artículos comentados, no podemos menos de ver que el legislador pone dos soluciones sucesivas: o los bienes mismos o su valor al tiempo de la donación. Creemos que es muy significativo que aquí la expresión sea valor y no precio. El legislador no investiga si el bien donado ha sido enajenado por el donatario y el precio empleado en la compra de otro bien; él sólo quiere que, en este caso, se le indemnice, podríamos decir, con un equivalente. Entre una y otra solución, la relación de causalidad u origen ha quedado destruida, el legislador ha excluido precisamente el principio de la subrogación real.

(127) ANTONIO M. BORRELL Y SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña*, Barcelona, 1944, 2.ª edic., pág. 326, t. III.

En el mismo caso de la extensión de la hipoteca a las indemnizaciones del seguro, la doctrina y la jurisprudencia han dicho que existe un vínculo de relación entre el bien y la indemnización, que ésta representa a aquél, al bien destruido, etc. Pero ¿qué ocurriría, por ejemplo, si el donante pidiera al donatario ingrato el bien adquirido por reemplazo del precio de venta del bien donado? ¿Admitiría el Juez que el donante persiguiera los bienes que proceden del bien antiguo o cortaría por lo sano atribuyéndole el valor simplemente? Creemos que dados la letra y el espíritu de la ley, se le atribuiría el valor.

Entonces, terminamos, ¿por qué ver en los efectos de la acción de revocación de donaciones, precisados en los artículos anteriores bienes o valor, un supuesto de subrogación real? De acuerdo con su carácter de principio subsidiario, la subrogación real no es necesaria aquí; el legislador, sin recurrir a ella, ya ha establecido que el donante reciba su equivalente en valor. Como hemos dicho ya muchas veces, iguales resultados no indican igualdad de principios. Si la subrogación real no es necesaria, ¿por qué acudir a ella?

En este caso, MEZQUITA DEL CACHO respondería que estamos ante un caso de subrogación de valor; pero, como hemos dicho, esto no puede admitirse sino con el significado restringido que le hemos dado. Interpretada esta expresión ampliamente, su contorno, límites, fines, etc., se desbordarían, lo que contribuiría a terminar con el verdadero significado y papel de la subrogación real en la actualidad (128).

Es justo que el donatario ingrato devuelva los bienes donados; pero en el caso de que el donatario haya vendido los bienes, el legislador puede establecer varios medios para evitar que por el hecho de la venta de los bienes donados resulte todavía más beneficiado. Puede el legislador evitarlo por medio del principio general de enriquecimiento injusto, consiguiendo por medio de éste que se le restituya su valor, su equivalente económico, sin investigar más, o puede, por el contrario, hacer llamamiento al principio también general de la subrogación real, que tiene como fin—como el anterior—evitar un enriquecimiento injusto, pero que está regido por otro principio: el de procedencia. En este caso, lo que primero investigará el Juez es si al patrimonio del donatario ha entrado otro bien o el precio procedente del primitivo bien donado. El que este bien sea de mayor valor que el antiguo o, por el contrario, de menor valor corre por cuenta del donante. Lo principal es que se restituya todo

(128) SCAEVOLA, ob. cit., t. XI, págs. 655 y ss. CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., *Derecho de obligaciones*, págs. 225 y ss. ROCA SASTRE, ob. cit., núm. VI. MARC LAURIEL, ob. cit., t. I, núm. 152, pág. 145. PLANIOL, ob. cit., t. III, núms. 2.637-2.652 y 657 y ss. BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., t. III, núms. 1.056 y ss. y 1.071.

lo que proceda del antiguo bien, lo cual puede probarse por todos los medios.

Al ver la diferencia tan grande entre la letra del artículo 812 y la del 649, no podemos menos de creer que en este último y teniendo en cuenta quizá la mala fe del donatario, que podía perfectamente burlar la ley —en el caso de que fuera una subrogación real lo que dicho artículo estableciera—haciendo imposible toda prueba sobre las fluctuaciones de los bienes donados, creemos, insistimos, que el legislador español ha dado otra vez prueba de su prudencia y sagacidad rechazando en estos dos casos únicamente aplicar el principio de subrogación real, acudiendo como más acorde con estos casos concretos al remedio de la equivalencia en valor.

M.^a LUISA MARÍN PADILLA
Profesora Adjunta de Derecho Civil
Zaragoza



NOTAS

Los logros del profesor Werner Goldschmidt Lange

(Homenaje al maestro en su 70 aniversario)

En el presente año alcanzó la edad bíblica el eminente jurista WERNER GOLDSCHMIDT LANGE. Aunque su camino sigue pleno de realizaciones, nosotros hemos hecho un alto para pasar revista a sus múltiples logros, los que se han llevado a cabo en tres campos diferentes: en la órbita de la filosofía pura, en el área de la filosofía jurídica y en el ámbito de la ciencia jurídica.

A) FILOSOFIA

La enseñanza filosófica recibida en el colegio a través del excelente profesor MARTIN HAVENSTEIN, autor de obras como *Vornehmheit und Fuchtigkeit* («Aristocracia y eficiencia») y *Nietzsche als Erzieher* (Nietzsche como educador»), le puso en contacto con KANT, en cuanto a que las estructuras ínsitas en la subjetividad condicionan los objetos de nuestra experiencia, y con MAUTHNER, en que la estructura de nuestro lenguaje condiciona previamente nuestro conocimiento. Mientras que la filosofía kantiana disfrutaba del reconocimiento que merecía, llamó su atención que una doctrina tan revolucionaria como la de FRITZ MAUTHNER entonces careciera de fama (1926-27). Retuvo sus ideas y resolvió elaborarlas apenas tuviera ocasión de hacerlo.

En esta ocasión apareció con la interrupción de su carrera jurídica. En efecto, la subida al poder de los nacionalistas, el 30 de enero de 1933, acabó con su docencia en Kiel. Decidió dedicarse a la filosofía, lo que siempre había sido su verdadero proyecto. Se retiró a Zurich, y esbozó

durante el verano de 1933 su filosofía lingüística. Ignoraba entonces, entre los filósofos lingüísticos de aquella época, a WITTGENSTEIN.

Su *Linguismus*, que en 1936, gracias a la generosidad de su padre, pudo publicarse, se basa en el presupuesto de que todo tema de una investigación científica consiste en una pregunta formulada mediante palabras, y que la cognoscibilidad de éstas es el primer requisito del logro de la tarea. ¿Son, y caso afirmativo, en qué medida, las palabras cognoscibles? La contestación era que las palabras resultan cognoscibles en la medida en que su carácter referencial es perseguible. De ahí se comprendía que era necesario establecer una escala de palabras según el grado decreciente de su perseguibilidad. Las palabras mejor cognoscibles son los nombres propios. Ellos son completamente cognoscibles: basta ir del nombre propio a la cosa o persona designada. En el polo opuesto de la gama léxica se encuentran palabras como «lo incognoscible», las cuales si bien poseen sentido porque son portadoras de una referencia, son totalmente incognoscibles. Todas las demás categorías cognitivas de las palabras oscilan entre los dos extremos.

La filosofía lingüística hace posible medir cada problema y cada solución con respecto a su grado de cognoscibilidad. Una ciencia de este tipo es una ciencia de control, a diferencia de otros tipos de ciencias, las cuales proporcionan problemas y soluciones y pueden denominarse «ciencias materiales». Otra ciencia de control es, por ejemplo, la gramática. Esta, en efecto, no nos indica qué contenido debemos dar a las oraciones; ella se limita a controlar cualquier oración desde el punto de vista de su formación exterior correcta. Otra ciencia de control es la lógica. Las ciencias de control pertenecen a la filosofía, como los Tribunales pertenecen a la sociedad.

Como los profesores de filosofía de la Universidad de Zurich: GRIESEBACH y FREYTAG, recibieran el lingüismo con entusiasmo moderado, resolvió regresar por el momento—para casi medio siglo—al Derecho y a su filosofía y llevar a cabo realizaciones dentro de su órbita.

No obstante, ello no significaba que sus trabajos filosóficos hubiesen sufrido una parálisis, tanto menos cuanto el lingüismo como ciencia de control, por lo demás, no obstaculizaba el desarrollo de una filosofía propiamente dicha. Esta filosofía se desarrollaba poco a poco como una autoiluminación racional o como, lo que es lo mismo, la conquista racional del mundo por el yo. Si el lingüismo, en último lugar, descansa en el criticismo kantiano, modificado por la crítica del lenguaje, que procede de MAUTHNER, su filosofía se relaciona con la monadología de LEIBNIZ. El autor que es una mónada filósofo haciéndose consciente de sí mismo. A este efecto tiene que cobrar conciencia para comenzar de su propia vida, cuyas experiencias y enseñanzas condicionan la amplitud de su

autoiluminación. Toda mónada tiene su filosofía, más o menos ejemplar, según anchura y profundidad de su vida. De ahí el nombre de «filosofía como autobiografía».

B) LA FILOSOFIA JURIDICA

La filosofía de cualquier ciencia particular puede formarse desde dos ángulos de vista diversos. Se puede, por un lado, buscar el lugar de la ciencia sobre el *globus intellectualis*, indicarle su lugar geométrico en el universo filosófico. He aquí una filosofía mayor, emprendida normalmente por los filósofos. Por otro lado, podemos colocarnos dentro del ámbito de la ciencia particular y buscar sus fundamentos. He aquí una filosofía menor, realizada las más de las veces por especialistas de la pertinente ciencia concreta. Como tuvo que aplazar la construcción de una filosofía para tiempos mejores, se limitó a llevar a cabo una filosofía jurídica menor. Sólo ahora, en el marco de esta obra, se siente capaz de colocar al Derecho en su lugar filosófico.

Durante muchos siglos el problema jurídico que desplazaba todos los demás era el de la justicia. Así, en la Antigüedad se discutía acerca de la mejor forma de gobierno. En la Edad Media se analizaban las tres leyes—la eterna, la natural y la humana—desde el ángulo visual de la justicia. También en los primeros siglos de la Edad Moderna, imperando el iusnaturalismo protestante o racionalista, se intentaba deducir de lo racional lo justo. La reacción al iusnaturalismo protestante es el positivismo que, antimetafísico como es, elimina el problema de la justicia; y se ocupa de los elementos sociológicos y normológicos del derecho. En GEORG JELLINEK y su célebre doctrina de la «fuerza normativa de lo fáctico» ambos elementos se hallan mezclados. Pero ya su hijo WALTER, al establecer una norma fundamental, los separa con rigor metodológico. Pronto desplaza el elemento normativo cualquier otro. Y es Kelsen el que identifica norma y derecho.

La reacción se incubaba en la escuela kantiana sudoccidental. Hay que recordar los nombres de LASK, KANTOROWICZ y RADBRUCH. De ellos reclama un lugar destacado el segundo, que bautiza el nuevo movimiento con el nombre de «trialismo», ya que concibe el mundo jurídico como una combinación de hechos, normas y valoraciones de justicia.

GOLDSCHMIDT convirtió este programa tridimensional en una verdadera teoría trialista, construyendo todos y cada uno de los problemas jurídicos de manera triple, mediante un enfoque social, normológico y dikeológico. A este efecto era menester elaborar tres ciencias jurídicas, o sea tres jurísticas: una jurística sociológica, diferente de la sociología jurí-

dica; una jurística normológica, distinta de una lógica deóntica; y una jurística dikelógica, diversa de una filosofía política y moral. Los objetos de las tres jurísticas se entrelazan en cuanto la realidad social como conjunto de adjudicaciones de potencia e impotencia es descrita e integrada por el ordenamiento normativo, siendo valorados el conjunto de adjudicaciones de potencia e impotencia y el conjunto de normas desde el punto de vista de la justicia.

En la jurística sociológica descuella el análisis de las distribuciones, que son aquellas *adjudicaciones de potencia y de impotencia* que no se deben a la planificación humana, sino que tienen por origen a la naturaleza; por ejemplo, la salud o un terremoto. De ahí se infiere que la lucha por la justicia de la humanidad no se dirige contra la injusticia humana, sino que, puede decirse, contra la injusticia cósmica. Porque ello es así, y como nunca desaparecerá toda injusticia, nuestra sociedad es no-conformista, comprometida en una interminable lucha contra injusticias humanas y naturales. La jurística sociológica se caracteriza también por su dualismo en la doctrina de los repartos, o sea de las adjudicaciones causadas por hombres. Los repartos autoritarios, basados en la autoridad del repartidor, y los repartos autónomos se encuentran socialmente en pie de igualdad. Son irreductibles los unos a los otros. Sin embargo, dikelógicamente, los repartos autónomos poseen preferencia. Entre los hombres siempre se dan repartos. Pero no siempre existe un *orden de repartos*, para lo cual es necesario como modo constitutivo la ejemplaridad, y el cual se fortalece si, además, surge un plan de gobierno en marcha. Si no hubiese ni ejemplaridad, ni plan de gobierno en marcha, se produciría el desorden, la anarquía.

La jurística normológica se ocupa, en primer lugar, de la norma, que es la descripción de la adjudicación de potencia e impotencia la que capta lógicamente desde un punto de vista neutral. Aquí hallamos la diferencia entre norma e imperativo que capta también lógicamente las adjudicaciones de potencia e impotencia, pero no desde un ángulo visual neutro, sino desde la óptica de los protagonistas, repartidores y beneficiarios. Pero la norma no posee una función descriptiva, sino también una función integradora en cuanto integra la realidad social mediante conceptos (obligaciones, derechos reales, actos administrativos, etc.) y materializaciones (papeles de identidad, títulos de valor, escrituras, etc.). Un capítulo fundamental en el análisis de la norma es el funcionamiento que comprende su interpretación, su determinación, su elaboración y su aplicación. Sobre todo, descuella en el problema de la elaboración de la norma el concepto de la laguna dikelógica que se refiere al supuesto en el cual el caso a resolver ha sido previsto por el legislador, pero mediante una norma tan injusta que el aplicador se niega a emplearla, elaborando una norma

nueva. Si, por ejemplo, en tiempos de estabilidad monetaria se estatuye el nominalismo monetario, la jurisprudencia en épocas de inflación suele decretar la revalorización *contra legem*. En segundo lugar, es necesario tratar el *ordenamiento de normas*, concepto normológico correspondiente al concepto sociológico del orden de repartos. El ordenamiento normológico puede ser orden o sistema, según que las inevitables lagunas habrán de rellenarse por el legislador o el juez.

La Jurística Dikelógica se subdivide en una Parte General y otra Especial. La *Parte General* trata de la justicia como valor, caracterizándola como tal y describiendo su funcionamiento como valencia, valoración y orientación. Al buscar el objeto de valoración del valor justicia se encuentra, al lado de las adjudicaciones de potencia e impotencia aisladamente consideradas y del orden de repartos (del régimen), la totalidad de los repartos habidos y por haber (función pantónoma de la justicia). El análisis de la orientación de la justicia nos conduce al supremo principio de justicia: reconocer a cada uno un ámbito de libertad dentro del cual puede convertirse de hombre en persona. La *Parte Especial* de la dikelogía se compone del estudio de su estructura (axiología dikelógica) y de la exposición de su contenido (axiosofía dikelógica). La axiología dikelógica trata de la función pantónoma de la justicia, la que en la justicia humana da lugar al fraccionamiento y desfraccionamiento de la justicia, de los cuales el primero achica y el segundo ensancha el material estimativo de la valoración dikelógica. La axiosofía dikelógica se ocupa del análisis del régimen de justicia, o sea del supremo principio de justicia. El régimen de justicia, en efecto, es aquel cuya organización garantiza el cumplimiento del supremo principio de justicia. En su dikelogía la justicia es primariamente una valoración y sólo derivadamente un conjunto de principios abstractos. Por ser una valoración, la justicia es relativa al principio que valora: otro objeto, otra valoración. Si, por otro lado, se mantiene el carácter absoluto de la justicia, ello significa que la valoración es independiente de la individualidad del sujeto valorante: cualquier sujeto valorante: siempre idéntica valoración. La valoración se efectúa mediante el sentimiento de justicia, que es un sentimiento racional, por reaccionar a razones, por ejemplo, al hilo del método de las variaciones. Su acierto es avalado por la intuición de la evidencia. Los principios abstractos de justicia, como se reúnen en el Derecho Natural tradicional, no son sino inferencias de valoraciones particulares.

C) EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (DIPr)

Aunque sus logros en el campo de la ciencia jurídica se relacionan principalmente con el DIPr, existen trabajos en alemán en el campo penal

y civil que metodológicamente merecen mención. El estudio sobre *La conciencia de antijuricidad en el delito de allanamiento de morada* procede ya según el método lingüístico posteriormente desarrollado. Se pregunta: ¿a qué fenómenos hacen referencia las palabras «conciencia de la antijuricidad»? La contestación fue: consecuencias jurídicas típicamente nocivas para el autor. Una década más tarde publicó en España una *Parte General del Derecho Penal*. Un segundo trabajo publicado en Alemania trata de *La culpabilidad en el Derecho Penal y Civil*. Aquí se parte de la hipótesis de trabajo de que la culpabilidad civil fuese idéntica a la penal, sacando todas las conclusiones de esta hipótesis. La justicia evidente de las conclusiones hace que lo que al principio fue hipótesis al fin resulte tesis.

El DIPr ha sido expuesto por GOLDSCHMIDT varias veces. Pero aunque sólo una de estas exposiciones lleva el título: *Sistema y filosofía del DIPr*, este título puede aplicarse a cualquiera y a cada una de ellas. Todo sistema se basa en un método cuyo empleo lo produce. En su DIPr se usan *varios métodos*, y, en efecto, varios sistemas se dan cita en el mismo. El método expositivo general es el método normológico, iniciado en el DIPr por ZITELMANN y oriundo de la ciencia liberal del Derecho Penal. Consiste en que se toma como punto de partida del sistema el análisis de la estructura de la norma general de una materia, en nuestro caso, pues, del DIPr. Se llega así a una Parte General y a una Parte Especial. La primera aborda el DIPr en su totalidad (fuentes, historia, ámbito de validez espacial y temporal) y la norma general y sus problemas en particular. La segunda analiza las normas iusprivatistas internacionales especiales. Cada problema debe enfocarse, según la filosofía trialista, en su aspecto sociológico, normológico y dikelógico. Además, la exposición de cada problema está sometida a un sistema clasificatorio específico. Así se clasifican, por ejemplo, las teorías de las calificaciones en analógicas y autárquicas, y las primeras, a su vez, en analógicas con el derecho civil del juez y analógicas con el derecho civil aplicable al problema. Además de los métodos expositivos, ontológico y clasificatorios, encontramos tres métodos constitutivos de cada solución: el método indirecto, el analítico y el sintético-judicial, de los cuales los dos primeros se dirigen al legislador, mientras que el tercero, como lo indica el mismo nombre, apela al juez. De todos estos métodos, el expositivo fue llevado por WERNER GOLDSCHMIDT a su máxima perfección; el ontológico fue desarrollado en su trialismo; los clasificatorios fueron en la mayor parte por él establecidos, y los métodos constitutivos le deben su descubrimiento y su desarrollo sistemático. En cuanto a la Filosofía en el DIPr, se trata del problema dikelógico: ¿qué es lo que reclama la justicia de la solución de los problemas iusprivatistas internacionales? La contestación pone de relieve que

en los casos con preponderantes elementos extranjeros corresponde solucionarlos en cualquier país conforme los resolverían en el país cuyos elementos prevalecen (teoría del uso jurídico). Esta solución es exigida por la justicia como tolerancia positiva, es decir, como imitación de lo que otro haría, porque es él a quien en justicia correspondería dar la solución. He aquí la base filosófica del DIPr clásico basado en el cosmopolitismo jurídico. Este cosmopolitismo jurídico es amenazado en cualquier momento por el chauvinismo jurídico, pareja de conceptos que ha introducido en la ciencia del DIPr. Este chauvinismo jurídico pisotea el cosmopolitismo y aplica el propio derecho del juez en lugar de imitar el derecho extranjero. Actualmente el chauvinismo jurídico toma una forma especialmente nociva en cuanto toma en consideración los chauvinismos extranjeros: cada juez aplica las reglas chauvinistas de todos los derechos interesados. Se forma así una solidaridad de los chauvinistas. Ella amenaza la vida del DIPr; y es por ello que ha formulado el «S. O. S. del DIPr clásico» (1979).

D) CONCLUSIONES

Cada una de las realizaciones gira en torno de diferentes tipos humanos.

El filósofo es un conquistador racional. Poco a poco, con imperialismo incontenible, avanza sobre el mundo, asimilándolo mediante la autoiluminación racional. Pero a cada paso que da se queda consciente del grado limitado de cognoscibilidad de sus adquisiciones.

El jurista es quien reparte a sabiendas con justicia. No es un ingeniero social, ni tampoco un ajedrecista normológico. Siendo repartidor justo, lo es tanto como legislador como en papel de juez o de sus auxiliares. El jurista ha tirado por la borda el rol despreciable de picapleitos; y ha elegido el altamente respetable de repartidor conscientemente justo.

El iusprivatista internacional es el predicador de la tolerancia positiva, respetuoso de lo ajeno al permitirle en nuestro país que se comporte conforme lo haría en su propia comunidad. Es el hombre comprensivo que repudia todo chauvinismo estrecho y agresivo.

Comprender todo, organizar con justicia y dejar vivir a los demás suman la «trilogía del desapasionamiento» que sostiene la felicidad de la vida.

En síntesis, una descomunal obra que justifica sobradamente todo homenaje a la hora de los balances.

BIBLIOGRAFIA

I

FILOSOFÍA LINGÜÍSTICA

- «Einige Rechtstheoretische Probleme im Lichte der Linguistischen Erkenntnistheorie», *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, Genf, 1935, págs. 24 y sigs.
- «La conoscenza e le parole», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1935, págs. 420 y sigs.
- «La teoría lingüística del conocimiento y preliminares a una crítica del método dialéctico», *Rev. Crítica del Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1935, pág. 72.
- Der Linguismus und die Erkenntnistheorie der Verweisungen*, Zurich, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1936, pág. 184.

II

TEORÍA TRIALISTA DEL MUNDO JURÍDICO

- La ciencia de la justicia (dikelogía)*, Aguilar, Madrid, 1958, XV, 435.
- Der Aufbau der juristischen Welt, Theorie der Asuteilung, ihrer Gerechtigkeit und ihrer Normierung*. Franz Steiner Verlag, G.m.b. H., Wiesbaden, 1963, S. XV, 358.
- Justicia y verdad: la ley*, 1978.
- Introducción filosófica al Derecho*, sexta edición, Depalma, Buenos Aires, 1978.

III

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- La consecuencia jurídica de la norma de Derecho internacional privado*, Barcelona, Bosch, 1935, pág. 149.
- Problemas generales del Derecho internacional privado o la norma de colisión como base sistemática del Derecho internacional privado*. Madrid, Federación de las Asociaciones Españolas de Estudios Internacionales, 1935, pág. 63.
- «La reciprocidad y el *exequatur*», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1936, págs. 581 y sigs.

Sistema y filosofía del Derecho internacional privado, con especial consideración del de España y de la América luso-hispánica, t. I, segunda edición, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, XXIV, 535.

Segundo y tercer tomo de la segunda edición del *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 9-XII-1954, t. II: XXVIII y 552; XVIII y 573.

Suma del Derecho internacional privado, segunda edición, Abeledo-Perrot, 1961.

Transactions between States and Public Firms and Foreign Private Firms (a methodological Study), Extract from the «Recueil des Cours», volumen 110, 1972, págs. 201 a 329.

Tercera edición del *Derecho internacional privado, Derecho de la tolerancia, basado en la teoría trialista del mundo jurídico*, Depalma, Buenos Aires, 1977.

El SOS del Derecho internacional privado clásico y otros ensayos, Editorial de Belgrano, Colección Textos.

DICTAMENES
Y
CUESTIONES ACTUALES

DICTAMEN SOBRE USO Y DISFRUTE DE PLAZAS DE GARAJE. COPROPIEDAD

Del dictamen original se han suprimido los nombres de los interesados y las referencias concretas a fechas, escrituras, etc. En su lugar se han colocado letras o nombres convencionales.

Seguido el correspondiente juicio declarativo sobre obligatoriedad de la rotación en el disfrute de la plaza de garaje, se dictó sentencia, que es firme, concordante con las ideas y conclusiones expuestas en el dictamen.

ANTECEDENTES

I

El Patronato de Casas A efectuó la construcción de X viviendas de renta limitada, planta para locales y sótano, que fueron calificadas definitivamente de Segundo Grupo.

II

En virtud de contrato privado, la Gerencia de dicho Patronato vendió a la Compañía B la planta baja y sótanos citados, con destino a la instalación de un depósito de mercancías, etc.

III

Mediante escritura otorgada en Madrid ..., que se inscribió en el Registro de la Propiedad, el inmueble quedó dividido en régimen de propiedad horizontal, a saber: X pisos o viviendas y dos locales comerciales (local I y local II).

IV

Mediante escritura otorgada por el representante del Patronato, en Madrid a ..., dicho local I se dividió en ocho fincas nuevas e independientes.

V

Dado que la Compañía B había desistido de la instalación de un depósito de mercancías, etc., por medio de documento privado, se compró a dicha Compañía la planta baja y sótanos que tenía adquiridos, también por documento privado.

VI

Mediante escritura otorgada el ..., el Patronato referido vendió a don J. J. J. y otros 44 más, a cada uno, una 46ava parte indivisa, excepto a don H. H. H., que adquirió dos 46avas partes, del garaje que se había instalado en la planta sótano referida.

En determinada cláusula de la escritura declaran conocer y se someten a los Estatutos por los que se rige el edificio del cual forma parte la planta sótano.

VII

Con anterioridad a la firma del documento privado expresado en el apartado V de este dictamen, y cuando ya se tenía convenida la venta que en tal documento privado se hizo constar, con el consentimiento de la Compañía B, en 28 de octubre de 1968, se efectuó por la Comunidad de Propietarios de las viviendas un sorteo de plazas de garaje, previamente señaladas, representativa cada una de ellas de la 48ava parte de la superficie de aquél, sorteo referido al uso de ellas.

VIII

En Junta general de la Comunidad de Propietarios del garaje celebrada el 11 de abril de 1975 se acordó una nueva distribución de las

plazas, acoplándolas a las 46 porciones indivisas en que fue adquirido, y un nuevo sistema de rotación y sorteo, cada dos años, desde 1 de julio de 1975 a 1 de julio de 1977, todo ello referido al uso o disfrute de las mismas.

IX

En la distribución o disfrute de las plazas correspondió a don L. L. L. la señalada con el rótulo A-B-C, de la que ya disfrutaba con anterioridad en virtud del sorteo de 28 de octubre de 1968 y que presenta indudables ventajas por su fácil acceso.

En tales circunstancias, el señor L. L. L., en carta de ... de 1975, dirigida a todos y cada uno de los copropietarios y a la Junta como tal, formula abiertamente su oposición al orden de rotación adoptado por acuerdo de la Comunidad, oposición a la que se adhirió doña M. M. M. La oposición estriba en considerar que el acuerdo de la Comunidad entraña un acto de disposición, por lo que se requiere el consentimiento unánime de los miembros de la Comunidad. Varios comuneros, la mayoría, estiman que es un acto de administración que tan sólo exige mayoría.

X

En el año 1976, el señor L. L. L. vendió a don N. N. N. el piso y, al parecer, la 46ava parte del garaje, haciendo constar en la escritura que a dicha porción indivisa le corresponde, con carácter fijo, el espacio señalado con el rótulo A-B-C.

El señor N. N. N. también se opone a cualquier sorteo de plazas de garaje, basándose en una supuesta transmisión de derechos por parte de su vendedor.

* * *

Sobre tales antecedentes se formula la siguiente

CONSULTA

¿Asiste algún derecho a doña M. M. M. y a don N. N. N. para oponerse, como lo han hecho, a la aplicación del régimen de rotación para el disfrute de las plazas de garaje, acordado por mayoría de los copropietarios del mismo?

Este acuerdo sobre rotación de disfrute, ¿implica acto de disposición para el que se requiere consentimiento unánime de todos los copropietarios, o contiene un acto de administración para el que sólo es necesaria mayoría?

CONSIDERACIONES JURIDICAS

Primera.—Para poder llegar a conclusiones fundadas, comencemos por fijar la naturaleza jurídica de la propiedad del garaje. Para ello, examinemos los dos supuestos o tipos legales en los que puede encajar:

Primer supuesto. *Propiedad horizontal con plazas de garaje independientes o independizadas.*

Cada plaza constituye una finca independiente que forma parte de la finca constituida en propiedad horizontal. Aparecen claramente deslindadas. Pueden estar delimitadas por simples líneas o señales marcadas o pintadas, o por paredes, tabiques, alambradas, etc. Cada una tiene su titular.

Es indudable que este supuesto no se ajusta a nuestro caso. No se ha constituido tal modalidad de propiedad.

Segundo supuesto. *Comunidad proindiviso. La totalidad del local forma parte de una propiedad horizontal.*

En este caso, aunque el local de garaje en su totalidad forme parte de una Comunidad en propiedad horizontal, sus diferentes propietarios —los del garaje—constituyen una copropiedad de tipo romano, regulada por los artículos 392 y siguientes del Código Civil.

Como ha escrito uno conocido comentarista (1). «para armonizar los derechos del conjunto de titulares, el Código adopta, en los artículos 392 a 406, el sistema romano de cuotas divididas, que recaen sobre un objeto unitario».

Nuestro caso está, indudablemente, incluido en este supuesto. Ahora bien, dentro del mismo se pueden distinguir, y de hecho existen, las siguientes situaciones jurídicas referidas al uso o disfrute:

1. Participación indivisa con adscripción de plaza determinada.
2. Participación indivisa sin adscripción de plaza, de tal manera que cada comunero estaciona su vehículo en el lugar que le place y encuentra libre.

El caso consultado se encuentra dentro de la primera situación.

(1) PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III. 2.^a ed., vol. IV, página 24.

Segunda.—La distribución del uso, la adscripción de una plaza determinada a un copropietario, ¿es acto de disposición de cosa común, para el cual se necesita el consentimiento de todos los titulares de la propiedad (art. 397 del Código Civil), o es acto de administración de los previstos en el artículo 398 del mismo Código?

Administrar, según el diccionario de la Real Academia Española, es «gobernar», «regir», «aplicar».

Señalar el sitio por medio del cual cada propietario ha de disfrutar de su parte indivisa en el garaje parece que es un acto de gobierno del mismo, una manera de regirlo.

Si la jurisprudencia ha declarado que, tratándose de la explotación de unas minas, las variaciones de labores, máquinas y aperturas de pozos no pueden considerarse como alteraciones, sino como actos de administración, porque son consecuencia natural y propia de aquella explotación (sentencia de 8 de julio de 1902); que el contrato que tiene por objeto el aprovechamiento de productos forestales de fincas en copropiedad es acto de explotación, de administración en definitiva, y no de enajenación (sentencia de 30 de junio de 1897); que la distribución de acciones en proporción al derecho de cada comunero es también acto de administración (sentencia de 14 de mayo de 1973); hemos de concluir que regular el uso y disfrute del garaje es un acto de administración.

Para fundamentar más el aserto anterior examinemos qué pueden ser actos de alteración y disposición, para los que exige unanimidad el artículo referido 397, en relación con la jurisprudencia que lo ha interpretado (sentencias de 9 de febrero de 1954 y 30 de abril de 1958; resoluciones de la Dirección General de los Registros de 20 y 21 de febrero de 1969).

Son actos o negocios jurídicos de disposición: los de enajenación, los de gravamen, los de arrendamiento por más de seis años, los de hacer obras que alteren la configuración o estructura del local (sentencias de 11 de abril de 1953, 23 de junio de 1976, 14 de diciembre de 1973 y 12 de mayo de 1972).

La doctrina (véase, por ejemplo, J. BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes en Derecho español*) sostiene que la palabra «alteraciones», empleada en el artículo 397 del Código Civil (para las que se exige unanimidad), han de ser alteraciones que supongan la producción de un cambio en el uso y disfrute, o en la sustancia o integridad de la cosa, *que puedan modificar el destino y naturaleza de ésta* y que signifiquen una extralimitación de las facultades que legalmente corresponden a cada copropietario. Dentro de estas «alteraciones» estudian los autores los actos de *disposición jurídica* (enajenación, constitución de derechos reales,

etcétera), que no interesan a los efectos de este dictamen, y los actos de *disposición material*, de los que nos vamos a ocupar brevemente.

Se entiende que tienen la categoría de actos de *disposición material*, que alteran la cosa común, aquellos que supongan un cambio en el estado de hecho preexistente, pero que, además, supongan distraer la cosa del fin a que por su propia naturaleza y por la voluntad de los comuneros estaba destinada. Tal sería el caso del terreno que, como dice MANRESA, destinado a cultivo, se tratase de edificar en él o de convertirlo en un viñedo, o del barco que, destinado a transporte, se convirtiese en depósito de mercancías; del local que, destinado a viviendas, se destinase a hotel o a sala de espectáculos, o del local que (añadimos nosotros), destinado a garaje, quisiera convertirse en una moderna discoteca. El cambio de destino es el que suministra la sustancia al concepto de alteración.

BELTRÁN DE HEREDIA resume la doctrina a estos efectos y dice, en la página 285 de la obra citada, que MANRESA sostiene que el artículo 397 del Código Civil debe quedar reducido al caso en que un copropietario ejerce sobre lo que es de la comunidad, actos que impliquen ejercicio actual e inmediato del derecho de propiedad, desnaturalizando el servicio y el destino de la cosa indivisa; que MUCIUS SCAEVOLA afirma que alterar es cambiar la esencia o forma de una cosa, en lo que reside la prohibición del artículo 397, porque esa alteración supone una extralimitación de derechos con aumentos de facultades en unos y consiguiente restricción en otros.

Lo que se pretende por la mayoría de los comuneros en el caso consultado es alterar, y de manera periódica, la distribución de los espacios donde han de ser estacionados los automóviles, sin alteración del destino ni de la sustancia del local; de lo que ha de inferirse que tal pretensión no puede estimarse acto de alteración de la cosa común, de los previstos en el artículo 397 del Código Civil y para los cuales se necesita el consentimiento de todos los copropietarios.

Tercera.—Como indica el tan citado BELTRÁN DE HEREDIA al estudiar los artículos 397 y 398, no debe olvidarse el 394, que concede derecho a servirse de la cosa por el condueño, pero siempre con el debido respeto a tres límites que en el mismo artículo se establecen, a saber: destino de la cosa, interés de la comunidad y derecho de los demás copropietarios

Parece evidente que el pretender usar siempre un lugar o espacio en el garaje, que por sus condiciones de amplitud, acceso, etc., es mejor que otros, es pretender un uso de la cosa común con perjuicio de la comunidad e impedir a los demás copartícipes utilizar plenamente su derecho.

Por otra parte, es curioso observar cómo ya en el Derecho romano

ULPIANO comentaba que el sistema de turnos para usar la cosa poseída en común era el más apropiado. BELTRÁN DE HEREDIA, a este respecto, escribe: «El turno, que puede adoptar formas variadísimas, se suele regular por acuerdo de las partes establecido por la mayoría del artículo 398, que se refiere a la administración y al mejor disfrute. Lógicamente, deberá ser tenida en cuenta la naturaleza de la cosa y las necesidades de los copropietarios: caso típico en nuestra legislación, el uso en común del agua por el sistema de turnos, establecido en la vigente Ley de Aguas.»

Se está refiriendo el autor citado al turno de la totalidad del uso de la cosa, pero lo expuesto es aplicable, naturalmente, al uso simultáneo de partes de la misma.

Cuarta.—Encarémonos con el problema concreto del valor que pueda tener la distribución del uso del garaje que se efectuó en 28 de octubre de 1968, antes de adquirir propiedad los luego comuneros.

¿Es posible, en el orden legal, el convenio según el cual para un acto de administración se pacte que sea necesaria la unanimidad?

El artículo 392 del Código Civil establece que, «a falta de contratos o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título».

Luego la primera fuente de las reglas comunitarias puede ser el contrato, el pacto, el acuerdo entre comuneros.

Existe una regulación *convencional* y una regulación *legal* de la comunidad. Esta última supletoria.

La primera se regirá por el principio de libertad contractual reconocido en el artículo 1.255 del Código Civil, aunque con ciertas limitaciones referentes a derechos sustanciales o fundamentales que no hacen al caso. La jurisprudencia así lo ha reconocido y aplicado (sentencias de 18 de noviembre de 1927, 25 de enero de 1928, 28 de septiembre de 1966 y 19 de enero de 1976, entre otras).

El acuerdo contractual (copiamos a BELTRÁN DE HEREDIA) que regula la vida interna de la copropiedad puede ser anterior, coetáneo o posterior al nacimiento de la misma. Es anterior en el caso de que las partes acuerden la regulación de la copropiedad de una cosa futura: por ejemplo, que deciden adquirir entre todos. Es coetáneo a la constitución de la copropiedad cuando las partes en el momento de la formación de la misma, por aportación de cosas que les pertenecían o que adquieren en común, acuerdan el modo como ha de regirse. Es posterior cuando los copropietarios, después de nacer la comunidad, regulada por las normas legales, acuerdan fijar dicha regulación contractualmente, con el fin de

evitar dudas de aplicación o conflictos producidos o que puedan producirse en el futuro.

Ello nos lleva a contestar: Es posible, efectivamente, en el orden legal, el convenio, que ha de ser unánime, según el cual se pacte que para un acto de administración se necesite consentimiento de todos los partícipes.

Tal sucede, y lo vemos en la práctica, cuando los comuneros de un garaje pactan en un Estatuto la división del uso y en él establecen expresamente el carácter permanente de la división y la necesidad de unanimidad para un acuerdo que pretenda modificar ese uso convenido.

En cualquier otro supuesto, tanto si el convenio de uso se adopta por mayoría, como si se tomó por unanimidad y no se acuerda expresamente la necesidad de la misma unanimidad para su modificación, estaremos, al variarlo, ante un acto de administración que, a falta de pacto expreso, repetimos, se regulará por el artículo 398 del Código Civil.

El convenio de 28 de octubre de 1968 (primer sorteo de las plazas, sorteo de uso) pudo adoptarse de tres maneras:

- 1.^a Por unanimidad y exigiendo unanimidad para modificarlo.
- 2.^a Por unanimidad y sin pactar nada respecto a su modificación.
- 3.^a Por mayoría.

Para que ahora se pueda invocar la necesidad de unanimidad respecto a alterar dicho primer sorteo, tendrían que darse íntegramente las circunstancias del primer supuesto.

Estas circunstancias no concurren en aquél, según los datos facilitados a los que suscriben.

En el ánimo de varios comuneros, en el «ánimo de todos», se nos informa, estaba el que aquel sorteo no podía tener carácter definitivo, máxime cuando no eran dueños y el éxito de la «operación compra» era dudoso. En la mente de todos estaba, nos informan, la rotación como la manera más justa de disfrute.

Además, como ha alegado algún comunero, difícilmente podía pensarse en una decisión de uso definitiva cuando se crearon 48 espacios o plazas, y en 1972, años después, se adquirió por escritura pública el garaje en 46avas partes, pagando cada adquirente en la misma proporción.

Pero, en todo caso o supuesto, lo que sí está claro es que no se convino que se exigiría unanimidad para alterar o modificar aquel primitivo acuerdo de disfrute.

Quinta.—La alegación de don N. N. N. no puede tener más fundamento que el que emane de su vendedor.

No constando ni siquiera por escrito el convenio de uso de 1968, no

puede escudarse en ningún precepto de protección a terceros. Los mismos derechos que realmente, que efectivamente, tuviera su transmitente son los que puede invocar frente a la Comunidad.

Por todo ello, llegamos a las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.—No asiste ningún derecho a doña M. M. M. ni a don N. N. N. para oponerse a la aplicación del régimen de rotación para el disfrute de las plazas de garaje, acordado por los partícipes que representan la mayor cantidad de los intereses en la Comunidad.

Segunda.—El acuerdo de rotación con el fin de disfrutar de los espacios del garaje implica un acto de administración, para el que sólo es necesaria, en el caso consultado, la mayoría de intereses en la comunidad.

Tal es nuestro dictamen, que sometemos gustosos a otro mejor fundado.

Madrid, ...

Ldo. BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ.

Ldo. FRANCISCO MENCHÉN HERREROS.

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENTO FERNÁNDEZ CABALETRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. OPCIÓN DE COMPRA: NO ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA EN QUE SE CONSTITUYE ESTE DERECHO COMO REAL CUANDO SE PACTA QUE EL OP-TANTE EJERCITARÁ SU DERECHO DE ADQUISICIÓN MEDIANTE EL OTORGA-MIENTO DE LA ESCRITURA PÚBLICA CORRESPONDIENTE, Y SI A ELLA NO CONCURRIERE EL PROPIETARIO DE LAS FINCAS BASTARÁ PARA LA IN-SCRIPCIÓN DE LA MISMA ACREDITAR MEDIANTE CERTIFICACIÓN BANCARIA EL DEPÓSITO DEL PRECIO ESTABLECIDO EN FAVOR DE LOS PROPIETA-RIOS REGISTRALES EN EL MOMENTO DE EJERCER LA OPCIÓN.

TAMPOCO ES INSCRIBIBLE EL PACTO SEGÚN EL CUAL LOS DEMÁS DERECHOS POSTERIORES AL DE OPCIÓN E INSCRITOS EN EL REGISTRO QUEDARÁN RESUELTOS AUTOMÁTICAMENTE, COMO CONSECUENCIA DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE OPCIÓN SIN NECESIDAD DE QUE CONCURRAN SUS TITULARES, Y PODRÁN CANCELARSE SIN OTRO REQUISITO.

IGUALMENTE NO ES INSCRIBIBLE EL PACTO QUE AUTORIZA AL OP-TANTE PARA EJERCITAR SU DERECHO SOBRE VARIAS FINCAS, SOBRE AL-GUNA DE ELLAS O SOBRE PARCELAS DE LAS MISMAS, SIN EXPRESAR LA SUPERFICIE DE ÉSTAS.

Resolución de 7 de diciembre de 1978 (B. O. del E. de 19 de enero de 1979).

A) *Antecedentes de hecho.*—Mediante escritura pública autorizada en Mahón por el Notario don José María Domingo Arizón el 24 de febrero de 1975, don Juan Vidal Bendito y otros dieron en arrendamiento con opción de compra a don Joaquín Camp Moral tres fincas rústicas situadas en el término de San Luis e inscritas en el Registro de la Propiedad con los números 1.364, 2.883 y 2.886, respectivamente. Dicha escritura contiene entre otras las siguientes cláusulas:

«Cuarta.—Don Juan Vidal Bendito constituye por este acto en favor de don Joaquín Camp Moral, que lo acepta, un derecho real de opción de compra sobre las fincas arrendadas, que se podrá ejercitar mientras duren los arriendos antes pactados.

Este derecho de opción podrá ser ejercitado sobre la totalidad de las fincas, sobre alguna de ellas o sobre parcelas de las mismas, pero no sobre cuotas indivisas, y ello en una o varias veces y durante toda la duración de los arriendos antes pactados, cualesquiera que sean las personas en cuyo poder o dominio se encuentren las fincas. Al hacerlo quedarán extinguidos todos los derechos y actos de disposición posteriores a la inscripción de los derechos que aquí se constituyen. El ejercicio parcial del derecho de opción supondrá la subsistencia del arriendo y del derecho de opción sobre la parte restante.

El precio que pagará el optante a los propietarios por lo que adquiera será de 40 pesetas por metro cuadrado.

Quinta.—La decisión de adquirir las fincas o parcelas de las mismas por el precio establecido queda totalmente al arbitrio del optante, quien ejercitará su derecho mediante el otorgamiento de la oportuna escritura pública, en la que, en caso de opción parcial, practicará la pertinente segregación de la parcela o parcelas que adquiera y procurará que la descripción de ésta o éstas, además de los imprescindibles requisitos hipotecarios, contenga aquellos datos que puedan impedir cualquier duda o discusión sobre la ubicación de la misma, preferiblemente con referencia a plano incorporado a la escritura.

En todo caso, al ejercitar el derecho de opción, se respetarán por el optante las limitaciones que resulten del correspondiente plan de ordenación de la zona que en su caso fuere aprobado y desde el momento en que lo fuere por las autoridades administrativas competentes.

En caso de opción parcial podrá el optante al ejercitar su derecho segregar la totalidad de lo adquirido, bien como una sola finca, bien como varias.

Si el propietario no hubiere concurrido al otorgamiento de la escritura, para la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad será suficiente que a la copia auténtica de la misma se acompañe certificación expedida por la Dirección de la sucursal en Mahón del Banco de Bilbao, cuya firma esté legitimada por Notario, en la que se acredite que se ha depositado en dicha sucursal, en favor del propietario o propietarios de la finca según el Registro de la Propiedad en el momento del ejercicio de la opción, el precio que corresponda a la finca adquirida.

Los demás derechos, de cualquier clase que sean, posteriores al derecho del optante en cuanto afecten a lo adquirido, quedarán resueltos automáticamente sin necesidad de que concurren sus titulares, y si estuviesen inscritos en el Registro, se cancelarán sin otro requisito.»

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente:

«Examinado el precedente documento se advierte:

Primero.—No se admite pueda otorgarse la escritura pública de ejercicio de la opción unilateralmente por el optante, es decir, con su sola intervención (como establece la cláusula 5 del documento).

Segundo.—La extinción de los derechos de los subadquirentes, titulares del dominio o derechos reales sobre las fincas posteriores a la inscripción del derecho de opción, pactada en las cláusulas cuarta y quinta, y su cancelación automática vulneran lo establecido en los artículos 82 y 83 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento.

Tercero.—La posibilidad de que el optante, según las cláusulas cuarta y quinta de la escritura, pueda ejercitar su derecho sobre parcelas de la finca, de cualquier superficie, pugna con el principio de especialidad base del sistema hipotecario, por lo que tampoco puede tener acceso al Registro tal facultad.

Y considerando insubsanables los anteriores defectos, deniego la inscripción de los pactos referidos, y no aviniéndose el presentante a inscribir el resto del documento, conforme al artículo 434 del Reglamento, no procede practicar operación alguna.»

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, alegando que en cuanto al primer defecto, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio del derecho de opción establecido sin intervención del propietario de la finca gravada es una consecuencia ineludible del carácter real que tiene este derecho nacido del contrato, cuya finalidad es transformarse en un derecho distinto, el de dominio en este caso, o a extinguirse por caducidad; que para lo primero se requiere el cumplimiento de un requisito posterior que es la determinación de la voluntad del optante, voluntad por completo libre, pero que ha de manifestarse formalmente, siendo innecesaria la intervención posterior del propietario; que en cuanto al segundo defecto cabe decir que la cancelación de los derechos de los subadquirentes es una consecuencia lógica de su extinción, y que si bien la exigencia del consentimiento de su titular registral (artículo 82 de la Ley Hipotecaria) o la presentación de un mandamiento judicial (artículo 83) constituyen la norma general cuando se trata de cancelar directamente un asiento, no es así cuando la cancelación sobreviene como consecuencia de la extinción de otro derecho distinto del que se publique en el asiento que se trata de cancelar; que según el artículo 79, 2.º, de la Ley Hipotecaria, si se extingue un derecho o se cancela su inscripción, y si esta cancelación supone otras cancelaciones no hay necesidad de nuevo título en que apoyarse, y en este sentido cabe recordar la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado a propósito de la constancia en el Registro del cumplimiento de las condiciones de los documentos que para ello son necesarios, y en términos más amplios la doctrina de este mismo Centro sobre cancelación automática, que en este sentido se resuelve en la práctica corriente la cancelación de las enajenaciones hechas por los usufructuarios, reservistas y fiduciarios del derecho del nudo propietario sujeto a un usufructo con facultad de disponer y de todos los derechos de sus subadquirentes; que en cuanto al defecto tercero puede alegarse que no hay infracción alguna del principio de especialidad y menos todavía de los preceptos legales que lo fundamentan,

y que negar la posibilidad de que sea concedida al optante la facultad de segregar para adquirir parcialmente sería negar la posibilidad de que el mismo propietario pudiera segregar y vender diciendo que esta posibilidad al afectar a parte indeterminada de la finca infringe el principio de especialidad; que si el propietario puede hacerlo por sí mismo, no hay inconveniente que transmita esta facultad a un tercero.

El Registrador informó que el Código Civil carece de normas propias sobre el contrato de opción, por lo que ha de acudir a la doctrina del Tribunal Supremo para su definición, la cual configura la opción como un contrato preparatorio unilateral, distinguiendo claramente la sentencia de 17 de diciembre de 1966 el momento en que se consuma el contrato de opción de aquel en que se perfecciona el contrato de compraventa; que hoy día es muy seguida por la doctrina la teoría de que por la opción el contrato de compraventa se modaliza retardando su efecto, siendo irrevocable y vinculante la voluntad del vendedor y potestativa la voluntad del comprador, sin que sea necesario celebrar nuevo contrato de compraventa, pero para producir pleno efecto se necesita el complemento de la tradición, de la entrega de la cosa por el propietario (artículos 609 y 1.095 del Código Civil); que sea la que sea la configuración jurídica del contrato de opción, siempre será el propietario quien tendrá que otorgar la escritura definitiva para consumir el contrato principal o para entregar la cosa, no pudiendo nunca el optante por sí solo otorgar unilateralmente esta escritura; que no es posible la cancelación automática de los derechos de los subadquirentes posteriores a la opción; que la distinción entre la opción constituida como derecho real y el contrato de opción inscribible conforme al artículo 14 del Reglamento sólo tiene trascendencia a efectos de determinar los requisitos de la inscripción, ya que el derecho real se inscribe sin más, sin los requisitos del artículo 14 del Reglamento Hipotecario; que en todo caso, el derecho de opción de compra inscrito actuará contra todo propietario del inmueble afectado, que estará siempre obligado a hacer el acto de transferencia, y que por todo ello el ejercicio del derecho de opción no resuelve automáticamente todos los actos posteriores inscritos, sino que el último adquirente tiene la obligación de hacer el acto de transferencia, y por eso, tratándose de inscripciones de subadquirentes, su cancelación exige su intervención o la supletoria judicial en su caso; que la finca es el soporte de los derechos reales, y el principio de especialidad recogido entre otros por los artículos 7 y 243 de la Ley Hipotecaria impide que el optante pueda ejercitar su derecho sobre parcelas no inscritas que puedan constituirse aun cuando se determine su superficie en metros cuadrados, siendo reiterada la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros que prescribe que los derechos reales recaigan siempre sobre la finca como una unidad.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador en cuanto deniega la inscripción por el motivo primero, pero sólo en cuanto para inscribir en su día la adquisición por compra de todas las fincas, de algunas de ellas o de porciones determinadas de las mismas y para el caso de que fuera el propio optante el único otorgante de la escritura especificadora correspondiente, sea suficiente con que acompañe a ella la certificación expedida por la Dirección de la sucursal en Mahón del Banco de Bilbao que está prevista en la cláusula quinta de la escritura, y revocó

dicha nota denegatoria, en cuanto a los demás motivos que en la misma se consignan.

Interpuesto recurso de apelación contra el auto presidencial por el Notario y el Registrador, la Dirección General revoca parcialmente el auto apelado y acuerda:

1. Confirmar el primer defecto de la nota sólo en cuanto a que en la cláusula discutida no se previene el ser necesario acreditar la previa constitución del depósito bancario previsto cuando se otorgue la escritura unilateral de consumación de la opción, o al menos, el requerimiento del Notario para que realice el depósito bancario entregándole la cantidad pertinente.

2. Confirmar los defectos segundo y tercero de la referida nota.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—El acuerdo del Centro Directivo se basa en los siguientes considerandos (1):

Que la primera cuestión que plantea este recurso consiste en resolver si puede pactarse con ocasión de conceder un derecho de opción de compra, que la escritura pública de ejercicio de la opción de compra puede otorgarse unilateralmente por el optante, es decir, con su sola intervención, y si ese pacto puede tener acceso al Registro de la Propiedad o si por el contrario dicho pacto no es válido, aun vigente el principio de autonomía privada, o si, aun siendo válido, no es inscribible en el Registro de la Propiedad.

Que el contrato de opción, al no encontrarse regulado en el Código Civil, ha tenido que ser configurado por la doctrina y la jurisprudencia al amparo de las disposiciones generales sobre obligaciones y contratos, y así se ha precisado su carácter consensual y casi siempre unilateral, y en el que la consumación depende exclusivamente de la decisión del optante, que si se realiza dentro del plazo concedido obliga al propietario al cumplimiento de lo pactado, y que si el objeto sobre el que recae es un inmueble, podrá en base al artículo 14 del Reglamento Hipotecario, y con los condicionamientos que este artículo señala, inscribirse en el Registro de la Propiedad y afectar a los terceros.

Que igualmente ha venido la jurisprudencia del Tribunal Supremo perfilando la naturaleza de este contrato de opción, y aunque pueda presentar este derecho variantes y matices según la forma en que lo hayan configurado las partes, dado el principio de autonomía de voluntad que rige toda esta materia, cabe señalar una evolución en el criterio de nuestro más alto Tribunal, desde el más restringido de las sentencias de 23 de marzo de 1945 y 4 de diciembre de 1953, que lo consideran como una modalidad de la promesa unilateral en el que no cabe, caso de no querer concluirlo el principal, más que la indemnización de daños, al más amplio de las de 10 de julio de 1946, 7 de febrero de 1966 y 28 de junio de 1974, que lo configuran como un contrato en que es incuestionable la decidida voluntad de las partes de celebrar una auténtica compraventa, y en la que el incumplimiento no da lugar simplemente a la indemnización de daños y

(1) Vistos los artículos 1115, 1255, 1261 y 1462 del Código Civil, 7, 79, 82, 83 y 243 de la Ley Hipotecaria, 14 y 175 del Reglamento para su ejecución, las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de julio y 30 de octubre de 1946, 1 de julio de 1950, 7 de febrero de 1966, 7 de noviembre de 1967 y 28 de junio de 1974, y las Resoluciones de este Centro de 27 de marzo de 1947, 13 de diciembre de 1955 y 11 de diciembre de 1974.

perjuicios, sino que faculta a la otra parte para exigir el cumplimiento no sólo de la promesa, sino del contrato definitivo.

Que la tendencia jurisprudencial últimamente reseñada acoge aquella concepción mayoritaria de la doctrina que en base a las necesidades prácticas del tráfico negocial entiende que al perfeccionarse el contrato de opción queda ya prestada la declaración negocial suficiente para que se produzca el efecto jurídico perseguido como eventualmente definitivo por las partes, de modo que no es necesaria una nueva declaración para que el camino negocial desemboque en el resultado final, si así lo decide quien está facultado para ello, aunque sea mediante declaración unilateral, y todo esto puede convenirse por los contratantes al amparo del artículo 1.225 del Código Civil, así como atribuir al contrato de opción una energía o fuerza menor, lo que no ha sucedido en el presente caso, dado los términos en que aparece transcrita la cláusula discutida.

Que, por tanto, en principio, y si no existen obstáculos de otra índole, puede afirmarse que desde un punto de vista instrumental, y siempre que el dueño lo haya consentido al pactarse el contrato preliminar (como sucede en este recurso), el título definitivo del adquirente en virtud de una opción de compra consumada por su declaración unilateral ha quedado integrado por la escritura de contrato de opción (otorgada, como es obvio, por ambas partes), y por la escritura de ejercicio de opción (otorgada unilateralmente por el adquirente), ya que una vez autorizadas ambas, el valor traditorio de la escritura y lo convenido por las partes produce la tradición adecuada para investir de dominio al adquirente.

Que no obstante y dado que el optante al decidir la opción, y como consecuencia del entramado de las recíprocas relaciones derivadas de una opción de compra en trance de consumación, ha de haber cumplido las obligaciones que le atañen, lo que hace necesario que en el momento de otorgar la escritura en que conste su decisión de ejercitar la opción y consumar la prevista adquisición acredite ante el fedatario público la previa constitución del adecuado depósito o al menos requerir al Notario autorizante para su constitución, mediante la entrega a tal efecto de la convenida contraprestación (o precio) a su cargo, y esta importante circunstancia (aunque prevista en la cláusula debatida, que contiene la obligación de depositar el precio en una Entidad bancaria) no aparece configurada en la forma antes indicada, al establecerse que se hará con posterioridad a la consumación del contrato de opción.

Que respecto de la pactada extinción de los derechos posteriores y la cancelación de las inscripciones correspondientes, al permitir el artículo 14 del Reglamento Hipotecario la inscripción del derecho de opción, siempre que reúna las circunstancias que el propio artículo señala, los efectos protectores de la legislación inmobiliaria se extienden al titular del asiento que hizo constar la opción a su favor y entre ellos el derivado de la publicidad registral, al servir de aviso a terceros de su posible ejercicio, con la inevitable consecuencia de afectar a los titulares de adquisiciones y gravámenes que inscribieran su derecho con posterioridad al del optante, los cuales resultarán extinguidos, caso de que se consume la opción.

Que la cancelación de estos derechos reales posteriores que han quedado ineficaces no ha sido abordada en materia de opción por nuestro legislador, lo que obliga a examinar el procedimiento adecuado para verificarlo, que habrá de tener en cuenta todos los intereses en juego, y así

para otros supuestos la Ley Hipotecaria, en el artículo 107, 7.º, y el Reglamento para su ejecución, en el artículo 175, regla 6.ª, exigen para que pueda practicarse la cancelación automática, cuando se hubiesen constituido derechos reales sobre bienes sujetos a condición resolutoria, que se acredite la consignación en un establecimiento bancario o Caja oficial del importe que haya de ser devuelto, o el artículo 235, regla 9.ª, del mismo Reglamento, al establecer en caso de procedimiento extrajudicial sumario, y de acuerdo con su significado liquidatorio, que el sobrante después de pagado el crédito y los gastos del procedimiento se depositará a disposición de los titulares de derechos reales posteriores en un establecimiento público destinado al efecto.

Que examinando la cláusula discutida se observa que (aunque inspirada en la norma que establece la regla 6.ª del artículo 175 del Reglamento Hipotecario) contiene un pacto que afecta en forma directa a los titulares de derechos posteriores inscritos y sin establecer ninguna garantía a favor de los mismos, que verán cancelado su asiento, no ya sin su concurso, sino que ni siquiera pueden contar con el depósito a su disposición del precio del inmueble para la satisfacción de sus respectivos créditos o derechos, y en la que problemas importantes y delicados que puedan surgir entre las partes quedarían resueltos por la voluntad unilateral del favorecido por la opción, y en la que faltan las garantías, que en los procedimientos judicial sumario o extrajudicial de ejecución hipotecaria (notificaciones, intervención de terceros afectados, etc.) existen por la intervención de un funcionario (Juez o Notario) que regula la debida aplicación de las normas jurídicas.

Que en cuanto al tercer defecto ha de recordarse cómo una de las mayores preocupaciones del legislador desde la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 ha sido la de que los asientos registrales aparezcan con toda la nitidez y claridad necesaria para que los terceros puedan conocer en todo momento la situación registral del inmueble, y fruto de este principio general son los numerosos preceptos que en este aspecto ofrece esta legislación, entre los que cabe destacar a efectos de este recurso la necesidad de que quede claramente determinada la extensión del derecho que se pretende inscribir (artículo 9, 2.º, de la Ley y 51, 6.º, de su Reglamento), y al establecerse en la escritura calificada, y mientras dure el periodo de vigencia de la opción, una facultad de segregación a favor del concesionario tan indeterminada en cuanto a su objeto que, de acceder a los libros registrales, no permitiría conocer a los terceros los inmuebles o parte de ellos sobre los que puede ejercitar el derecho el optante, es indudable que se atenta a lo ordenado en los mencionados preceptos legales, así como a la claridad que debe presidir la publicidad registral, y al superior principio de libertad de tráfico, por lo que en consecuencia no puede hacerse constar en el Registro.

C) COMENTARIO.—Tres son las cuestiones planteadas en el presente recurso, perfectamente individualizadas dentro del mismo, relativas al ejercicio del derecho de opción de compra pactado (ejercicio unilateral en escritura posterior, sobre una porción de finca inicialmente indeterminada pero determinable por el titular del derecho de opción) y a los efectos del mismo (extinción y cancelación de derechos inscritos con posterioridad al de opción). Es decir, que dichas cuestiones afectan a los requisitos y a los efectos del derecho de opción cuya inscripción se solicita. Se

trata de examinar la legalidad y validez de dichos extremos cuyo origen es negocial o pactado. Si estos pactos son válidos tanto para la eficacia civil del derecho de opción como para su inscribibilidad registral.

Partimos de la idea de que el derecho de opción de compra puede constituirse como derecho real, con eficacia oponible derivada de su inscripción registral, siempre que se cumplan los requisitos que para su publicidad se establecen en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario. Por ello, no entramos ahora en las discusiones surgidas acerca de si lo que se inscribe es el contrato de opción o el derecho de opción, discusiones que se estiman perfectamente superadas si se tiene en cuenta que el derecho de opción de compra puede ser configurado como un derecho real de adquisición con eficacia oponible y que en nuestro sistema se inscriben los derechos reales u oponibles (relación jurídico-real que se convierte por la inscripción en relación jurídico-registral) unidos inseparablemente a su título originador o contrato antecedente. Tampoco vamos a detenernos en la cuestión de si el derecho de opción de compra es real o personal, ya que el aludido artículo 14 del Reglamento Hipotecario permite su inscripción registral con las circunstancias allí establecidas, de donde resulta su indudable eficacia real u oponible frente a los terceros adquirentes de derechos sobre la finca que le sirve de objeto (2).

El problema de fondo planteado se refiere a los límites de la autonomía de la voluntad en la configuración negocial del derecho de opción. Problema que si siempre es importante en materia de derechos reales, lo es doblemente cuando se proyecta sobre los derechos reales de adquisición de origen convencional, por su falta de tipicidad, y a diferencia de lo que ocurre con los de origen legal. Aun en el derecho de opción regulado en el Reglamento Hipotecario se establecen sólo los requisitos de su inscribibilidad, no los de su tipicidad legal. Por eso, en estos casos, tiene mayor importancia la construcción negocial de estas figuras y su sanción jurisprudencial. La cuestión queda centrada de la siguiente manera: ¿cabe la fijación negocial de la naturaleza real de la opción y de sus efectos? He ahí el tema sujeto a discusión. Para responder a esa pregunta habrá que determinar la naturaleza institucional de esta figura y sus efectos básicos. Para lo cual habrá que partir de las disposiciones legales, cuando las haya, y de la doctrina jurisprudencial. Los límites de la autonomía negocial cuando se proyecta sobre estos derechos serán no sólo los genéricamente establecidos en el artículo 1.255 del Código Civil, ni siquiera

(2) Sobre la distinción entre derechos reales y derechos oponibles, y la opinión de que son estos últimos los que resultan objeto de inscripción en nuestro sistema registral, véase mi estudio «Los Registros Jurídicos de Bienes en Derecho español», Ponencia presentada al II Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Madrid, pág. 777. *Vid.* también pág. 774.

En todo caso debe recordarse que la consideración del derecho de opción de compra como un derecho real (derecho de adquisición preferente) no es todavía unánime en nuestra doctrina. Así, por ejemplo, PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, III-3º, 2ª ed., págs. 506-508) y GULLÓN BALLESTEROS (*Sistema de Derecho Civil*, vol. III, pág. 482) se muestran partidarios de considerar al derecho de opción como un derecho meramente personal porque no otorga un poder directo e inmediato sobre la cosa, aunque susceptible de producir efectos frente a terceros mediante la inscripción. La opinión contraria, que reconoce el carácter real del derecho de opción, nos parece más aceptable y es la que aquí se defiende. Dotado de publicidad y de oponibilidad frente a los terceros, su eficacia real resulta indudable, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 14 R. H. En mi opinión, lo importante para caracterizar la naturaleza real de un derecho no es tanto la inherencia o inmediatividad, el poder directo sobre la cosa (del cual carecen también la hipoteca o la reserva de dominio) cuanto su oponibilidad o eficacia frente a terceros, eficacia real que atribuye el carácter de tal a la relación jurídica de que se trate. Todo ello con independencia de que cuando no se cumplan los requisitos necesarios para su publicidad registral (art. 14 R. H.), el derecho de opción así pactado va o no tenga carácter real, y funcione entonces con eficacia meramente obligacional o *inter partes*.

los límites generales para la configuración de los derechos reales (3), sino también los derivados de la propia naturaleza de estas figuras y de su función económico-social. Y claro es que para perfilar su naturaleza institucional, en defecto de disposiciones legales reguladoras, habrá que prestar especial atención a la jurisprudencia.

Fijadas estas ideas previas, vamos a examinar por separado cada una de esas tres cuestiones concretas que aparecen señaladas en la nota de calificación negativa del Registrador:

a) El posible ejercicio unilateral de la opción de compra, sin necesidad del concurso del concedente de la opción y vendedor de la finca, es algo que depende de cómo se configure el derecho de opción y cuál sea su naturaleza jurídica. Ya que esa facultad de ejercicio de la opción forma parte del contenido de este derecho.

Como ha señalado Díez PICAZO, por el contrato de opción, una de las partes (concedente de la opción) atribuye a la otra (beneficiaria de la opción) un derecho que permite a esta última decidir, dentro de un determinado período de tiempo y unilateralmente, la celebración de un determinado contrato (4). La opción es un derecho de preferencia para la adquisición de una cosa, cuando el titular de este derecho quiere y en determinadas condiciones (dentro del plazo fijado y por el precio establecido). Despliega su eficacia cuando el titular lo ejercita unilateralmente, siempre dentro de plazo, con independencia de que la cosa se enajene o no. Admitida por la generalidad de la doctrina española la categoría dogmática de los derechos reales de adquisición, puede incluirse dentro de ella el derecho de opción considerado como un derecho subjetivo independiente (aunque en este caso vaya unido a un derecho de arrendamiento) y de naturaleza real por su inscripción.

Por virtud del contrato de opción se deja al arbitrio del optante la posibilidad de realizar un contrato. Así, por ejemplo, en la opción de compra el optante puede decidir si dicha compra va a realizarse o no. Por eso, la doctrina más autorizada apunta que el contrato de opción funciona como un precontrato o promesa de contrato (5). La teoría del precontrato o de la promesa de contrato ha sido ampliamente elaborada por nuestra doctrina y desarrollada por la jurisprudencia.

Así, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ sintetizaba en tres grandes líneas las principales concepciones doctrinales elaboradas acerca de la promesa de con-

(3) Véase el interesante trabajo de Díez PICAZO: *Autonomía privada y derechos reales*, Libro Homenaje a Ramón María Roca Sastre, vol. II, págs. 299 y ss.

(4) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* vol. I, Tecnos, Madrid, 1970, pág. 217.

(5) Como ya advirtiera DE CASTRO en su conocido y clásico estudio sobre la promesa de contrato, la semejanza entre el contrato de opción y la promesa de venta es tan grande, que causa extrañeza el que se haya podido creer que correspondan a figuras jurídicas completamente distintas. Ello explica que la mayor parte de los autores, en especial en aquellos países en donde predomina la tendencia a dar eficacia directa al precontrato, hayan considerado a la opción de compra como una promesa unilateral de venta (Así, entre otros, MANRESA, VALVERDE, BORRELL, CASTÁN, DE BUEN Y OSSORIO). Si el precontrato o promesa de contrato se concibe otorgando la facultad de exigir directamente el cumplimiento del contrato preparado, desaparece la posibilidad de distinguir entre una y otra figura. Y concluye afirmando que los términos de opción y precontrato o promesa de contrato no son distintos, que es equivalente la promesa unilateral de contrato al contrato de opción, y que la misma promesa bilateral de contrato en nada difiere esencialmente de la opción («La promesa de contrato», ADC, III-IV, 1950, págs. 1163 a 1165 y 1167).

En el mismo sentido Díez PICAZO ha afirmado que el llamado contrato de opción constituye en realidad una pura modalidad de la promesa de contrato o precontrato. Es la promesa unilateral o, por mejor decirlo, el precontrato en el cual la facultad de exigir la puesta en vigor del contrato definitivo es atribuida a una sola de las partes. No hay, sin embargo, inconveniente insuperable para admitir la existencia de una promesa bilateral u opción bilateral. Con ello la identificación entre promesa y contrato de opción sería total y absoluta (*Fundamentos*, cit., págs. 220-221).

trato, aparte de la posición negativa de ALGUER respecto a esta figura:

a) La clásica de MORO LEDESMA, según la cual la esencia del precontrato estaría en la contratación, por una o ambas partes, de la obligación de dar vida en el futuro a un contrato determinado, a través de la emisión por el obligado u obligados de una nueva declaración de voluntad contractual; b) La tesis de ROCA SASTRE, para quien lo característico del precontrato sería la indeterminación en cuanto al total contenido del contrato futuro, surgiendo una obligación a cargo de las partes de colaborar en la íntegra especificación del mismo; c) La opinión del profesor DE CASTRO, en base a la sentencia de 1 de julio de 1950, que estima que la noción de precontrato o promesa de contrato radica en la concesión a una o a las dos partes de la facultad de determinar, mediante una declaración unilateral de voluntad, la vigencia inmediata de un contrato previamente determinado en su contenido, de manera que lo esencial es la relegación de la producción de efectos de un contrato hasta el momento en que una de las partes o una cualquiera de éstas así lo determine unilateralmente (6).

En efecto, según DE CASTRO, la tendencia de la legislación, doctrina y jurisprudencia moderna se orienta a considerar al precontrato como origen de la vinculación contractual definitiva. No es objeto propio de un contrato el que las mismas personas contratantes hayan de hacer de nuevo el mismo contrato que proyectaron. Los contratantes, de mutuo acuerdo, hacen o aceptan un proyecto de contrato y convienen en que ambos se obligan a que el contrato proyectado tenga eficacia plena en el momento en que lo exija la parte a la que se concede esta facultad. Lo que se proponen es quedar «obligados contractualmente» respecto a lo proyectado, no a tener un nuevo querer o a emitir una nueva declaración, sin interés para ellos ni valor patrimonial o jurídico. La promesa de contrato es sólo una etapa preparatoria de un iter negocial en el que hay que distinguir dos momentos: la promesa previa y la exigencia de su cumplimiento (7).

Como se advierte en uno de los Considerandos de esta Resolución, la doctrina jurisprudencial acerca del contrato de opción ha evolucionado sensiblemente al recoger los efectos del mismo cada vez con más amplitud, que van desde la mera indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento hasta la facultad de exigir el cumplimiento del contrato definitivo aun en contra de la voluntad del promitente. Así, por ejemplo, en la sentencia de 10 de julio de 1946 se afirma, entre otros pronunciamientos, que en el contrato de opción de compra el promitente ha ofrecido la venta y que, al ser aceptada por el optante al ejercitar la opción, queda la venta perfeccionada, por lo que, al acordar el Juez la efectividad de la compraventa, no sustituye el consentimiento de las partes, sino que sencillamente se limita a ordenar la ejecución de un contrato ya perfecto.

En la famosa sentencia de 1 de julio de 1950, aunque relativa a un contrato de promesa de venta, se contienen algunas de las siguientes declaraciones, sin duda importantes para el caso que nos ocupa por la evidente conexión entre el precontrato de promesa de venta y el contrato

(6) «Naturaleza y régimen jurídico de los contratos de cesión de vivienda y traspaso de local de negocio», ADC. XI-II, 1958, págs. 582-3

(7) *Loc. cit.*, págs. 1168-69.

de opción de compra, de acuerdo con lo dicho: .Dejando aparte las discusiones doctrinales sobre las modalidades que puede revestir este contrato de promesa de venta y si debe ser considerado solamente como contrato preparatorio o precontrato, es incuestionable que la dicha convención es por su naturaleza un contrato consensual y bilateral con vida y entidad propias , la voluntad expresada para perfeccionar dicho contrato de promesa de venta proyecta su eficacia no sólo en la constitución del vínculo jurídico que sujeta a las partes, sino sobre el objeto de la convención, que en el contrato que se examina no puede ser otro que la realización de la venta o compra prometidas cuando se resuelva la condición circunstancial o de tiempo establecida para su consumación, es decir, que por lo que respecta al otorgante, dueño de la cosa, se contrae la obligación futura de consentir la transferencia del dominio que se ostenta sobre la dicha cosa prometida. ., para la consumación del contrato de promesa de vender o comprar no se requiere una nueva y especial manifestación de voluntad por venir ya prestado para ello el suficiente consentimiento al perfeccionarse aquel contrato , en el contrato de promesa de vender o comprar, por su singular naturaleza, se encierra y contiene el consentimiento suficiente para perfeccionar y consumir la futura compraventa prometida.

Y en la más reciente sentencia de 28 de junio de 1974 se reitera el mismo criterio al declarar que cuando en el contrato preliminar han quedado determinados de manera total y completa los elementos y circunstancias de la prometida compraventa y consta de un modo indubitado en aquel contrato la decidida voluntad de las partes de llegar a celebrar una auténtica compraventa, la resistencia de una de ellas a concluir ésta no ha lugar simplemente a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, sino que faculta a la otra para exigir el cumplimiento no sólo de la promesa, sino también del contrato definitivo (8).

Como se ha señalado acertadamente, mediante la celebración del precontrato (y también del contrato de opción de compra, que es una de sus manifestaciones) lo que las partes quieren es conciliar estos dos propósitos: no quedar, desde luego, vinculadas por el contrato que han proyectado (en este caso, la compra futura) y, al mismo tiempo, asegurarse de su eficacia para el momento en que una de ellas (el optante) o ambas así lo declaren querer (9). Cuando el optante decida ejercitar su derecho, la eficacia de la venta proyectada no puede quedar subordinada a la voluntad del concedente de la opción, que ya quedó exteriorizada en este contrato previo, ni exigir una nueva prestación de su consentimiento contractual. En consecuencia, parece clara la posibilidad del ejercicio unilateral de la opción por parte del optante, sin necesidad de la voluntad concurrente de la otra parte concedente (vendedor).

El contrato de opción de compra, en que se concede al optante el derecho a decidir unilateralmente sobre la celebración de la compraventa futura dentro de ciertas condiciones, y el ejercicio de ese derecho a través del cual el optante decide comprar y hacerse dueño de la finca, constituyen dos etapas conexas de un mismo proceso adquisitivo. Para que el optante se haga dueño de la finca tiene que actualizar el contrato de com-

(8) Véanse también las sentencias de 23 de marzo de 1945, 4 de diciembre de 1953 y 7 de febrero de 1966, citadas en el Considerando tercero de esta Resolución

(9) DE CASTRO, *loc. cit.*, págs. 1136-1137

praventa. Y para que pueda intervenir unilateralmente en éste, tiene que haberle sido concedida voluntariamente esa facultad por el dueño anterior en el correspondiente contrato de opción. Veamos los requisitos necesarios para que esa compraventa final se consume y el optante se convierta en dueño.

Como punto de partida, permítasenos reiterar aquí una vez más la teoría general referente al objeto de la inscripción. En el Registro de la Propiedad se inscriben no sólo actos y contratos, sino también y especialmente derechos reales o relaciones jurídico-reales, si bien éstas aparecen indisolublemente unidas a su acto o contrato originador (título en sentido material). Tal es, al menos, mi opinión (10). Pues bien, ¿cuáles son los requisitos para que el optante comprador se convierta en dueño y pueda así inscribir la adquisición de su titularidad jurídico-real? Dando por supuesto el cumplimiento de las demás condiciones estipuladas en el contrato de opción, para que la compraventa se consume hará falta que llegue a realizarse, lo cual exige la declaración de voluntad correspondiente por parte del optante, que puede ser unilateral y no necesita el consentimiento concurrente del dueño por aparecer éste embebido en el contrato de opción, y además que se ejecuten las dos obligaciones típicas del contrato de compraventa: la entrega de la cosa y el pago del precio. Sin la tradición de la finca, al menos, no se adquiere su dominio y no podrá inscribirse la titularidad dominical resultante.

Una de las dificultades que apreció el Registrador para no admitir que la compra futura, resultante del ejercicio del derecho de opción, pudiera realizarse unilateralmente por el optante fue precisamente la necesidad de que el propietario concedente otorgara la escritura de venta porque, en su opinión, sólo así se podría consumir la venta y entregar la cosa. Argumento que no deja de tener su importancia si se piensa que la tradición instrumental regulada en el artículo 1.462 del Código Civil implica el otorgamiento conjunto por ambas partes, el comprador y vendedor, de la escritura de venta. Sin embargo, la Dirección General estima que la escritura del contrato de opción (bilateral) junto con la de ejercicio de la opción (unilateral) integran ambas el título formal o documental suficiente para estimar consumada la venta, realizada la entrega e investido el adquirente de su dominio. Y esta doctrina del Centro Directivo nos parece aceptable. Porque el necesario consentimiento conjunto de transmitente y adquirente que debe formalizarse en la escritura pública para que ésta tenga efectos traditorios, aparecía aquí inicialmente prestado en la escritura de opción. Aunque la decisión de adquirir fuera unilateral en la escritura de ejercicio de la opción, el concedente de la opción y vendedor va había prestado su consentimiento para vender en determinadas condiciones y para ejecutar su compromiso de venta, dejando en poder del optante la decisión de comprar y de consumir la adquisición de ahí derivada. Y porque de no ser así, quedaría desprovisto de eficacia el derecho del optante, si éste necesitaba contar de nuevo con el consentimiento del concedente para ejercitar la opción y adquirir el dominio de la finca comprada.

En cuanto al pago del precio de la compra, debía igualmente ser satisfecho al ejercitar el derecho de opción y manifestar la voluntad de adqui-

(10) *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía*, pág. 55. y *Los Registros Jurídicos de Bienes en Derecho español*, pág. 774

rir. La oferta del concedente de la opción de vender por un determinado precio no implica ninguna forma de aplazamiento de éste. Su aceptación por parte del optante supone el pago al contado del mismo en la forma pactada. No cabe, pues, analogía de este supuesto con la compra cuyo precio resulta total o parcialmente aplazado. Mientras el concedente vendedor no preste su consentimiento a esta forma de pago. Se ejercita la opción declarando la voluntad de comprar y se compra pagando el precio pactado. El requisito del pago del precio es inseparable de la voluntad de comprar, necesario para la consumación de la opción y para la adquisición del dominio resultante de este título de atribución. El pago del precio debe ser simultáneo o anterior al acto de la compra.

En la escritura cuya calificación se recurre se había pactado que, para justificar el pago del precio, bastaría con acompañar a la posterior escritura de ejercicio de la opción certificación bancaria del depósito del mismo a favor de los titulares registrales. La frase que se inserta a continuación, y que se refiere al «momento del ejercicio de la opción», parece que alude al destinatario del depósito bancario, a quien en ese momento fuera titular registral, y no al tiempo de constitución del depósito, simultáneo a aquel ejercicio (depósito establecido en el momento de ejercitar la opción) Dando por buena esta interpretación expresiva, porque en el supuesto excluido el problema ya no se plantearía, la discusión se centra en el hecho de si es válida esa forma de realizar el pago. La Dirección General entiende que no, niega virtualidad jurídica al pacto e impide su inscripción, por estimar que el pago del precio debe justificarse al Notario como ya hecho al otorgar la escritura de ejercicio de la opción (pago previo) o requerir al Notario para su constitución (pago simultáneo). En definitiva, que el optante debe haber cumplido sus obligaciones en el momento de otorgar la escritura, y el precio debe satisfacerse antes de ejercitar la opción o en el mismo momento, pero no después. Aunque en este último supuesto (pago posterior), la justificación de éste sea previa a la solicitud de inscripción. No basta la concurrencia de ambos requisitos antes de la inscripción, ya que lo que se inscribe es la adquisición del dominio así realizada, sino que es preciso que el pago sea anterior o simultáneo para que la opción se consume eficazmente y se produzca el efecto traslativo querido. Problema de validez civil del pacto y no de inscribibilidad registral del mismo. Se perfila así por vía jurisprudencial uno de los requisitos del ejercicio de la opción. Dada la correspondencia entre el derecho a adquirir y la obligación de pago al contado, y la necesidad de que el optante ejercite su derecho, incluso unilateralmente, mediante el cumplimiento de sus obligaciones, parece justificada la solución estricta mantenida por el Centro Directivo en cuanto a este extremo Y, en todo caso, de indudable transcendencia práctica.

b) Se había pactado igualmente que al ejercitarse el derecho de opción quedarían resueltos automáticamente los demás derechos recayentes sobre la misma finca o porción, sin necesidad del consentimiento de sus titulares, y se cancelarían en el Registro sin más requisitos. Pacto que afecta a uno de los más importantes efectos del derecho de opción inscrito, tanto desde el punto de vista civil como registral, y cuya eficacia también se discutía en el recurso.

Si examinamos los efectos del ejercicio del derecho de opción de compra, debemos recordar cuál es el propósito práctico querido por las partes

con el contrato de opción: que el optante pueda comprar cuando quiera, dentro de las condiciones establecidas, que el contrato de compra se realice en las mismas circunstancias que si se hiciera en el momento de concesión de la opción. No se compra todavía por diversas razones (falta de numerario, prueba de las cualidades del objeto, fijación de destino según mercado, determinación de la posible incertidumbre en cuanto a la utilidad de lo que se quiere adquirir, etc.), pero se quiere que cuando se ejercite la facultad de opción y la compra se lleve a cabo, entonces se compre igual que si fuera ahora. Por eso se concede en el momento presente la facultad de decidir (dentro de plazo) si se compra o no. Por eso también la opción funciona como un precontrato de compra o promesa de compra. Lo hecho después del nacimiento del derecho de opción no debe perjudicar al titular del mismo, no debe afectarle en cuanto sea incompatible con su vocación de adquirir en aquellas condiciones.

Semejante consideración de tipo general puede desplegar su eficacia tanto desde el punto de vista civil (extinción de derechos posteriores incompatibles) como estrictamente registral (cancelación de inscripciones posteriores). Sin perjuicio de distinguir ambos planos en su distinta perspectiva, para contemplar también el supuesto del derecho de opción no inscrito (tanto porque no se pudo inscribir al ser contrario al art. 14 R. H., como porque no se ha solicitado su inscripción), téngase en cuenta sin embargo que la opción no inscrita o sin eficacia real no puede funcionar como tal derecho frente a posibles terceros posteriores. Además, como la vinculación real que implica el derecho de opción carece de publicidad posesoria, como ocurre en los demás derechos reales de adquisición de origen convencional o voluntario, sólo es posible en tales casos la publicidad registral. Y por ello ésta debería juzgar con eficacia constitutiva. De otra forma, la falta de exteriorización posesoria impide su configuración como derecho real o con eficacia oponible.

En virtud del principio de prioridad, el derecho de opción de compra sobre una finca es preferente sobre cualquier otro derecho posterior que recaiga sobre el mismo objeto. Preferencia que se traduce en la extinción de los derechos posteriores cuando sean incompatibles con el de opción (preferencia excluyente) o en su subordinación cuando la compatibilidad sea posible (preferencia anteponente). En todo caso, preferencia del derecho anterior y subordinación de los posteriores. Cuando el optante ejercita su derecho de opción adquiere el dominio de la finca. Su derecho resulta entonces incompatible con cualquier otro constituido con posterioridad: si aparece un nuevo dueño, porque sólo el primero debe ser preferido, y aquél debe sucumbir frente a quien era preferente, ya que no caben dos dominios sobre una finca a favor de distintas personas; mas también si el derecho posterior es limitado (servidumbre, usufructo, hipoteca, etc.), porque el optante debe poder adquirir la finca tal como se encontraba en el momento de concesión de la opción. Es decir, no sujeta a ninguna otra carga o limitación posterior, ya que los derechos reales en cosa ajena actúan como carga del propietario de la finca afectada. El ejercicio del derecho de opción previo produce como consecuencia necesaria la resolución o extinción sobrevinida de los derechos posteriores. Sólo así el derecho de opción de compra producirá los efectos institucionales que le son típicos. Extinción de los derechos posteriores en el plano civil.

Dando esto por sentado, ¿cómo podrá instrumentarse técnicamente esa eficacia frente a terceros? Si éstos (propietario, usufructuario, acreedor hipotecario) han inscrito sus respectivas titularidades, será necesaria la previa inscripción del derecho de opción (11). Para que en virtud de la oponibilidad registral, que es el efecto más importante de esta forma de publicidad, pueda desplegar su eficacia frente a los terceros adquirentes. Recuérdese que la preferencia de la opción inscrita (plano de la eficacia registral, y no sólo de los efectos civiles), y la consiguiente extinción de los derechos posteriores incompatibles, se basa en la concurrencia de tres principios registrales: prioridad, oponibilidad y legitimación. Extinción de las inscripciones posteriores en el plano registral.

Los terceros adquirentes de derechos posteriores deben soportar el ejercicio del derecho del optante en las mismas condiciones que si lo ejercitara el concedente de la opción en el momento en que fue concedido. Frente al optante, es como si no hubiera cambiado el sujeto pasivo del derecho de opción, que sigue a la cosa cualesquiera que sean sus titulares posteriores (*ob rem*). Dada su eficacia real u oponible frente a terceros que deriva de su inscripción. Como ha señalado ROCA SASTRE, con la inscripción y la publicidad registral, el derecho de opción se impone *erga omnes* a base de la denominada cognoscibilidad legal, de suerte que a todo adquirente posterior a la inscripción le afectará o perjudicará la existencia de este derecho. El derecho de opción de compra inscrito actúa contra todo propietario del inmueble afectado, sea el primero que confirió la opción, sean los posteriores adquirentes del mismo, pudiendo, en consecuencia, el optante o titular del derecho de opción, exigir la venta de la cosa afectada de cualquier persona que al tiempo de hacerse valer la opción, resulte ser dueña de la finca o derecho real inmobiliario afectados. Este subadquirente último propietario de la finca o derecho real queda obligado, no contractualmente, como el propietario o titular concedente de la opción, sino *ob rem*, como subadquirente. En rigor técnico este ulterior adquirente queda subrogado en la obligación personal asumida primeramente por el dueño o titular que concedió la opción (12). Los derechos posteriores resultan subordinados al derecho de opción. El ejercicio de éste actúa como una condición resolutoria de aquéllos. Los terceros verán resuelta su titularidad cuando el optante ejercite su derecho de adquisición y adquiera por compra el dominio de la finca. En este sentido, es correcto pactar que el ejercicio del derecho de opción producirá la resolución automática (y consiguiente cancelación) de los derechos posteriores. Sin embargo, este enjuiciamiento debe ser matizado con otra nueva consideración.

(11) Y aunque la inscripción de esos derechos posteriores no se produzca, porque entonces está perfectamente clara la necesidad de la inscripción de la opción para que pueda vencer en la colisión de derechos inscritos en virtud de su prioridad registral. ¿no será también necesaria la inscripción de la opción en todo caso para que ésta tenga eficacia real frente a los terceros civiles en general, no sólo frente a los terceros registrales, dada su falta de otra publicidad? Recuérdese lo señalado antes acerca del posible valor constitutivo (es decir, como requisito necesario de la constitución del derecho real de adquisición en que la opción consiste) de la publicidad registral en este caso.

(12) En cuanto a los efectos de la opción respecto de los derechos reales, cargas o gravámenes que se hubieren constituido e inscrito con posterioridad a la inscripción del correspondiente derecho de opción de compra—sigue diciendo este autor—, hay que decidirse por el criterio liquidatorio o extintivo de tales derechos, cargas o gravámenes posteriores (*Derecho Hipotecario*, 6ª ed., Bosch, Barcelona, 1968, tomo III, págs. 504-506 v. 508-509).

Aunque ROCA parte de la idea de que el derecho de opción es un derecho personal dotado de efectos reales por su inscripción, tesis que aquí no se comparte por estimar que se trata de un verdadero derecho real de adquisición, lo cierto es que las palabras transcritas relativas a su eficacia oponible y extintiva de derechos posteriores nos parecen perfectamente correctas.

Si el derecho posterior es un nuevo dominio, resultante de transmisión realizada por el dueño anterior que concedió la opción, su resolución automática parece clara de acuerdo con lo dicho. El optante adquirirá la finca en las mismas condiciones en que estaba al adquirir la opción. Frente a él, los dueños posteriores son inexistentes. Estos a su vez ya conocían (o podían conocer) el posible ejercicio de aquel derecho anterior, y las consecuencias extintivas que podía producir respecto a su titularidad posterior. La extinción se producirá automáticamente y no hará falta para ello contar con el consentimiento de estos dueños posteriores que resultan perjudicados por el ejercicio de la opción. Lo mismo cabría decir cuando la colisión se produce con derechos posteriores de goce o de disfrute. Ya que el optante adquiere la finca libre de tales derechos constituidos con posterioridad, y los titulares de éstos ya saben el riesgo que corren al estar subordinados a aquel derecho preferente y anterior.

Pero la situación cambia cuando los derechos posteriores son derechos de realización de valor. Piénsese en el caso más clásico del crédito hipotecario. Los titulares de estos derechos de realización de valor, aunque vean extinguida su titularidad por el ejercicio del derecho anterior preferente, tienen derecho al importe del valor que se obtenga en la venta de la finca, ya sea ésta voluntaria o judicial. O a parte del mismo, si son varios los acreedores y el dinero obtenido no cubre todos los créditos garantizados. Su derecho inscrito, cuya cancelación automática se discute, recae precisamente sobre el valor en cambio de la finca. Aunque la cancelación sea debida por el juego de la preferencia excluyente y de la prioridad, sólo deberá formalizarse cuando se respete el derecho de realización del valor en cambio de la finca que corresponda a los titulares posteriores. Surge así un requisito nuevo para la cancelación de esos derechos posteriores: la necesidad de depositar el dinero obtenido con la compraventa, en ejecución del derecho de adquisición preferente, a disposición de los titulares posteriores de hipotecas, si es que los hay, o de cualquier otro derecho a la realización del valor de la finca. Ocurre aquí algo semejante a lo que sucedía en los supuestos de hipoteca sobre bienes vendidos con pacto de retro (art. 107-7.º L. H.), ejecución hipotecaria (art. 131-16.º L. H. y 235-9.º R. H.) o cancelación de inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones resolutorias (art. 175-6.º R. H.), como oportunamente se recoge en uno de los considerandos de esta Resolución. Para que la cancelación de las inscripciones posteriores se lleve a cabo resulta necesario acreditar el depósito, notarial o judicial, del precio obtenido a disposición de los titulares de derechos de realización de valor inscritos con posterioridad. Y este requisito no puede ser eludido en la regulación convencional del ejercicio del derecho de opción. Por ello, nos parece razonable la cautela impuesta por la Dirección General en el presente caso al denegar la inscripción de la cláusula de cancelación redactada en aquellos términos de automatismo sin restricciones.

c) Más fáciles resultan de comprender las razones de la denegación expresada en el tercer defecto. Al permitirse el ejercicio del derecho de opción sobre la totalidad de las fincas, sobre alguna de ellas o sobre parcelas de las mismas resulta indeterminado (aunque determinable en un momento posterior, a través de la correspondiente segregación, para la cual se hace una delegación en términos generales) el objeto del derecho

cuya inscripción se solicita. Y esta indeterminación impide la inscripción del mismo.

La relación jurídica registral se configura con una precisa determinación de los titulares registrales (13), de los derechos inscritos (contenido, pactos que lo determinan) y de las fincas sobre las que recaen (descritas con los requisitos de la legislación hipotecaria e inscritas previamente a la inscripción solicitada). La necesaria determinación de los elementos que integran este tipo de relaciones jurídicas inscritas, y que es consecuencia de la organización técnica de la publicidad registral, tiene por finalidad evitar imprecisiones o dudas en los datos registrales, y sirve de base al llamado principio de especialidad. El cual adquiere una proyección muy rigurosa cuando se refiere a la identificación de las fincas.

El pacto concebido en los términos expresados no es inscribible. Porque a través de él no se sabe cuál va a ser el objeto (finca concreta) sobre el que recaiga el derecho de opción (sólo determinable en un momento posterior, cuando se ejercite). Y porque la finca sujeta a tal derecho de adquisición, si nace por consecuencia de una segregación ulterior, no aparece inscrita como finca registral en el momento en que la opción debe inscribirse.

Si se piensa, como aquí se ha defendido, que la opción de compra funciona como un precontrato o promesa de contrato de compraventa, recuérdese que según la doctrina más autorizada, para que el precontrato exista y tenga eficacia jurídica habrá de determinar suficientemente el contenido del contrato futuro, pues éste se habrá de celebrar en base a aquél (FLUME), o sea, que contenga los requisitos esenciales propios del contrato que se prepara. Así se entiende que la promesa de vender, en la que no se fije el precio y el objeto que se ha de vender, no obliga como precontrato (14). De modo que la indeterminación del objeto cuya opción de compra se concede, no sólo impide la inscripción del derecho así constituido, sino incluso su nacimiento con eficacia jurídica civil.

En fin, ¿es posible que el propietario actual conceda a la otra parte, adquirente del derecho de opción de compra, la facultad indeterminada de segregar de la finca inicial una porción de la misma para ejercitar su derecho sobre la porción así segregada? Parece que no. La legitimación para el ejercicio de la facultad de segregar corresponde exclusivamente al titular o titulares registrales. La delegación de esta facultad en otra persona exige poder especial, señalando las circunstancias del acto de segregación o de la finca resultante del mismo.

M. A. G.

(13) Si bien, en cuanto a la titularidad, es posible, a veces, la indeterminación transitoria, en forma puramente excepcional: fideicomisarios, reservatorios, etc.; o la determinación mediata en las titularidades subjetivamente reales: dueño del predio dominante que es titular de la servidumbre.

(14) DE CASTRO «El arbitraje y la nueva *Lex mercatoria*», ADC, XXXII-IV, 1979, pág. 655.

REGISTRO MERCANTIL

3. EL ARTÍCULO 59 LSA ESTABLECE LA LEGITIMACIÓN DEL SOCIO PARA CONCURRIR A LA JUNTA GENERAL, QUE EN EL CASO DE TITULARES DE ACCIONES AL PORTADOR VIENE DETERMINADA POR EL DEPÓSITO PREVIO DE LAS ACCIONES EN LA FORMA PREVISTA EN LOS ESTATUTOS O EN LA CONVOCATORIA, CON CINCO DÍAS DE ANTELACIÓN A AQUEL EN QUE DEBA CELEBRARSE LA JUNTA.

Resolución de 28 de septiembre de 1978 (B. O. del E. de 18 de octubre).

Antecedentes de hecho.—La Sociedad «Harinas Conquistadores, S. A.», celebró Junta general, de la cual se excluyó al apoderado de un socio y a otra persona que afirmaba también ser socio y exhibía el justificante de la adquisición de acciones de dicha Sociedad; en cuanto al primero se le excluía por afirmarse ser incompatible moralmente para asistir, al ser —según se afirma— Letrado en el sumario que se seguía contra otro socio, hijo del poderdante, y en cuanto al segundo, por negársele la calidad de socio, pues, a pesar de haber adquirido unas acciones, por dicha adquisición existía también un sumario; que en dicha Junta se nombraron Administradores de la Entidad, no existiendo Secretario de la Junta, al hallarse presente, por haber sido requerido para ello, el Notario de Miajadas don Siro Cadaval Franqueza, que levantó la correspondiente acta de presencia;

Presentada primera copia de dicha acta en el Registro Mercantil de Cáceres fue calificada de la forma siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento por observarse los siguientes defectos: Primero, celebrarse la Junta general con exclusión de un socio y del representante de otro, que pretendieron tomar parte en ella, lo que supone infracción del artículo 59 de la Ley de Sociedades Anónimas; segundo, aun cuando no se hubiera excluido a las personas dichas, no hay constancia de que a tal Junta concurriesen suficientes socios para cumplir el quórum exigido por el artículo 51 de la citada Ley; tercero, no ser el testimonio del acta notarial de presencia el documento adecuado para inscribir el nombramiento de Administradores, conforme al artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil; cuarto, no serlo tampoco para inscribir el nombramiento de Consejeros-Delegados, conforme al artículo 110 del referido Reglamento; quinto, no constar las circunstancias personales de los Administradores nombrados; sexto, no haber determinado la Junta el tiempo por el que

son designados los nuevos Consejeros, conforme al artículo 17 de los Estatutos sociales. Siendo insubsanables los defectos apuntados como primero, tercero, cuarto y sexto, no procede tomarse anotación preventiva.»

El nombrado Procurador, en la representación que ostentaba, interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación sólo en cuanto al primer defecto, y que alegó: que del acta presentada no se desprendía que el pretendido socio hubiera depositado los documentos acreditativos de tal cualidad; que la misma no le fue reconocida por el Presidente y la mayoría de los asistentes a la Junta y que del documento presentado no se derivaba la cualidad de socio del excluido, razón por la cual era infundada la redacción de la nota por el Registrador, la cual debía rectificarse, suplicando se reconociese que no cabía sostenerse la afirmación de que don Benito Sierra Cadenas tenía el carácter de socio.

El Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes argumentos: que no se comprendía el perjuicio que podía causar la redacción de una nota cuando sólo se impugnaba un defecto, y sólo en parte, existiendo otras insubsanables que, por no haber recurrido, quedaban firmes; que, como resulta del artículo 59 de la Ley de Sociedades Anónimas y de las sentencias de 11 de octubre de 1973, 14 de marzo de 1974 y 2 de abril de 1976 y la Resolución de 26 de febrero de 1953, no se constituye válidamente la Junta cuando se impide la intervención en ella del titular de unas acciones; que la legitimación de un socio para acudir a las Juntas viene dada por la tenencia de las acciones y su depósito previo, sin que el Presidente pueda exigir mayores requisitos ni negarse a la asistencia de quienes la hayan cumplido, por muy importantes que sean las razones en que se apoye; que si bien es cierto que de una manera expresa no se afirma que don Benito Sierra Cadenas cumpliera los requisitos necesarios para asistir a la Junta, parece que tácitamente se le está reconociendo tal cumplimiento ya que: a), no se hace tal reconocimiento en relación con ninguno de los otros accionistas; b), al ser interrogado el Presidente por uno de los socios sobre si los títulos de las acciones están depositadas en la Caja Social, aquél contesta que no hay lugar a la pregunta, ya que la Junta se ha convocado con todos los requisitos legales; c), el Presidente llama «socio» al señor Sierra, y d), la única razón que aquél aduce para excluir a éste es la falta de legitimidad del documento adquisitivo de las acciones para poder admitir como socio al señor Sierra, en virtud del sumario que se sigue por esta transacción, siendo así que si el señor Sierra no había depositado las acciones en la forma establecida, bastaba con haberlo hecho constar así.

B) *Doctrina de la Dirección.*—Vistos los artículos 48 a 60 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y 54 del Reglamento del Registro Mercantil;

Considerando que al haberse impugnado solamente parte del primer defecto de la nota del Registrador del recurso interpuesto carece de utilidad, ya que cualquiera que sea la solución al punto controvertido, la constancia en dicha nota de otros defectos calificados de insubsanables impedirá que el título pueda inscribirse;

Considerando que planteado en estos términos, el recurso se centra exclusivamente en determinar si se ha constituido válidamente la Junta general, de la que previamente se ha excluido al titular de unas acciones

por haber alegado la Presidencia que existe un sumario contra el mismo por apropiación indebida de los fondos sociales;

Considerando que el artículo 59 de la Ley de Sociedades Anónimas establece la legitimación del socio para concurrir a la Junta general, que en el caso de titulares de acciones al portador viene determinada por el depósito previo de las acciones, en forma prevista en los Estatutos o en la convocatoria, con cinco días de antelación a aquél en que deba celebrarse la Junta, y sin que el mencionado precepto señale ninguna otra causa de exclusión, salvo ésta de no haber realizado el depósito;

Considerando que al no haberse basado la negativa en la anterior circunstancia, pues del documento calificado resulta que no se afirma ni se niega que la persona que pretendía asistir hubiera hecho el depósito previo, sino únicamente que en la convocatoria de la Junta se habían observado todos los requisitos legales, lo que lógicamente no incluye el depósito al ser un acto posterior, hay que concluir que el motivo alegado no es suficiente para demostrar la legitimidad del acuerdo de exclusión, y sin que pueda ser atendida la alegación hecha después por el recurrente en su escrito de interposición de que no se había realizado tal depósito por parte del excluido, ya que el recurso gubernativo, de conformidad con el artículo 54 del Reglamento del Registro Mercantil, habrá de circunscribirse a los documentos presentados en tiempo y forma y que estén relacionados con la nota del Registrador;

Esta Dirección General ha acordado confirmar en el punto recurrido el acuerdo del Registrador.

4. EL NOMBRAMIENTO DE LIQUIDADADOR SÓLO PUEDE TENER ACCESO AL REGISTRO MERCANTIL CUANDO CONSTE INSCRITO EL ACUERDO DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD.

Resoluciones de 15 de diciembre de 1978 (B. O. del E. de 30 de enero de 1979, ref. 2.728, 2.729 y 2.730).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura autorizada por el Notario de Madrid don Manuel Sainz López-Negrete, el 2 de febrero de 1977, don José Jaime Núñez Meléndez, en nombre y representación de la Sociedad «Inmobiliaria San Gumersindo, S. A.», en liquidación, confirió poder especial y sin limitación de tiempo al recurrente para que ejercitare todas y cada una de las facultades que como liquidador se le habían atribuido en la Junta general extraordinaria celebrada el 30 de diciembre de 1976, que eran las previstas en los artículos 153, 158, 160, 162, 164, 165, 166, 167, 168 y 170 y demás concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas y cuantas por demás precise para llevar a feliz término las operaciones liquidatorias que se le encomendaron; que en la escritura se dice que dicha Sociedad fue disuelta por otra escritura anterior autorizada por el mismo Notario el 27 de enero de 1977.

Presentada en el Registro la referida escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por no aparecer inscrita en este Registro Mercantil, conforme exige el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas, la escritura de disolución que se expresa en el mismo. No procede tomar anotación preventiva por no haber sido solicitada.»

Don Emilio Manrique Martín interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que la inscripción del poder otorgado a su nombre no requiere la previa inscripción de la escritura de disolución, puesto que dicho poder no se encuentra comprendido entre los documentos numerados taxativamente por el artículo 4.º del Reglamento del Registro Mercantil, que precisan para su inscripción cumplir el principio de tracto sucesivo; que de no inscribirse el referido poder no se podrían llevar a cabo los actos necesarios para este período de liquidación, puesto que el citado artículo 4.º en su párrafo 2.º considera necesaria «la previa inscripción de las facultades de los Gerentes o Administradores para inscribir los actos o contratos otorgados por los mismos»; que la escritura de poder que nos ocupa no contiene ninguna de las faltas o defectos que el artículo 44 del mismo Reglamento determina como contenido y alcance de la calificación regis-

tral, y que el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas es inaplicable al caso, ya que en la propia escritura calificada se hace constar que el acuerdo ha sido tomado con todos los requisitos que exige dicho artículo.

El Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que aunque de los términos empleados en la escritura calificada pudiera deducirse lo contrario, en el presente caso se trata no de un simple apoderamiento conferido al recurrente, sino de la elevación a instrumento público del acuerdo de su nombramiento como liquidador, para cuya inscripción en el Registro Mercantil se requiere la previa o simultánea inscripción de la disolución social de la que es consecuencia; que la nota calificadora no se basa en la infracción del principio del tracto sucesivo, lo que hace improcedente las alegaciones del recurrente, referidas a los artículos 4 y 44 del Reglamento, en cuanto al cumplimiento o no de tal principio; que la calificación se basa en la necesidad de exigir el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas y demás concordantes; que dicho artículo exige para que el acuerdo de disolución social sea válido que conste en escritura pública y que sea inscrito en el Registro Mercantil, teniendo este último requisito carácter constitutivo, y así se ha considerado siempre en la práctica jurídica y registral en base a varias razones, como la de que según la expresión «para llevar a cabo» que emplea dicho precepto, ha de entenderse que mientras no concurren todos los requisitos que exige no quedarán jurídicamente ultimados ni completos ninguno de los actos a que se refiere, y de faltar cualquiera de los requisitos el acto sería nulo, como se deduce de la expresión «bajo pena de nulidad», que afecta sin excepción a todos los requisitos; que, por otra parte, al poner el apartado 2.º del repetido precepto a continuación del requisito de quórum para el acuerdo, que «en todo caso» éste «constará» en escritura pública que se «inscribirá» en el Registro Mercantil, es porque en ningún supuesto sería válido con su simple constancia en el acta de la Junta y sin inscribir; que esta obligatoriedad de inscripción del acuerdo de disolución social se confirma por lo dispuesto en el artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil, que exige que en la hoja abierta a cada Sociedad se inscriban obligatoriamente, entre otros actos, la disolución y liquidación de la Sociedad, con lo que se trata de proteger a los acreedores y terceros interesados; que en el artículo 142 del Reglamento del Registro Mercantil se determina que en la escritura de disolución de las Sociedades anónimas se contenga el nombramiento de liquidadores, lo cual implica el deseo del legislador de que se inscriban ambos actos al mismo tiempo y no el último antes que el primero; que el artículo 155 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que el período de liquidación no se abre mientras la Sociedad no se disuelva, lo que exige su inscripción en el Registro Mercantil.

B) *Doctrina de la Dirección General.*—Vistos los artículos 84, 153, 155 y 159 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y 4, 86 y 142 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956;

Considerando que acordada la disolución de una Sociedad y designado, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley, el liquidador correspondiente, la cuestión que plantea este recurso versa sobre si puede tener acceso al Registro Mercantil el nombramiento del mencionado liqui-

dador sin necesidad de que conste inscrito el acuerdo de disolución de la referida Sociedad;

Considerando que, normalmente, el período de liquidación no se abre, según resulta del artículo 155 de la Ley, hasta que la Sociedad se encuentre en fase de disolución, por lo que resulta evidente que será condición habilitante para la actuación del liquidador designado que la disolución de la Sociedad haya reunido los requisitos establecidos en las disposiciones legales, lo que supone una previa calificación por parte del Registrador Mercantil del acto principal—disolución— con su correspondiente inscripción, para que simultáneamente o con posterioridad pueda examinarse y proceder a inscribir el nombramiento del liquidador;

Considerando que de no hacerse así, y admitirse una inscripción previa de nombramiento de liquidador, a la escritura que contenga el acuerdo de disolución podría resultar que si esta escritura adoleciera de algún defecto que impidiera su acceso al Registro se produjese el contrasentido de una publicidad registral que por ser inexacta o incompleta pudiera confundir a interesados y terceros, que confiados en los asientos registrales presumieran que la disolución de la Sociedad habría ya tenido lugar correctamente y con el cumplimiento de todos los requisitos legales;

Considerando que no se trata de un supuesto de aplicación de los contados casos que en materia de tracto sucesivo recoge el Reglamento del Registro Mercantil, principalmente en su artículo 4, sino que es —como ya se ha indicado—una consecuencia natural derivada del carácter obligatorio de la inscripción en el Registro de la disolución de una Sociedad—artículo 86 del mismo Reglamento—, que exige conste inscrito o se inscriba a la vez esta disolución, para que pueda a su vez inscribirse, que no es más que una de las consecuencias de este acuerdo, como es el nombramiento de liquidador.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el acuerdo y la nota del Registrador.

COMENTARIO —La disolución de la Sociedad equivale a la pérdida de su capacidad jurídica para el cumplimiento del fin que motivó su constitución. Así lo reconocen, entre otros, los artículos 154 y 160 L. S. A. y 227 del Código de Comercio—cese de administradores, conversión o designación de liquidadores con facultades limitadas a cobrar, pagar y realizar operaciones pendientes—. Esta situación sólo puede producir efecto respecto de terceros cuando se pueda conocer por éstos, de un modo fehaciente y adecuado, mediante el único procedimiento de su inscripción en el Registro Mercantil. Mientras ésta no se practique, la disolución de la Sociedad es irrelevante respecto de dichos terceros y, en consecuencia, no puede abrirse el período de liquidación de la misma. Así, señala URÍA (*Comentarios a la L. S. A.*, pág. 727), que cuando el artículo 154 de la Ley dice «que la sociedad disuelta deberá añadir a su nombre la frase en liquidación», sólo puede referirse a una sociedad cuya disolución esté inscrita en el Registro, ya que no es admisible que una sociedad que habiendo tomado el acuerdo de disolverse no lo haya inscrito en el Registro, aparezca sin embargo al exterior, a través de su denominación, como sociedad en liquidación. Acorde con este criterio, el artículo 84 de la Ley señala que para llevar a cabo la disolución de la sociedad se requiere bajo pena de nulidad que el acuerdo se haga constar

en escritura pública y que ésta se inscriba en el Registro Mercantil. Este precepto plantea el problema de si la inscripción de disolución tiene o no carácter constitutivo. Sin entrar en el mismo cabe señalar que, al igual de lo que ocurre en el proceso de constitución social y en el orden siempre de las relaciones externas de la sociedad, los terceros no se verán nunca afectados desfavorablemente por el acuerdo de disolución no inscrito. En suma, si al Registro Mercantil no acude la escritura de disolución, mal puede acceder el nombramiento de liquidador, para el que es preceptivo, conforme al artículo 159 y concordantes de la Ley, que previamente la sociedad se encuentre inscrita «en liquidación».

Esta previa inscripción no debe confundirse con el tracto sucesivo, pues el hecho de que el nombramiento de liquidador no pueda ser inscrito mientras no lo esté la sociedad en liquidación, no se debe a una exigencia del tracto, sino que es una consecuencia del sistema registral que exige un lógico, y en este caso legal, antecedente a la continuidad que la hoja registral debe reflejar, debida al carácter obligatorio de la inscripción en el Registro Mercantil de la disolución de la sociedad.

Finalmente, la constancia registral de la disolución es un antecedente necesario, salvo el caso de transcurso del término de duración, para que pueda procederse, en su día, a la cancelación de la hoja registral abierta a la sociedad, y para que ésta se vea privada de personalidad jurídica.

E. F. C.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JOSÉ QUESADA SEGURA y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

DOBLE VENTA. LA SENTENCIA PENAL DECLARANDO EL DELITO DE ESTAFA NO AFECTA AL PROBLEMA CIVIL DE LA PREFERENCIA ENTRE COMPRADORES, QUE DEBE RESOLVERSE POR LA JURISDICCION CIVIL. NO EXISTE COSA JUZGADA. EN EL SUPUESTO DE DOBLE VENTA NO SE PRODUCE ILICITUD DE LA CAUSA. INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA POR NO FALLAR EXPRESAMENTE SOBRE LA RECONVENCION FORMULADA (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1978).

Hechos.—Don José N. P. presentó demanda contra don Joaquín O. J. y su esposa y contra doña Encarnación O. J. y don Rafael F. M. y su esposa, suplicando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: A) Declarar que las fincas situadas en la heredad y paraje denominado Cucharro y que fueron adquiridas por el actor por compra al demandado don Joaquín O. J. la primera, y a doña Encarnación O. J. la segunda, le pertenecen por haberlas adquirido en escritura pública, rectificándose las descripciones y la superficie por otras escrituras, siendo perfectas y válidas dichas escrituras; B) Declarar que el poseedor actual de las fincas, don Rafael F. M. y esposa, también demandados, son meros poseedores de hecho, sin título legítimo, o subsidiariamente, que el título de los mismos no puede prevalecer frente al título inscrito del actor que lo fue el 24 de octubre de 1974 en el Registro de la Propiedad; C) Como consecuencia de los pronunciamientos anteriores dar lugar a la acción reivindicatoria que se ejercitaba en la demanda, condenando a don Rafael F. M. y esposa a que hagan entrega al actor de las fincas citadas, así como de los frutos que hayan percibido de las mismas, cuyos frutos se determinarán en ejecución de sentencia, conforme a los rendimientos medios y

ordinarios de las fincas; D) Condenar a los demandados don Joaquín O. J. y esposa y doña Encarnación O. J., a que entreguen los frutos correspondientes a la cosecha de 1974, que se determinarán también en ejecución de sentencia; E) Condenar a todos los demandados a estar y pasar por estos pronunciamientos.

Declarada la rebeldía de los demandados don Joaquín O. J. y esposa, el demandado don Rafael F. M. contestó a la demanda alegando excepción de cosa juzgada, puesto que por sentencia dictada por la jurisdicción penal sobre estafa se reconoce que quien adquirió el dominio fue el primer comprador, don Rafael F. M., por documento privado de fecha anterior, y que la segunda venta la realizó don Joaquín O. J. con manifiesto engaño al alegar la condición de dueño ya perdida, y por carecer el actor de la condición de tercero hipotecario al no haber obrado de buena fe, entre otras excepciones. Formula reconvencción suplicando se declare el dominio de las fincas por haberlas adquirido en documento privado de 9 de enero de 1972 y constancia en escritura pública de 16 de enero de 1974; que son nulas radicalmente, como contratos con causa ilícita, las tres escrituras alegadas por el actor, de 8 de junio, 29 de agosto y 5 de octubre de 1974, por haberse declarado en sentencia penal que el vendedor había cometido delito de estafa, aunque se absolviera al actor comprador; que los frutos pertenecen al demandado; que se cancelen las inscripciones causadas a favor del actor en el Registro de la Propiedad; y «ad cautelam», para el supuesto de que prevalezca la venta a favor del actor sobre la del demandado reconviniendo, se condene a todos los otorgantes de dicha venta a indemnizar, conforme a la reserva hecha por la sentencia penal, los mayores perjuicios, solidariamente entre otros, por sus cuotas y subsidiariamente por los de los demás.

La otra demandada doña Encarnación O. J. contestó a la demanda alegando que en nada le afectan los procedimientos relatados, pues no fue parte en ellos, y si vendió una de las fincas fue a través de poder concedido a Joaquín O. J., a quien no se le autorizó para otorgar doble venta, cesión de frutos ni actos distintos del de disponer en venta, por todo lo cual solicitaba que se la absolviera de la demanda.

Formuladas réplica y dúplica y practicada la prueba pertinente, el Juez de Primera Instancia núm. 2 de Albacete dictó sentencia desestimando la demanda y estimando la reconvencción.

Apelada por el actor la anterior sentencia y por la demandada doña Encarnación O. J., adhiriéndose a la apelación el otro demandado, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete dictó sentencia estimando el recurso y desestimando la adhesión del demandado, declarando que la propiedad pertenece al actor, siendo válidas y perfectas las escrituras en que se apoya; que el título del demandado no puede prevalecer frente al título del actor inscrito en el Registro, estimando, por todo ello, la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandado don Rafael F. M. y esposa, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara haber lugar al recurso sólo en cuanto a uno de los aspectos, el de la necesidad de resolver sobre la reconvencción formulada por el demandado, desestimando todos los demás motivos del recurso, destacando lo siguiente:

Primero.—En cuanto a la alegación de exceso o abuso de jurisdicción, se dice: «el juicio civil planteado, por afectar al problema de solución de doble venta, y a los efectos que de él sean deducibles, enmarca en el campo de la jurisdicción ordinaria a que se contrae el precitado artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 6.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que ninguna aplicación indebida se ha hecho en la sentencia recurrida de tales preceptos, sino que, por el contrario, se acomodó rigurosamente a ellos, puesto que en el proceso penal que dio origen a la sentencia dictada por la Sala Segunda de este Tribunal Supremo, por derivación de causa incoada en el Juzgado de Instrucción de La Roda con el número 71 del año 1965, lo único que se decidió fue sobre las consecuencias que en el orden penal, o sea en el estricto y rigurosamente punitivo significaba el otorgamiento, a sabiendas, por un mismo vendedor, de unas también mismas fincas, a dos diferentes compradores, en calificación jurídico penal de estafa, con el preciso y necesario examen de la cuestión prejudicial civil que ello significase en cuanto a la real existencia de los correspondientes contratos de compraventa, pero no en lo que guarda relación con el alcance, consecuencias y efectos que en el campo rigurosamente civil produzca la doble venta realizada, conforme pone de manifiesto la referida sentencia penal cuando expresamente previene, en su primer considerando (de la segunda sentencia dictada en casación), que la decisión penal lo es «sin que naturalmente pretenda esta Sala—es decir la penal—, pues ello supondría sobrepasar su ámbito jurisdiccional, resolver cuál de las dos ventas debe prevalecer—que es precisamente el objeto y finalidad de la actual controversia civil—, pues ello no incumbe a la jurisdicción penal y carece de relevancia para la existencia de la estafa prevista y sancionada en el artículo 531 del Código Penal, que si se acepta la doble venta con fingimiento de una disposición dominical ya perdida a virtud de la transmisión anterior, no cancelada en su esencia, a pesar de las oscuras escrituras públicas subsiguientes, la que según pautas exclusivamente civiles haya de predominar a efectos de real y jurídica transmisión del dominio una u otra venta, sólo repercutirá en las secuencias civiles, pero fuese uno u otro comprador el perjudicado, el delito estará plenamente cometido».

Segundo.—En cuanto a la alegación de cosa juzgada, se dice: «no sucede en el presente caso en que, entre las actuaciones determinantes de la sentencia dictada por la Sala Segunda y las que dieron origen al actual recurso, no se dan tales identidades (las de la cosa juzgada), pues aun afectando a las mismas personas en ambos intervinientes, el objeto, finalidad y 'causa petendi' de unos y otros son diferentes, en cuanto que en dicha sentencia de 2 de noviembre de 1970, derivada de causa incoada en el Juzgado de Instrucción de La Roda, lo único que se decidió fue sobre las consecuencias que en el orden estrictamente penal, o sea en el rigurosamente punitivo, significaba el otorgamiento, a sabiendas, por un mismo vendedor, de una también misma finca, a dos diferentes compradores en calificación jurídico penal de estafa, conforme se indica y razona ampliamente en el precedente considerando, conducente a que del implícito y claro reconocimiento de que el objeto y causa o razón de pedir de las invocadas actuaciones originadores de la tan repetida sentencia penal fue simplemente la configuración delictiva de una doble venta a sabiendas con ánimo de originar perjuicio a uno de los compradores, mientras que las actuaciones

de que emana el actual recurso de casación tiene su causa con independencia de tal configuración delictiva, del efecto que en el ámbito civil debe producir esa doble venta, o sea cuál de las dos compraventas en cuestión es prevalente, lo que determina falta de identidad de objeto y de causas precisas para revelar situación de cosa juzgada».

Tercero.—En cuanto a la alegación de ilicitud de la causa en la compraventa que se otorgó a favor del demandante, se lee: «en modo alguno cabe entender que vienen carentes de causa, ni que tengan causa ilícita generante de nulidad, toda vez que, de una parte, lo que la antes examinada sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo sanciona es el efecto estricto y rigurosamente punitivo del actuar de don Joaquín O. J. al vender, a sabiendas, unas mismas fincas a diferentes personas, pero sin afectación alguna a los efectos civiles que esa doble venta pudiere ocasionar; y, de otra parte, por la sencilla razón de que al venir expresamente regulada la venta de una misma cosa a diferentes compradores en el artículo 1.473, sin sancionarlo con nulidad, sino por el contrario estableciendo soluciones para determinar cuál de ellas ha de tener prevalencia según las circunstancias concurrentes, no puede apreciarse situación jurídica de ausencia de causa y de ilicitud en ésta, ni por tanto de consiguiente nulidad, en razón a que lo regulado legalmente no puede estimarse con ausencia causal, ilicitud, ni nulo, por el esencial principio que lo productor de efectos jurídicos tiene adecuada vida en el campo del Derecho».

Cuarto.—En cuanto a la alegación de que deben ser canceladas las inscripciones existentes a favor del actor, se dice: «la misma suerte desestimatoria ha de merecer el motivo octavo, que igualmente se ampara en el núm. 1.º de la tan citada Ley Rituaria civil y viene fundamentado en pretendida violación, por inaplicación, del núm. 3.º del artículo 79 de la Ley Hipotecaria, puesto que no viniendo declarada la nulidad del título en cuya virtud se hizo la inscripción, claro es que no procede la cancelación de ésta, en ortodoxa aplicación del esencial principio de derecho de que no dándose la causa no pueden producirse los efectos».

Quinto.—Respecto a la alegación de incongruencia de la sentencia por no hacerse pronunciamiento alguno sobre la reconversión formulada por el demandado, sobre todo en lo referente al supuesto «ad cautelam» antes expuesto, se dice: «como tiene declarado este Tribunal en sentencia de 25 de junio de 1883 y 13 de junio de 1947, cuando el demandado formula reconversión debe fallarse expresamente sobre ella».

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima la demanda, y respecto a la reconversión, la desestima, porque al estimarse la demanda, la manifestación positiva destruye su aspecto negativo, y en cuanto al pedimento quinto de la reconversión, se desestima porque la cuestión no afecta sólo al demandante reconvenido, sino a los otros codemandados, con lo que se produce defecto de litisconsorcio pasivo necesario.

II. DERECHOS REALES

NATURALEZA DE UN CAMINO EXISTENTE ENTRE DOS FINCAS. NO SE DESVIRTUA LA PRUEBA DE QUE FORMA PARTE DE UNA DE ELLAS, POR LO CUAL NO ES DE DOMINIO Y USO PUBLICO, SINO DE PROPIEDAD PRIVADA. EL RECURSO DE CASACION ES EXTRAORDINARIO Y NO UNA TERCERA INSTANCIA, NO PUDIENDOSE TRATAR EN EL TODOS ESOS EXTREMOS YA PROBADOS (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1978).

Hechos.—Doña María del Carmen G. Roca, doña María Teresa C. García y don Juan José C. García formulan demanda contra los cónyuges don José Luis S. Viador y doña María del Carmen S. Vázquez, alegando que éstos habían abierto una puerta en la casa de su propiedad para acceso desde la carretera Madrid-Vigo a través de un camino de pertenencia de los actores, por formar parte de la finca colindante de éstos, y en consecuencia, suplican se dicte sentencia declarando la propiedad a favor de la comunidad que forman los actores sobre la finca descrita, así como que los demandados no tienen derecho alguno sobre dicha finca ni paso sobre porción alguna de ella, debiendo cerrar totalmente la puerta que han abierto en la pared izquierda entrando de su casa colindante.

La parte demandada se opone, alegando que el camino existente es bien de dominio y uso público y por ello imprescriptible.

El Juez de Primera Instancia núm. 2 de Lugo dictó sentencia estimando la demanda, siendo confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandados, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso, destacando lo siguiente:

«Considerando: Que el tema discutido durante todo el pleito y hoy en el recurso se concreta a dos puntos: 1.º) Si el terreno o parcela en cuestión es o no un bien de dominio público, y 2.º) Si en el caso de la solución negativa, dicho terreno de propiedad privada ha de considerarse como perteneciente al patrimonio del actor y a virtud de qué título; resolviendo, ambas instancias, en este último sentido; declarando la propiedad de la actora por título de prescripción extraordinaria, pronunciamiento contra el que se alza el recurso.»

«Considerando: Que en el motivo primero, y al amparo del núm. 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se combaten los hechos fijados por la instancia, alegándose la equivocación del Juzgador, cuyas afirmaciones están contradichas según el recurrente por el contenido de documentos auténticos unidos al pleito, y, como tales, se citan: 1.º) Tres escrituras públicas: la de 24 de octubre de 1952, la de 20 de julio de 1967 y la de 22 de octubre de 1952, de cuyas escrituras, las dos primeras mencionan como uno de los límites de la finca número 307 de la Avenida de Madrid en la ciudad de Lugo que es de la propiedad de los demandados,

recurrentes, 'un camino existente', y en la tercera, referente a otra finca próxima a la anterior, menciona como uno de sus límites 'la corredeira', lo que indica la indudable existencia *de un camino* al que los recurrentes dan el carácter de 'público'. 2.º) Las certificaciones expedidas por el Ayuntamiento de Lugo, de 15 de junio de 1974, que dice que en el Ayuntamiento y en lo referente al terreno de autos, no figura inscrito ningún 'camino público', y otra de 7 de mayo de 1976, en la que se repite lo anterior, a la que se une un informe de un perito donde se afirma que no hay catálogo de bienes públicos, pero que está en estudio su confección. 3.º) Plano del punto kilométrico 309, hectómetro tres de la carretera nacional de Madrid a La Coruña, que, autorizado el 30 de abril por el Ingeniero Jefe de Carreteras de Lugo, folios 182 y 183, y en él se ve un camino que, partiendo de la carretera, discurre entre las dos casas 305 y 307, propiedad respectivamente de cada uno de los litigantes.»

«Considerando: Que el recurso autorizado por el párrafo séptimo del artículo 1.92 de la Ley de Enjuiciamiento Civil autoriza exclusivamente para poner de relieve, en el caso de que exista, un 'manifiesto error del Juzgador' que se evidencia por la existencia de una contradicción clara e indudable entre las afirmaciones fácticas que aquél haga y las que consten en un documento, unido a los autos, que reúna caracteres de autenticidad; y ha sido la jurisprudencia de esta Sala la que ha precisado, para que tan trascendente efecto pueda producirse, determinados condicionamientos en garantía del respeto a los hechos probados que dé la instancia, cuales son: *a)* que el documento reúna claramente la condición de auténtico; *b)* que contradiga de una manera *clara e indudable*, no por deducciones, las afirmaciones fácticas de la sentencia recurrida, y *c)* que no haya sido estudiado, interpretado y ponderado, por el Juzgador de instancia, porque si lo hubiera sido, lo que se pretendería con la interposición del motivo sería sustituir el criterio interpretativo del Juzgador por el de la parte; y, en virtud de lo expuesto, es evidente que no puede prosperar este primer motivo del recurso, de una parte, porque todos los documentos invocados han sido examinados por la Audiencia en los considerandos de su sentencia, ponderando, con evidente buen criterio, el contenido eficaz de cada uno con relación a la cuestión debatida, y, de otra parte, porque ninguno de dichos documentos encierra una contradicción flagrante con los hechos que dio la instancia; en efecto: *a)* las tres escrituras públicas dan como límite de determinadas fincas por uno de sus vientos, un 'camino existente' o 'corredeira' y no hay contradicción con lo que dice la sentencia; pues en ella se habla de un 'camino privado' que conducía a los clientes al molino de los actores a través de terrenos pertenecientes a éstos, que no conduce a ningún otro pueblo ni caserío y que, al desaparecer el molino de golpe y ser sustituido por una fábrica moderna, quedó sin utilizar, y que si hoy subsisten algunos vestigios de rutas entre la carretera general y los edificios propiedad de los actores, fábrica, cuadras, viviendas, etc., discurren todos dentro de terrenos de su propiedad que llegan hasta la carretera; *b)* las certificaciones del Ayuntamiento invocadas son puramente negativas, o sea, negativas de la existencia de un 'camino público' en aquel paraje, y por tanto mal puede deducirse de ellas una contradicción con la sentencia que es precisamente eso lo que afirma, y *c)* en el plano unido a los folios 182 y 183 de los autos se señalizan, en efecto, dos caminos, pero por fuera del terreno

discutido, que no son atravesados por indicación viaria de ninguna clase dentro de su perímetro, que por el contrario es enmarcado por ellos, desde su arranque en la carretera general hasta el límite que queda indefinido cuando traspasan a las dos fincas en litigio.»

COSA JUZGADA: OBLIGA AL JUZGADOR SIN NECESIDAD DE ALEGAR LA EXCEPCION. IDENTIDAD DE CAUSA DE PEDIR AUNQUE LA DENOMINACION DE LAS ACCIONES SEA DISTINTA. IDENTIDAD DE PARTES POR TRATARSE DE CAUSA HABIENTES (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1978).

Hechos.—Don José C. Riveiro, accionando en beneficio de la comunidad que invoca, formula demanda de mayor cuantía contra doña Mercedes R. Castro y otros, sobre derecho de propiedad y comunidad, suplicando se dicte sentencia por la que se declare que lo que viene denominándose «callejón», existente entre dos casas, es accesorio del fundo de la parte actora, y subsidiariamente, que, cuando menos, el destino y fin del callejón ha sido, es y prosiga siendo el de acceso de entrada y salida permanente para servicio de la finca de los accionantes.

Los demandados se oponen alegando que ante el Juzgado Municipal de Santiago se había seguido juicio verbal entre la ahora demandada doña Mercedes R. Castro y los hermanos Leiva y Basteiro como demandados concluyendo por sentencia firme en la que se declaró que la finca de la entonces actora no debe servidumbre de paso en favor del terreno anejo de la casa colindante, resolución judicial que tiene fuerza de cosa juzgada para los Leiva y Basteiro.

El Juez de Primera Instancia de Santiago núm. 1 dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue revocada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, que estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, declarando que el terreno litigioso es propiedad de los demandados en condominio con los demandantes, con la finalidad de utilización de los accesos a los fundos de unos y otros a los que conduce.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara haber lugar al recurso, en la primera sentencia, por lo siguiente:

«Considerando: Que el motivo segundo del presente recurso, único que resultó admitido en el previo trámite de admisión, formulado por el cauce del núm. 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, se alega que la sentencia recurrida es contraria al principio de cosa juzgada, infringiendo el precepto contenido en el artículo 1.252 del Código Civil, en relación con los 542 y 544 de la Ley procesal, basándose la denuncia en el hecho de que lo decidido en el pleito de que trae causa el recurso, había sido ya resuelto por sentencia firme y ejecutoria del Juzgado Municipal de Santiago de Compostela de 12 de marzo de 1973, que puso fin a un juicio verbal civil (que tiene el número 183/72) iniciado por quien en el segundo fue demandada y ahora recurrente, donde se decidió que el terreno discutido era de la exclusiva propiedad de ésta, sin estar gravado con servidumbre alguna en favor de la casa núm. 12 del Campo

de San Clemente de la indicada ciudad de Santiago (en la Parroquia de Santa Susana) y existiendo sólo un derecho de paso por el terreno para el cultivo y extracción de cosechas de la finca; no obstante lo cual, la sentencia que se recurre, revocando totalmente la dictada en primer grado, resolvió que 'el terreno litigioso es propiedad de los demandados, en condominio con los demandantes con la finalidad de utilizar los accesos a los fundos de unos y otros', resolución que, con independencia del juicio que pueda merecer a este Tribunal respecto de ese condominio que parece ser sólo para la finalidad que indica, así como por lo que atañe a la congruencia o no con lo que efectivamente fue pedido por la parte actora (ahora recurrida), es evidente que no respeta lo que anteriormente había sido decidido en cuanto a la propiedad del terreno y a los posibles gravámenes que sobre él pudieran existir; criterio que el Tribunal *a quo* intenta justificar el primero de los considerandos de la sentencia, diciendo que para que la cosa juzgada pueda ser estimada 'deberá deducirse con carácter excepcional, bien perentorio, bien dilatorio, pero siempre bajo una u otra forma, dependiendo de la alegación de parte por cuanto, si ésta, por los motivos que sean, no invoca la excepción a su favor, el Juzgador en manera alguna puede estimar lo que no fue alegado, toda vez que el principio de rogación . se lo impide'».

«Considerando: Que siendo cierto cuanto queda transcrito en relación con el principio rogado de la jurisdicción civil, vigente en nuestro sistema, como también lo es la precisión de las citas jurisprudenciales que genéricamente lo respaldan, no es menos cierto, sin embargo, que en concreto y por lo que respecta al punto de la cosa juzgada, que es del que aquí se trata, la doctrina de este Tribunal Supremo lo ha interpretado de manera distinta, según resulta de las sentencias que, entre otras varias, pueden mencionarse: ya la de 27 de octubre de 1944 declaró que 'si bien la cosa juzgada en su efecto negativo, o sea para impedir un nuevo fallo sobre lo ya juzgado, tiene necesariamente que alegarse, por vía de excepción, en cambio para que sólo surta el efecto de obligar al Juzgador a reconocer su existencia en todas las resoluciones que adopte en demandas que presupongan lo juzgado, no tiene que ser excepcionada...'; la de 3 de febrero de 1961 siguió esta línea, diciendo que '...al existir cosa juzgada, *sin ser articulada como* excepción no obstante su realidad, los órganos jurisdiccionales no pueden desconocerla en absoluto como algo fuera de la realidad procesal, sino que deben resolver los problemas planteados en el segundo litigio, *exactamente igual que ya fueron decididos en el primero*, respetando sus declaraciones...'; y la de 17 de diciembre de 1977 añadió que si bien 'el instituto de la cosa juzgada no puede estimarse de oficio por los Tribunales, debiendo ser propuesta en forma de excepción...', es asimismo exacto que tal orientación alcanza exclusivamente a la alegación de su existencia . pero no a la apreciación de la sentencia que la origina que incumbe al órgano jurisdiccional..'; doctrina que debe ser mantenida y en consonancia con ella es de observar que en este caso, efectivamente, al contestar a la demanda inicial del procedimiento, no se articuló en forma técnica, procesalmente hablando, la referida excepción, pero resultó evidente su realidad, pues el alegato de su constancia domina por completo el escrito de contestación, hablándose de la 'fuerza y eficacia de cosa juzgada' de la resolución judicial anterior, para los Leiva y Basteiro que traen causa del demandante, refiriéndose expresamente a dicho

'litigio anterior', del que acompañaron los pertinentes testimonios (el de la sentencia figura a los folios 206 y siguientes de los autos) e incluso remitiéndose, a efectos probatorios, al Archivo del Juzgado Municipal; lo que sin duda es bastante a los fines antes indicados de que el Juzgador del segundo pleito tenga conocimiento fehaciente de lo que, sobre lo mismo, fue resuelto con anterioridad, que, en términos de estricta lógica procesal, debe impedir el pronunciamiento de una resolución que lo contradiga, porque iría en contra de los más elementales principios de la seguridad jurídica.»

«Considerando: Que aparte de este argumento, que, como se ha visto, carece de consistencia, la sentencia recurrida, en el propio considerando primero y aunque sólo sea de pasada, utiliza otro de orden sustantivo, referente a la bondad intrínseca del alegato de cosa juzgada que estima no es de apreciar, porque si bien admite que existe la concurrencia de objeto (cosas), lo niega, en cambio, por lo que se refiere a las partes (personas) y a las acciones (causas), que tendrían que mediar también, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1.252 del Código Civil; apreciación que no se corresponde con la realidad: en primer lugar, en cuanto a la causa, que es el término que emplea el legislador frente al de 'acciones' utilizado por la sentencia recurrida, sin tener en cuenta la doctrina jurisprudencial constante y reiterada de este Tribunal Supremo, en el sentido de que 'causa equivale a fundamento o razón de pedir, siendo la acción *mera modalidad procesal* que es necesario ejercitar para que aquélla tenga efectividad en juicio' hasta el punto de 'que si son idénticas las cosas y las causas, no obsta a la eficacia de la cosa juzgada el que a la acción se le dé distinto nombre', como se dijo, entre otras muchas, en las sentencias de 5 de julio de 1944, 19 de febrero de 1962, 30 de octubre de 1965, 9 de marzo de 1968, 18 de abril de 1963, 23 de enero de 1975 y 30 de diciembre de 1976; y en relación con la causa de pedir, aparece que en el pleito anterior se solicitó por la entonces demandante (ahora recurrente) la declaración de que no debía servidumbre alguna la finca de su propiedad que describía y que el único paso por la misma lo era sólo para el cultivo y extracción de cosechas, que fue justo lo concedido por la sentencia que recayó; y en el segundo litigio, lo que se insta, con carácter alternativo y confuso, es la declaración de que dicha finca es un accesorio del fundo del demandante, o que pertenece en copropiedad a éste junto con la familia Leiva y la también demandada Puente Fernández o que es propiedad exclusiva de esta última, pero fundamentalmente y *en todo caso* que el acceso de entrada y salida es permanente para el servicio de la finca de los accionantes; es decir, en ambos casos lo que se discute es lo mismo, que no es sino la titularidad dominical del terreno y sobre todo la existencia o no de una servidumbre, que es precisamente lo que se resuelve con las dos resoluciones judiciales.»

«Considerando: Que en segundo término y por lo que respecta a personas, debe decirse otro tanto, pues la demanda del pleito anterior se interpuso contra la familia Leiva y don Manuel Basteiro por la que fue demandada en el segundo (hoy recurrente), siéndolo junto con aquéllos (Leiva y Basteiro) y otros; figurando ahora como demandantes los señores Cantelar que no aparecen en el primero, pero que son de quienes *traen causa* los allí demandados (Leiva y Basteiro) que lo vuelven a ser en el segundo, en cuya condición de *causantes* deben considerarse incluidos

en el supuesto del último párrafo del artículo 1.252 del Código, no sólo por ser su relación, desde la otra vertiente, la misma que sirve para justificar la de los *causahabientes* a que el precepto se refiere, sino también por el carácter indivisible de la prestación que se reclama, que a la inversa fue lo que antes se había reclamado y que no es otra cosa sino la servidumbre que permita el acceso permanente, según confirma la propia sentencia recurrida, al decidir—como ya se vio con anterioridad—que el terreno en cuestión pertenece en copropiedad a los demandantes y demandados, *para utilizar los accesos de unos y otros*; y sin que a todo ello pueda ser obstáculo el hecho de que algunos de los intervinientes hayan tenido distinta posición procesal en una y otra litis, pues, como dijo la sentencia de 14 de junio de 1945 (que se hace eco de la doctrina de la Sala), ello es intrascendente a los efectos de la extensión subjetiva de la cosa juzgada.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

TERCERIA DE DOMINIO INTERPUESTA POR MUJER CASADA SEPARADA DE HECHO ANTE EL EMBARGO DE BIENES QUE ELLA ALEGA ADQUIRIO EN REGIMEN DE SEPARACION PACTADO EN CAPITULACIONES MATRIMONIALES. DEUDA COMUN ANTERIOR A LA ESCRITURA DE CAPITULACIONES Y EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD CONYUGAL. REGIMEN FORAL ARAGONES DE COMUNIDAD MATRIMONIAL (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1978).

Hechos.—Doña Rosa S. Rubio promueve demanda de tercería de dominio contra «Antonio R. P. S. A.» y contra su esposo don Octavio R. Sartro, ejecutante y ejecutado respectivamente en el procedimiento ejecutivo, alegando que estaba en situación de separación de hecho y que había otorgado escritura de capítulos matrimoniales el 2 de agosto de 1974, y que, como la actuación comercial y privada de su marido podía perjudicarle, había instado demanda de separación matrimonial ante la Curia, constando tales capítulos en el Registro Civil; que en el juicio ejecutivo se embargaron en su totalidad veintidós bienes de la exclusiva pertenencia de la tercerista, de los que los veintiuno primeros son instalaciones y mercancías del establecimiento comercial de la actora y el derecho de traspaso del mismo, bienes que nada tienen que ver con su esposo, según documentos justificativos de su instalación y posesión posterior a las capitulaciones matrimoniales; y que el número veintidós de los bienes embargados consiste en el derecho sobre dos pisos que adquirió exclusivamente la tercerista, acreditándolo a través del correspondiente contrato. Por todo ello, suplica se dicte sentencia declarando que los bienes embargados le pertenecen exclusivamente a ella, procediendo cancelar los embargos.

El demandado don Octavio R. Sartro fue declarado en rebeldía y la entidad demandada «Antonio R. P. S. A.» contestó oponiéndose, porque los bienes no fueron en realidad adquiridos con posterioridad a las capitulaciones matrimoniales, habiendo firmado la actora el pedido y el recibí de la mercancía que ocasionó la deuda cuyo impago motiva el embargo, siendo dicha deuda anterior al otorgamiento de tales capítulos.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza dictó sentencia estimando en parte la demanda de tercería de dominio, declarando que los bienes descritos del 1 al 20 inclusive son de propiedad de la actora.

Interpuesto recurso de apelación por la tercerista, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña lo desestima confirmando la sentencia del Juzgado.

La actora interpone recurso de casación por inaplicación del artículo 1.253 del Código Civil, por haber presumido el Juzgador que la intervención del esposo en el negocio inicialmente común redundaba en beneficio de la comunidad conyugal, cuando estaban separados de hecho y en trámites de separación matrimonial; por aplicación indebida del artículo 41 de la Compilación de Aragón en relación con el núm. 4 del artículo 42 de la misma; y por inaplicación del núm. 2 del artículo 56 de dicha Compilación, dado que las deudas, al no estar vencidas, no podían incluirse en la liquidación de la sociedad conyugal, diciendo al final que ello supone aplicación indebida del precepto.

Doctrina de la sentencia—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando: Que el fundamento de las dos sentencias de instancia (coincidentes en un todo), para desestimar en lo principal la pretensión de tercería ejercitada por la hoy recurrente en el juicio ejecutivo seguido contra su marido (que figura como recurrido junto con la Compañía mercantil ejecutante) como consecuencia del impago de unas letras de cambio, no es otro sino el reconocimiento hecho por ambos cónyuges de que hicieron el pedido de los géneros a que responden las cambiales insatisfechas, recibidas a plena conformidad a últimos de julio o primero de agosto de 1974, que el negocio comercial era del matrimonio regentado por el marido, que pagaba incluso las rentas del arrendamiento de un local (embargado en cuanto al derecho de traspaso), y que los pisos, también embargados, fueron adquiridos en 29 de agosto de 1972 y 28 de mayo de 1974, poniéndose a nombre de la mujer el 12 de agosto de este año; lo que permite afirmar a los Juzgadores, que la deuda se contrajo con anterioridad al 2 de agosto también de 1974, fecha en que se otorgó la escritura de capitulaciones matrimoniales con régimen de separación de bienes, teniendo hasta entonces los bienes discutidos el carácter de comunes que tienen que responder de las deudas contraídas durante su vigencia, por imperativo de lo dispuesto en los artículos 41-5.º y 42-1.º de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, de aplicar al caso, habida cuenta que ambos cónyuges son aragoneses; datos de hecho los mencionados, en relación con las distintas fechas que entran en juego, que, sin duda alguna, son también elementos fácticos, que no han sido impugnados en casación por la única vía adecuada del núm. 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, sin lo cual es inoperante la denuncia formulada en el motivo primero del recurso, alegando que se violó por inaplicación el 1.253 del Código Civil relativo a las presunciones, no sólo porque, en verdad, la sentencia recurrida no utiliza para nada este medio de prueba (lo que excluye la necesidad de aplicar el precepto), sino también porque las reglas del criterio humano que dicho artículo dice que deben respetarse para establecer el enlace preciso y directo del hecho demostrado, no son normas positivas legislativamente fijadas, que puedan considerarse

‘Infringidas; y las consecuencias—que no deducciones en sentido técnico—que el Juzgador obtenga de determinados hechos inatacados, no son susceptibles de impugnación con el simple alegato de conjeturas o deducciones que interesadamente exponga la parte recurrente, en conexión con datos como la situación de separación personal del matrimonio, que son totalmente intrascendentes respecto de las relaciones comerciales habidas; todo lo cual obliga a la desestimación del motivo examinado.»

«Considerando: Que igualmente desestimables son los otros dos motivos del recurso que se formularon ambos por el cauce del núm. 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, alegando infracción, respectivamente, de los artículos 41-5.º, 42-1.º y 56-2.º de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, pues están haciendo supuesto de la cuestión al sostener, en contra del resultado probatorio antes referido, que los bienes sobre los que versó la tercera no tenían el carácter de comunes, ni estaban afectos a las deudas contraídas por el marido en nombre de la relación comercial que intitulaba el matrimonio; aparte de que ambos inciden en el defecto formal de incumplir la exigencia de claridad y precisión del párrafo primero del artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento, en la constante interpretación de la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, al concretar la denuncia como de ‘violación por aplicación indebida’, pues si bien en el encabezamiento del motivo tercero se habla de ‘violación por inaplicación indebida’, luego en su desarrollo y en el párrafo final con el que éste se resume, se especifica como de aquel indicado y procesalmente incorrecto concepto; con lo que se incurre en la causa de inadmisión cuarta del artículo 1.729 de la misma Ley adjetiva, que en el presente trámite lo es de la anunciada desestimación.»

APROVECHAMIENTO DE AGUAS PUBLICAS POR PRESCRIPCION. COMUNIDAD DE REGANTES EN FORMACION. PREFERENCIA DE DERECHOS DE RIEGO ENTRE COMUNIDADES. EL PROBLEMA DE LA PERTENENCIA A LA COMUNIDAD. NULIDAD DE ACTA DE NOTORIEDAD DEL ARTICULO 70 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1978).

Hechos.—Don Cristóbal M. Morillos y trece más, vecinos de Bedmar salvo uno de ellos, de Ubeda, interponen demanda contra la Comunidad de Regantes del Caz de Vado-Rodrigo, de Jimena-Bedmar y García, sobre declaración de aprovechamiento de aguas, alegando que vienen aprovechando las aguas para riego de sus fincas desde tiempo inmemorial, constando la inscripción de una concesión administrativa en el Registro General de Aprovechamientos de Aguas Públicas, a favor del causante de los actores y sucesivos adquirentes, siendo concedido el aprovechamiento únicamente a los vecinos de Bedmar; que los propietarios de algunas fincas del pueblo de Jimena, en fecha bastante reciente, venían utilizando aguas sobrantes, pero sin incorporarse a la comunidad de regantes existente; que en esta situación, don Rafael T. González, titulándose Presidente provisional de la Comunidad de regantes en formación del Caz de Vado Rodrigo de Jimena, instó acta de notoriedad en 1969 a los efectos del artículo 70 del Reglamento Hipotecario, para acreditar la prescripción

del aprovechamiento, habiéndose opuesto a ello algunos señores en representación de los vecinos de Bedmar, a pesar de lo cual se declararon en el acta acreditados los hechos, y así los regantes de Jimena crearon una comunidad en la que incluían, en contra de su voluntad, a los regantes de Bedmar, tratándose de beneficiar de los derechos inmemoriales de la comunidad de regantes de Bedmar. Suplican se dicte sentencia por la que se declare que los actores han prescrito a su favor el dominio de las aguas públicas derivadas del Caz de Vado Rodrigo; que los regantes del pueblo de Jimena y García no han prescrito a su favor el dominio de dichas aguas públicas; que los actores tienen un derecho preferente de riego; y que se declare la ineficacia del acta de notoriedad tramitada.

Los demandados contestan alegando la prescripción a su favor del aprovechamiento y que el acta de notoriedad se tramitó cumpliendo los requisitos del artículo 70 del Reglamento Hipotecario, no habiéndose acreditado por los que se opusieron al acta la representación en que actuaban, por lo que el Notario declaró acreditada la notoriedad pretendida sin tener en cuenta la oposición planteada. Formulan reconvencción para que se declare la validez y firmeza del acta de notoriedad.

El Juez de Primera Instancia núm. 2 de Granada dictó sentencia desestimando la demanda y estimando la reconvencción, pero la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada la revocó, estimando la demanda y desestimando la reconvencción.

Doctrina de la sentencia—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez Canseco de la Puerta, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los actores:

«Considerando: Que de los ocho motivos de que constaba el recurso, solamente han superado la fase de admisión los motivos primero y octavo, y el primero de ellos, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, denuncia la inaplicación del artículo 1.214 del Código civil, en cuya infracción entiende la recurrente que incurre la sentencia impugnada, cuando en su primer considerando, aun declarando que la parte actora no ha probado la existencia de una comunidad legalmente constituida, ni que subsista la misma, estima ello no obstante, que pueden los actores pedir lo que pedían conforme al artículo 392 del Código civil, motivo que es desestimable, porque, al argumentar de ese modo, olvida la recurrente que la sentencia combatida establece también, como premisa de carácter fáctico, la subsistencia de dicha comunidad aunque sea como una comunidad de regantes de hecho, y es llano que el tema referente a si quienes pertenecen a esa comunidad de hecho pueden o no actuar, no solamente por sí y en su propio nombre y derecho, sino también en nombre de la comunidad de la que forman parte, es una cuestión de fondo, extraña por completo al precepto legal que se cita como infringido, el cual se limita a regular el problema del 'onus probandi'.»

«Considerando: Que el mismo pronunciamiento desestimatorio procede respecto al octavo motivo, que, por la vía del núm. 7.º del indicado artículo 1.692, alega error de hecho en la apreciación de la prueba, por cuanto que no se determina en qué se hace consistir tal error, esto es, cuál es la afirmación o negación de hecho de la sentencia recurrida que resulta contradicha por los documentos que se invoquen, documentos que, por otra parte, se han de citar concretamente, sin que baste su cita general e indiscriminada, cual aquí acontece, al invocar como documentos autén-

ticos 'los que se presentaron con nuestro escrito de contestación a la demanda y de las dos certificaciones traídas a los autos a petición de esta parte, en el período de prueba'.»

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

EL TRANSCURSO DEL TIEMPO PRODUCE DUDA EN CUANTO A LA REALIDAD DE UN PRETENDIDO DERECHO (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Aunque el transcurso del tiempo, en tanto no genere prescripción extintiva de los derechos, no impide la persistencia de éstos para reclamarlos, sí produce duda en cuanto a la realidad del pretendido cuando éste no se evidencia con plena seguridad.

Constituyendo la donación un acto de liberalidad, no basta en materia de donación verbal afectante a bienes inmuebles, la simple promesa de disponer a favor de otra persona, pues siendo la mera voluntad ambulatoria la determinante de la naturaleza de estos actos, es indispensable para su reconocimiento la acción o realización efectiva y real del acto del donante, es decir, la entrega simultánea de la cosa donada, reveladora de aceptación con la sola circunstancia de recepción por el donatario.

El principio «pacta sunt servanda» precisa la clara e indubitada justificación de un convenio válido y perfecto, con la consiguiente manifestación de voluntad al respecto de todos los que por él se indiquen afectados.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: ES INDISPENSABLE QUE LA CONDUCTA LESIVA OFREZCA LA NOTA DE ANTIJURIDICIDAD (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Aun sin desconocer la evolución de la doctrina científica y de la jurisprudencia en materia de responsabilidad por daños causados sin existencia de vínculo contractual, con superación del sistema subjetivista por la vía de la inversión de la carga probatoria —acudiendo a la simple verosimilitud o probabilidad de culpa—, de la elevación del nivel de diligencia exigible o bien poniendo a cargo del autor material del daño la obligación de repararlo, atendida la índole peligrosa de la actividad desarrollada y los provechos obtenidos con la misma, según el apotegma *ubi emolumentum ibi onus*, en todo caso será indispensable que la conducta lesiva ofrezca la nota de antijudiricidad por haber transgredido el agente las reglas de conducta, faltando al cuidado y diligencia exigibles, por lo cual si el sujeto ha guardado la precaución impuesta en el tráfico, siempre superior a la meramente reglamentaria, es claro que no debe resarcimiento alguno, por lo mismo que ha procedido con la cautela apropiada a la tarea o acción ejecutada atendidas las circunstancias espaciales y temporales.

EL PRINCIPIO «RES PERIT EMPTORE» NO ES APLICABLE A LA ALTERACION DE VALOR DE LA COSA VENDIDA (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—No procede acoger el motivo tercero, en pretendida violación del artículo 1.452 del Código Civil, toda vez que si este precepto, inspirado en el criterio romano, acoge el principio «res perit emptore» como regla general en la compraventa, según ya tiene reconocido esta Sala en sentencia de 6 de octubre de 1965, atribuyendo en consecuencia al comprador el «periculum» y el «commodum» de la cosa comprada desde el momento de la perfección del contrato, es para el supuesto que estando perfeccionado el contrato de compraventa, la cosa vendida no haya sido entregada y se pierda, destruya o deteriore por caso fortuito, que no es el supuesto ahora examinado, pero no para el caso contemplado de pretendida alteración en el valor asignado contractualmente a la cosa vendida, a entregar y no perdida, destruida ni deteriorada, y que como ha tenido ocasión de poner de manifiesto esta Sala en sentencia de 9 de junio de 1949, no es el supuesto que considera el aludido artículo 1452, al no poder equipararse tal aspecto de pérdida, destrucción o deterioro de la cosa por caso fortuito con el de disminución del precio.

En todo negocio jurídico lo esencial a tener en cuenta en orden a sus efectos es conocer la voluntad de los en él intervinientes, con el fin de autenticar cuál fuere la inspiración y propósito a que responde, como para decidir sus consecuencias en derecho, función de la llamada interpretación, que lo mismo puede versar sobre el texto o convenciones escritas o verbales, en que la voluntad se hubiese exteriorizado, que respecto del comportamiento contractual, y más en cuanto afecta al fin económico, que tiene tan constante aplicación y trascendencia en la esfera del derecho privado y que frecuentemente ilumina con patente luz la conducta de las personas en sus relaciones de índole jurídica.

La exigencia jurídica del comportamiento coherente está vinculada de manera estrecha a la buena fe y a la protección de la confianza; la lógica y por derivación el derecho, impone que cuando vienen incrementados los costos por causa ajena a la voluntad del vendedor, deba ser alterada aquella base del precio, con cargo al comprador.

LA ILICITUD DE LA CAUSA A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 1.257 DEL CODIGO CIVIL UNICAMENTE OCASIONARA LA NULIDAD DEL NEGOCIO SI ESTE PERSIGUE UN FIN ILICITO O INMORAL (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1979).

Hechos.—Es un caso muy similar a otros ya debatidos ante el Supremo: El Banco de Crédito Industrial reclama a la Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución el importe de un préstamo de 400 millones de pesetas que aquél le hizo a la entidad «Matesa», y cuyo reembolso fue asegurado por la demandada. Prosperó la acción.

Doctrina de la sentencia.—El contrato de préstamo ha tenido incuestionable existencia, con desplazamiento patrimonial evidente en favor de la entidad prestataria, realidad que no se desvanece por el hecho de que

hayan sido empleados ardides captatorios de la voluntad del Banco prestatista, mediante añagazas por parte de algunos de los componentes de la mutuataria, pues aun operando en el ámbito de la causa concreta del negocio ha de ser separado el móvil meramente individual y oculto que abriguen cualquiera de los otorgantes, del móvil integrado en la causa o incorporado al contrato, ya que por mucho que se acentúe el criterio subjetivista sobre la materia, siempre será menester para causalizarla, que la finalidad de que se trate haya sido perseguida por ambas partes, plasmada en el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo.

La ilicitud de la causa a que se refiere el artículo 1.275 del Código Civil, con expresivos precedentes en el derecho histórico («todo pleyto que es fecho contra nuestra ley o contra las buenas costumbres, que non deve ser guardado», dijo la ley 28 *in fine*, título XI, Partida Quinta), se asienta en una finalidad negocial contraria a la ley o a la moral y común a todas las partes para dar significado al contrato, por lo que resultan irrelevantes los descos y expectativas que impulsan a sólo una de ellas, de donde se sigue que la nulidad radical ordenada por dicho precepto únicamente se ocasionará si el negocio persigue un fin ilícito o inmoral; y dicho está que el artero proceder reprochable a los condenados socios de la prestataria no vicia la actuación contractual del Banco acreedor. La condena penal impuesta a personas pertenecientes a la compañía prestataria afectó al contrato de préstamo realizado entre dicha entidad y el Banco asegurado, pero nada tiene que ver a los fines de la causa con la típica y propia del contrato de seguro, que es el que de ahora se trata aunque aquél le sirva de obligado precedente.

Sin desconocer la censurable conducta de los dirigentes de la prestataria, objeto de sanción en el proceso penal, el dolo en el campo civil, y por tanto el dolo «in contrahendo» o causante, no opera *ipso iure*, como causa que es de mera anulabilidad o nulidad relativa, sino que precisa el ejercicio de la acción de nulidad exclusivamente atribuida a la parte que ha sido víctima del acto viciado y de utilización prohibida a quienes emplearon el dolo.

Si bien la caracterización del seguro como negocio de buena fe (*uberrimae fidei contractus*) descansa en la lealtad de los intervinientes, es obligado descartar la actuación desleal y hasta punible de quien ha sido sujeto en negocio jurídico distinto aunque relacionado con aquél.

CORRESPONDE AL NUDO PROPIETARIO Y NO AL USUFRUCTUARIO EL DERECHO DE EJERCITAR EL RETRACTO DE COMUNEROS (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—La cuestión que plantea el recurso lo es si la acción para ejercitar el retracto de comuneros, al vender su participación en el proindiviso de una finca uno de los copropietarios, corresponde a quien ostente la nuda propiedad de otra parte de ese proindiviso, tal como entiende la recurrida sentencia, o por el contrario es facultad de quien es usufructuario, cual afirma el recurrente.

Es de tener en cuenta que si conforme el artículo 469 del Código Civil, pueden ser objeto de usufructo tanto las cosas como los derechos, cuando

a éstos en general afecta, es claro se refiere a aquellos que están en el patrimonio del propietario, que no sean personalísimos e intransmisibles, pero en forma alguna ha de entenderse lo son en relación a derechos que en caso de usufructo corresponden al nudo propietario; y como éste sigue siendo dueño de la cosa con los derechos inherentes a tal cualidad, aunque, claro es, con la limitación de respetar el uso y disfrute por parte del usufructuario, de aquí que le corresponda la acción de retracto de comuneros.

LA CONDICION DEFINIDORA DEL SINDICATO ES LA DEFENSA DE LOS INTERESES PROFESIONALES DE LOS ASOCIADOS (SENTENCIA DE 6 DE DICIEMBRE DE 1979).

Hechos.—El Ministerio Fiscal entabla demanda contra los promotores de la asociación sindical denominada «Trabajadores Parados de Valencia», para que se declare que su constitución no es conforme a derecho. El Tribunal Supremo casa la sentencia absolutoria de instancia y acoge la demanda.

Doctrina de la sentencia.—La institución del Sindicato tiene como una de sus condiciones definidoras, según general parecer de la doctrina científica, el carácter esencialmente representativo, ya que la profesión es la constante explicativa de su origen y desenvolvimiento, en cuanto que la representación y defensa de los intereses profesionales constituye su primordial objetivo, amén de otros fundamentales, como son el logro por vía colectiva de la determinación de las condiciones de trabajo y la asistencia a los afiliados; y dado que el principio de profesionalidad informa todo el campo de esta manifestación asociativa, hasta el punto de que se ha dicho que los Sindicatos encuentran su razón de ser y su fin en la solidaridad profesional, obligado es concluir con los autores que el ejercicio del derecho de sindicación, creando la persona jurídica que es substrato de aquéllos, exige como presupuesto indeclinable el efectivo ejercicio de una actividad, pues los móviles asistenciales siempre constituirán objetivos de menor rango que el más característico de la representación y defensa de los intereses de una determinada profesión, designio relevante y esencial que, en común opinión, entraña la justificación sociológica y jurídica del Sindicato mismo.

La característica expresada se traducirá, cuando de trabajadores se trate, en la exigencia de que el Sindicato habrá de asociar, en rigor, a los que lo sean por cuenta ajena y por tanto a personas ligadas al empresario por contrato de trabajo, aunque tal vínculo sea potencial por hallarse el interesado en situación de desempleo, pero siempre que esta circunstancia no se convierta en nota definidora o requisito necesario para el ejercicio del derecho de sindicación; presupuesto que late en las normas de derecho positivo que admiten la constitución de Sindicatos, pues la general dicción del artículo 28, párrafo primero, del vigente texto constitucional, como su equivalente del artículo 39 de la Constitución de 9 de diciembre de 1931, ha de ser entendida acomodándola a la concreta normativa que regula el ejercicio de tal derecho, aunque libre, necesariamente ajustado a las exigencias legales que disciplinan su efectividad y que de manera inequívoca

imponen el elemento profesional para la creación del Sindicato, según se desprende de las siguientes disposiciones, con independencia de la filosofía política que las inspira: Primera. La Ley de Asociaciones Profesionales de 8 de abril de 1932. Segunda. La declaración XIII del Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938. Tercera. La Ley de 1 de abril de 1977, aun sin manifestación explícita sobre el particular, presupone que la defensa de los intereses profesionales respectivos de los trabajadores y de los empresarios opera como razón primordial de la protección dispensada a la libertad de asociación sindical. Cuarta. Los convenios números 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo.

Los trabajadores desempleados y los jubilados, que por lo dicho no están facultados para fundar un Sindicato específico exclusivamente formado por quienes se encuentran en tales situaciones, no por ello dejan de estar protegidos por el derecho de asociación sindical, pues la ley autoriza a quienes se encuentren en paro a integrarse en el Sindicato, protección que asimismo es dispensada a los jubilados.

J. Q. S.

V. SUCESIONES

PARTICION. RESCISION POR LESION.—ARTICULO 1.077 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1980).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la sentencia de la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Vinaroz, por la parte demandada y apelante conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando: Que en el primer motivo del recurso, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, se denuncia la violación del artículo mil setenta y siete del Código Civil por entenderse que se «vulnera su alcance sobre opción indemnizatoria», al no haberse establecido en ninguna de las sentencias de instancia, en sus fallos y de un modo positivo, concreto y cuantificado, el importe del daño que la sentencia de instancia ofrecía en más de la cuarta parte, como base de la rescisión que acuerda respecto de la participación que se impugna, omisión, se añade, que hace ilusorio el derecho de opción que a favor de la coheredera recurrente le es concedido por dicho artículo mil setenta y siete al decir que «el heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición», bien en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio, caso de elegir la fórmula primera.

Considerando: Que si se tiene en cuenta que la sentencia judicial constituye un todo unitario e interrelacionado en cuanto a sus elementos de hecho, de derecho o normativos, sus conclusiones previas y predeterminantes y el fallo o consecuencia de éstas, bastará precisar, para rechazar

el motivo, si en este todo que se contempla se dan las precisiones o datos cuya omisión se denuncia, cual de modo afirmativo así ocurre en la resolución impugnada, así como en los fundamentos jurídicos de la aceptada de primera instancia, tal la precisión, obtenida de la prueba pericial y de la valoración que el perito hace de los inmuebles del haber hereditario, al tiempo de la partición, aunque por error material se diga en el «considerando» aceptado del Juez de Primera Instancia, «peritación» por «partición» de que la mitad del tercio destinado a legítima estricta asciende a la suma de cuatrocientas diez mil pesetas y como lo adjudicado a la legitimaria demandante, y hoy recurrida, se valora en un total de ochenta y nueve mil seis pesetas, es claro que la lesión se cuantifica en la cantidad significada por la diferencia—superior, obviamente, a la cuarta parte—, es decir, en la suma de trescientas veintiuna mil pesetas, precisión cuantitativa que, lógicamente, ha de tener su reflejo implícito en el fallo y explícito en la fase de ejecución, en la cual la recurrente podrá realizar la opción que la ley le concede y que la sentencia claramente determina en su cuantía numeraria, según el artículo mil setenta y siete del Código Civil, que, consiguientemente, no fue desconocido ni vulnerado por el juzgador, al permitir a la parte el ejercicio de su derecho.

Considerando: Que lo precedentemente dicho es aplicable, «mutatis mutandi», al motivo segundo, amparado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos, por inaplicación y consiguiente violación de los artículos trescientos cincuenta y nueve y trescientos sesenta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y también para rechazarlo, porque: a) no puede evidentemente tacharse de incongruente una sentencia que—recaída en un tema de rescisión por lesión en operaciones particionales de herencia y en cuya demanda se solicita que así se declare, sin especificar en su «suplico» el «quantum»—se limita a estimar la acción y a determinar, en sus consideraciones predeterminantes del fallo, siempre según la prueba pericial practicada en juicio, aquella cantidad en que se estima la diferencia entre lo adjudicado como legítima estricta y lo debido percibir si no hubiera habido lesión en más de la cuarta parte, y ello independientemente de que la actora hiciera en su demanda cálculos de cantidad, en definitiva no trasladados al «suplico», por entenderse que su determinación quedaba a las resultas del juicio y decisión judicial; y b) porque no sólo hay, por tanto, acatamiento a la sentencia de lo solicitado y a los hechos probados que sirven de apoyo a la petición—como indica reiterada doctrina de esta Sala—, con lo que se cumple el verdadero sentido del artículo trescientos cincuenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino porque lo resuelto conduce con normal efectividad a su ejecución, incluso en la modalidad opcional que se alega como ilusoria, dado que, como se ha dicho, constan en la sentencia los datos claros y precisos para ello, de donde resulta también la correcta viabilidad aplicativa del artículo trescientos sesenta de dicha Ley Procesal, al darse las bases suficientes para ello.

Considerando: Que es igualmente desestimable el motivo tercero, interpuesto al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos, por error de derecho, que se quiere fundar en inaplicación del artículo mil doscientos dieciocho del Código Civil al no haberse dado transcendencia a una escritura pública por la que la heredera recurrente vendió a unos terceros una de las fincas inventariadas por precio de trescientas mil pesetas, lo que negaba la valoración pericial—y judicial—que la tasó

en quinientas mil, desestimación que se basa no sólo en que ha quedado firme la valoración hecha por la Sala de instancia en cuanto aprecia el «quantum» de la lesión—y por ello, como cuestión de hecho sometida a prueba pericial corresponde a la soberanía del juzgador—, sino porque no puede darse a ese documento el valor decisivo que se pretende frente a la apreciación libre de la pericial, propia y adecuada al tema debatido, primero porque la ley no le concede esa primacía, y después porque no puede razonablemente afirmarse que la constatación de un precio en una escritura responda a una intrínseca veracidad, so pena de confundir valor y precio.

PARTICION HECHA POR EL TESTADOR. LEGADO DE COSA AJENA. CLAUSULA CAUTELAR. CONDICION CONTRARIA A LA LEY. ARTICULOS 729 Y 795 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1980).

La condición impuesta por la testadora de respetar una partición en la que se dispone como de bienes propios de aquellos que ya corresponden a los herederos como causahabientes de su padre, es contraria a la ley.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelada contra la sentencia de la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de la Coruña, revocatoria de la del Juzgado núm. 2 de dicha capital, conforme a la siguiente doctrina:

Considerando: Que doña D. N. L., viuda de don F. M. D., falleció en dos de febrero de mil novecientos setenta y cinco, bajo testamento abierto otorgado ante el Notario de La Coruña don en veinticinco de agosto de mil novecientos sesenta y siete, en cuyo testamento declaraba herederos por partes iguales a sus hijos Eladio, Elvira y Adelina M. N. y a sus cuatro nietos Carmen, José, Luis y Francisco M. G., heredando éstos por estirpes y los primeros por cabezas; y después hacía una partición y adjudicación de bienes y partición de herencia adjudicando a cada uno de sus hijos y nietos fincas pertenecientes unas a su premuerto esposo, otras a la sociedad de gananciales todavía no liquidada al no haberse efectuado la partición de bienes de la herencia de su marido y otras propias, estableciendo en la cuarta cláusula testamentaria «que las adjudicaciones que van determinadas para cada heredero lo son, en todo caso, a condición de que ellos, al efectuar la partición de los bienes del difunto marido de la testadora don F. M., se adjudiquen a cada cual, precisamente, el completo o resto de la participación de cada finca procedente de aquella herencia, y que ya en este testamento se les dejan señaladas; ordenando que al heredero que así no lo cumpla, le quede reducida su participación en la herencia de la testadora, a lo que por su legítima corta o estricta le corresponda; quedando en tal supuesto sujeta a la revisión su adjudicación respectiva, hasta la ineficacia de lo que constituya mejora y legado, para acrecer las de los que se conformen con esta voluntad de la testadora, que es la de legarles expresamente, por entero el completo de cada finca, en lo que exceda de la legítima y mejora por los que las fincas, o parte de ellas, que no pertenecen como bienes propios a la testadora, ésta se las atribuye a cada heredero, como legado de cosa ajena, en lo que

no hubiese sido legado o mejorado por su marido, a favor del heredero a quien le van adjudicadas, con el subsiguiente gravamen que impone a los restantes herederos»; y en la cláusula sexta prohíbe la intervención judicial en su análoga penalidad a la establecida en la cláusula cuarta.

Considerando: Que para el mejor orden y solución del presente recurso ha de comenzarse por el motivo segundo en que por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia la violación por no aplicación del artículo setecientos noventa y dos y la aplicación indebida del setecientos noventa y cinco, ambos del Código Civil, y al efecto tal como ya fue establecido por la sentencia de doce de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve, la condición impuesta por la testadora de respetar una partición en la que se dispone como de bienes propios de aquellos que ya corresponden a los herederos como causahabientes de su padre es contraria a la ley suponiendo una verdadera coacción para los herederos y la partición así efectuada es nula con arreglo a lo dispuesto en el artículo mil cuatrocientos catorce, según el cual el testador no puede disponer en testamento más que de su mitad de gananciales y no habiéndose liquidado la sociedad conyugal es evidente que la testadora dispuso de aquellos que no le pertenecían, procediendo en consecuencia la estimación del motivo y asimismo la del primero en que se denuncia la violación del mil cuatrocientos catorce y otras reglas legales.

Y en la segunda sentencia confirma y acepta en su integridad la del Juzgado, que había declarado:

Primero: Que es nula la partición que llevó a cabo doña D. N. L. en el testamento que otorgó en La Coruña, ante el notario don ..., el veinticinco de agosto de mil novecientos sesenta y siete. Segundo: Que es inoperante y debe tenerse por no puesta, como contraria a la Ley, la condición que la testadora doña D. N. L. impuso a los herederos en la cláusula cuarta del mismo testamento de efectuar la partición de los bienes de su marido de acuerdo con las adjudicaciones que ella hizo, so pena de reducir al que no lo acepte a la legítima corta. Tercero: Que son nulos e ineficaces los legados de cosa ajena que hizo doña D. N. L. en la cláusula cuarta del testamento que otorgó en La Coruña, ante el Notario don ..., el día veinticinco de agosto de mil novecientos setenta y siete, distribuyendo los bienes propios de su marido, don F. M., y los de la sociedad legal de gananciales del matrimonio, y cuarto, que debe realizarse entre los interesados legitimarios la liquidación de la sociedad legal de gananciales del matrimonio de los difuntos don F. M. D. y doña D. N. L., como presupuesto necesario al que se han de subordinar las operaciones particionales de las herencias de cada uno de ellos, debiendo después llevarse a cabo la partición de la del primero y de conformidad con el testamento que otorgó el diecisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y seis ante el Notario de La Coruña don ..., y la de la herencia de doña D. N. L. con arreglo a las cláusulas no declaradas nulas en esta sentencia del testamento que otorgó el veinticinco de agosto de mil novecientos sesenta y siete ante el Notario de La Coruña don ... y debo condenar y condeno a dicho demandado a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a realizar todo lo necesario y le incumba para su plena efectividad; sin expresar imposición de costas.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

OTORGAMIENTO DE LICENCIA POR SILENCIO. MOMENTO EN QUE SE PRODUCE LA NOTIFICACION. CAMBIO DE DOMICILIO. ILEGALIDAD. APLICACION DEL PLAN VIGENTE AL TIEMPO DE RESOLVER.

I. ANTECEDENTES

1. El 8 de enero de 1973 don Nicolás L. L. pide licencia de obras al Ayuntamiento para construir un edificio en la calle Pedro Antonio de Alarcón, de Granada.

2. Transcurridos dos meses sin recibir notificación alguna, acude a la Comisión Provincial de Urbanismo para que resuelva sobre su petición. (De la sentencia no resulta claro si fue el día 9 o el 10 de marzo.)

3. El día 5 de abril la Comisión Provincial de Urbanismo acuerda denegar la licencia por haber entrado ya en vigor un Plan Urbanístico que atribuía al solar de don Nicolás menor altura y volumen de edificabilidad que la permitida al tiempo de la petición. (Tampoco resulta claro si la publicación de la aprobación fue el 18 o el 28 de febrero.)

4. Como el domicilio a efecto de notificaciones figuraba ser la calle Recogidas, núm. 15, y don Nicolás no hizo saber a la Administración el traslado de sus oficinas al núm. 26 de la Carretera del Genil, la Comisión Provincial de Urbanismo impone el envío certificado de la notificación a las señas que constaban en el expediente. Ello tiene lugar el día 7 de abril.

5. El cartero acude por dos veces al núm. 15 de la calle Recogidas, sin encontrar a nadie en dicho domicilio, por lo que, dejando aviso, el envío pasa a lista. (No resulta claro si ello tuvo lugar el día 9 o el 10 de abril.)

6. El día 11 de abril, don Nicolás retira de lista el certificado y, enterado de la denegación, recurre ante la Comisión Provincial de Urbanismo.

7. El recurso es desestimado por la Comisión el día 12 de junio de 1973.

8. Recurre entonces don Nicolás a la Audiencia de Granada, que también desestima el recurso en sentencia de 4 de noviembre de 1974.

9. Promovida apelación, el Tribunal Supremo la desestima, aceptando los considerandos de la impugnada, en sentencia de 27 de octubre de 1979.

II. LA SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1979 (PONENTE:
EXCMO. SR. D. P. MARTÍN MARTÍN)

La desestimación de la apelación se basa en las siguientes consideraciones:

Considerandos de la Sentencia apelada aceptados por el Tribunal Supremo:

Primer considerando: Que no puede acogerse de ningún modo la tesis sostenida por el demandante en favor de la producción del efecto positivo del silencio administrativo, porque el argumento esgrimido al efecto—la falta de notificación del acto expreso—carece de toda virtualidad en este caso desde el momento en que habiéndose adoptado por la Comisión Provincial de Urbanismo acuerdo denegatorio de la licencia de construcción solicitada, se procedió seguidamente, y por uno de los medios ordinarios establecidos en el Ordenamiento a dicho fin, a practicar la oportuna comunicación al interesado—hecho probado en el expediente a través del resguardo acreditativo de haberse impuesto el envío certificado de la notificación el 7 de abril, o sea, dentro del plazo de un mes fijado para resolución y comunicación, por el art. 1.7.º, a) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, y que no expiraba hasta el día 10 de dicho mes de abril—, ante cuya circunstancia cae por su base la formalista y débil argumentación, encaminada a dar por concedida una autorización real y efectivamente denegada, que trata de forzar la verdadera ratio de la institución del silencio administrativo hasta el extremo de desnaturalizarlo para convertirlo en instrumento de automática y fatal sanción para situaciones aun ya tachadas de irregularidad, a que viene a negar a la Administración, con preterición de todo otro criterio que no fuere el subjetivo y particularista del interesado, el lícito y válido empleo de los medios instrumentados por el Ordenamiento para llevar a cabo la notificación de sus actos, entre ellos, y conforme al art. 80, núm. 1, de la L. Pro. Adm., el envío certificado en la forma prevenida por el párrafo 3 del artículo 66 de la misma Ley.

Segundo considerando: Que además y sobre poder afirmarse, dado el criterio legal reflejado en el párrafo cinco del citado artículo 66, que el momento determinante de la perfección de trámite es el de la expedición—con lo cual excluiríase ya cualquier idea de retraso culpable y de negligencia imputables a la Administración, y, por consiguiente, la viabilidad del silencio administrativo concebido cabalmente como garantía del administrado frente a la inactividad de aquélla—, ocurre aquí que tampoco aparece justificada la ajenidad del propio interesado respecto a la no recepción de la comunicación hasta la fecha del traslado o mudanza por aquellos días de sus oficinas a distinto lugar del señalado originariamente y a la vista de las manifestaciones del funcionario de Correos, resulta conforme a razón concluir que

si hubo necesidad de pasar el envío postal a lista y dejar aviso al destinatario—lo cual tuvo lugar el día 10 de abril—, se debió a la ausencia del receptor en las señas consignadas cuando con anterioridad se intentó la entrega a domicilio por el Cartero

Tercer considerando: Que ciertamente resulta en extremo ilógica la pretensión de que por el mero hecho de haberse formalizado la solicitud de licencia poco tiempo antes de la publicación y entrada en vigor del Plan de Ordenación—concretamente, algo más de mes y medio—, la Administración deba decidir sobre la procedencia de dicha autorización en contemplación de la normativa pretérita y exclusión hecha de la regulación nueva ya vigente al tiempo de la actuación decisoria administrativa, pues con tal proceder obvio es que daríase lugar a situaciones tan incoherentes como la propugnada aquí por el actor, quien al tratar de lograr que se le permita construir un edificio con altura y volumen que, según las normas urbanísticas ya en vigor, exceden abiertamente en los máximos fijados en el correspondiente plan, preconiza en puridad no la irretroactividad de la norma, como con habilidad sugiere, sino más bien el tema muy distinto de la exclusión de determinados supuestos de hecho del ámbito objetivo de la dicha norma, es decir, postula no tanto que se inaplique la nueva reglamentación a una situación preexistente nacida bajo la anterior y ello en razón a los naturales límites de eficacia en el tiempo predicables del nuevo régimen, como que se sustraiga del campo de aplicación de éste las construcciones cuya licencia se hubiera instado antes de su vigencia, llegándose de esta suerte a proponer por el demandante ni más ni menos que el cercenamiento del supuesto de hecho normativo, y, a través de tal reducción, la dispensa o exoneración de las nuevas reglas a favor de no pocas, futuras edificaciones cuyos promotores habrían conseguido eludir las condiciones urbanísticas en vigor con sólo apresurarse a solicitar la autorización antes—incluso unas horas antes—de la publicación de la regulación nueva.

Cuarto considerando: Que por otra parte, ni siquiera situando la cuestión en la parcela jurídica de la retroactividad e irretroactividad de las normas—que es donde quiere jugar el demandante—, cabría acoger en modo alguno la solución invocada por éste, ya que si clara está la inexistencia de un derecho adquirido por el mismo en que poder fundamentar la irretroactividad postulada—y la pendencia de la respuesta administrativa excluye de raíz la idea de existencia actual para determinar únicamente una simple expectativa—, no menos evidente se muestra la incontestable realidad de la naturaleza objetiva de la situación recogida por las normas urbanísticas sucesivamente vigentes, es decir, el carácter estatutario de la posición jurídica del titular dominical en orden al aprovechamiento y uso del suelo urbano—justamente definida en el art. 61 de la Ley del Suelo por referencia al contenido concreto de los Planes de ordenación—, condición que apa-
reja esencialmente su mutabilidad en correspondencia con la mo-

dificación de la norma respectiva del Derecho objetivo mediante el sencillo mecanismo de la sucesión temporal de las normas.

Quinto considerando: Que además, dado el escaso tiempo transcurrido desde que el interesado formuló su petición de licencia hasta que se produjo la publicación y entrada en vigor del nuevo Plan de Ordenación urbana, tampoco puede acogerse aquél a la conclusión de que dicha solicitud debió haber sido contestada antes de la vigencia del nuevo régimen jurídico, pues a la vista de los plazos ordinarios previstos por el artículo núm. 9, ap. 1, 5.º, del Reglamento de Servicios para que la Administración resuelva al respecto, resulta indiscutible que el 18 de febrero de 1970, fecha en que tuvo lugar la publicación del Plan urbanístico, todavía no había finalizado el plazo de dos meses, computado desde el 8 de enero anterior en que se formalizó la instancia, con el que contaba el Municipio para adoptar su decisión, de donde se sigue claramente que el cambio normativo vino a afectar a la situación del interesado de un modo totalmente normal y sin incidencia irregular alguna.

Sexto considerando: Que no se aprecia temeridad ni mala fe a efectos de costas.

Considerandos del Tribunal Supremo:

Primer considerando: Que los motivos esgrimidos como fundamento de la pretensión de apelación son simple reproducción de los esgrimidos por el actor señor L. en primera instancia y que la Sala de la Jurisdicción de la Audiencia de Granada analiza pormenorizadamente para rechazarlos y, en consecuencia, declara ajustados al Ordenamiento los acuerdos de la Comisión Provincial de Urbanismo de Granada de 5 de abril y 12 de junio de 1973, en cuanto denegatorios de la petición de licencia de obra para construir un edificio en el solar sito en la calle Pedro Antonio de Alarcón e Infanta Beatriz en la ciudad dicha; y aunque la declaración desestimatoria contenida en la sentencia apelada se apoye en un análisis certero de la temática jurídica que plantea el proceso, hemos de añadir aquí algunas consideraciones, aunque sólo sea con la finalidad de ofrecer, si cabe, una más completa exposición.

Segundo considerando: Que son de ratificar los argumentos que sobre la ineficacia del silencio administrativo, como técnica de autorización, contienen los considerandos primero y segundo de la sentencia apelada, con apoyo no sólo en la doctrina contenida en las sentencias de esta Sala de 11 mayo 1977, 3 marzo y 25 abril 1978, 16 y 27 junio 1979, etc., y norma contenida en el párrafo 3.º del art 178 de la vigente Ley del Suelo y art. 5, núm. 1, del Reglamento de Disciplina Urbanística, sino en el hecho jurídico acreditado de que el acuerdo desestimatorio se produjo en la sesión celebrada por dicho Organismo el 5 abril 1973, procediéndose seguidamente a la notificación al interesado por medio de certificado con acuse de recibo, constando el depósito en Correos el día 7 del mismo, a la vez que documentalmente se prueba

que tanto la Administración, autora del acto, como el Servicio de Correos cumplieron las exigencias legales prescritas en los artículos 63, núm. 3, y 80 y concordantes de la L. Pro. Adm. y artículos 251, núm. 3, y 269 del Reglamento del Servicio de 14 mayo 1964, por lo que si el certificado llegó con retraso a poder del actor notificado (al retirarlo en lista de Correos el día 11 siguiente), a él exclusivamente resulta imputable la demora por cuanto el traslado o alteración del domicilio para notificaciones (de la calle Recogidas, núm. 15, a Carrera del Genil, 26), sin darlo a saber a la Administración para constancia en el expediente y sin existencia de persona alguna en el domicilio indicado en las dos ocasiones del día 9 en que el cartero acudió para entregar el certificado (efectuando el depósito del aviso en el buzón), no puede suponer soporte de la aducida «notificación» tardía, ya que la Administración cumplió escrupulosamente, dentro del plazo legal del mes, todos los requisitos establecidos y el conocimiento retrasado del acuerdo denegatorio no puede trasladarlo el actor a persona extraña alguna al ser debido a su negligente actuación que por aplicación de la doctrina de los actos propios debe asumir con todas sus consecuencias.

Tercer considerando: Que aun admitiendo que el proyecto estaba acomodado a la normativa urbanística vigente en el momento de la solicitud no debe olvidarse—como dice la sentencia apelada—que la petición se cursó un mes y medio antes de la entrada en vigor del nuevo Plan (28 febrero 1973) y que dicho período de tiempo no cubre el preciso para desarrollar un procedimiento normal de petición de licencia de construcción, pues como es sabido, en los casos de obra mayor, el Ayuntamiento dispone de dos meses para pronunciarse y que ante su inactividad puede denunciarse la mora ante el Organismo Urbanístico provincial que, a su vez, dispone de otro mes para decidir (art. 9, 1, 5.º y 7.º, a) del Reglamento de Servicios y preceptos concordantes), lo cual supone que en un caso, como el presente, al denunciarse la mora se había producido ya una variación normativa por la entrada en vigor del nuevo Plan, por lo que tal particularidad diferencia el supuesto enjuiciado de los que contemplan las sentencias de la Sala de 24 octubre y 21 noviembre 1974, 11 junio y 4 julio 1975, etc., ya que antes de que se hubies agotado el plazo de que disponía la Administración para resolver, en el momento de hacerlo venía obligada a aplicar la normativa vigente en aquel entonces (pues lo contrario implicaría el anómalo resultado de tener que poner en marcha los mecanismos revocatorios, o el ver surgir, de manera inmediata, construcciones afectadas por el excepcional régimen de fuera de Ordenación), tal como ha proclamado la Sala en sentencias, entre otras, de 3 y 13 de febrero 1978 y 16 y 27 junio 1979.

Cuarto considerando: Que en cuanto a costas es procedente la no declaración.

III. COMENTARIO

1. *La falta de notificación como presupuesto del silencio administrativo.*a) *Funcionamiento del silencio en materia de licencias de construcción.*

En los supuestos de petición de licencias para la construcción de edificios, el *silencio* opera en su sentido *positivo* (1). Ahora bien, para que pueda entenderse otorgada la correspondiente licencia tiene que haberse producido una *doble inactividad administrativa*. Primero, por parte del *Ayuntamiento*, al no contestar la petición en el plazo de dos meses. Luego por parte de la *Comisión Provincial de Urbanismo*, a la que, una vez transcurrido el anterior plazo, habrá tenido que dirigir su petición el interesado. Sólo cuando transcurra un mes desde esa peculiar «denuncia de mora» sin contestación por parte de dicha Comisión, puede entenderse otorgada la licencia en virtud de silencio administrativo positivo (2).

En el supuesto de la SENTENCIA comentada, el tema se centra en la *falta de notificación de la denegación de la licencia por parte de la Comisión Provincial de Urbanismo*.

El problema se concreta en la segunda fase de producción del acto-silencio. Se da por sentado que la primera fase ha sido recorrida y que, por tanto, la competencia corresponde a la *Comisión Provincial de Urbanismo* (3).

El problema es el de la falta de notificación de la *denegación de la licencia*. La falta de notificación del acto producido por silencio positivo no condiciona la eficacia sustantiva del mismo, aunque deba incidir en sus efectos jurídico-procesales (inicio del plazo para recurrir), lógicamente, respecto de los no peticionarios interesados, precisamente, en la denegación. Producido el acto-silencio y con independencia de su notificación, el peticionario encontró legitimada su actuación como si hubiera obtenido licencia expresamente y la Administración no podrá dictar actos contrarios al mismo, sino en los supuestos y mediante el procedimiento de revisión. Es más, y tal es el supuesto de la SENTENCIA, el acto denegatorio expreso recaído con anterioridad a la producción del acto-silencio, aunque pudiera haberse entendido existente, nunca podrá llegar a ser eficaz aunque se notifique después.

El problema es exclusivamente de *notificación*. No incide en el mismo ningún tema de publicación, como podría ocurrir en el supuesto de *Planes de Urbanismo* (4).

Por último, en la SENTENCIA no se hace referencia alguna al problema del *contenido de la notificación*, bien sea porque en el supuesto éste no

(1) *Vid* en esta REVISTA, núm. 524, págs. 129 y ss.

(2) Artículo 9 del R. S. S. C. L. (), aplicable y vigente en virtud de la remisión del 178 L. S. y 4 R. Disciplina Urb. En contraste con el funcionamiento general del silencio negativo o positivo: artículos 94 () y 95 () L. P. A.

(3) *Vid* en esta REVISTA, núm. 537, págs. 478 y ss., donde se recoge la doctrina jurisprudencial dominante.

Hay que notar, sin embargo, que no siempre se ha dado carácter automático a la subrogación competencial, afirmándose que el Ayuntamiento no pierde su competencia sino cuando se le comunique (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1979).

Cfr. M. B. BLANQUER PRAT, R. D. U., núm. 38, págs. 69 y ss.; A. EMBID IRUJO, R. A. P., núm. 90, páginas 169 y ss.

(4) *Vid*. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1977, en el número 524 de esta REVISTA, págs. 135 y ss.

fue defectuoso, bien porque ha entendido que para enervar el juego del silencio positivo, basta que la notificación se efectuase, con independencia de que fuese defectuosa.

De todo lo anterior, que el tema se centre en la siguiente cuestión: ¿cuándo puede entenderse notificada la denegación de una licencia para que no se produzca silencio positivo?

b) *Actuaciones que implica notificar.*

Aparte el contenido del acto de notificación (art. 79 L. P. A.), la notificación en su aspecto formal conlleva una serie de requisitos que, contemplados sistemáticamente, ofrecen una perspectiva procedimental.

Según el art. 80 L. P. A.:

«1. Las notificaciones se realizarán mediante oficio, carta, telegrama o cualquier otro medio que permita tener constancia de la recepción, de la fecha y de la identidad del acto notificado, y se dirigirán en todo caso al domicilio del interesado o al lugar señalado por éste para las notificaciones. Si se tratase de oficio o carta, se procederá en la forma prevenida en el número 3 del artículo 66, uniéndose al expediente el resguardo del certificado.

2. De no hallarse presente el interesado en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su parentesco o la razón de permanencia en el mismo.

3. Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos o se ignore su domicilio, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento de su último domicilio y en el *Boletín Oficial del Estado* o de la provincia.»

Según el párrafo 3 del art. 66:

«Las Oficinas de Correos recibirán también las instancias o escritos dirigidos a los Centros o dependencias administrativas, siempre que se presenten en sobre abierto, para ser fechado y sellado por el funcionario de Correos antes de ser certificados.»

Una Orden de 20 de octubre de 1958 concretó la regulación, siendo hoy recogida fundamentalmente en el Reglamento de los Servicios de Correos aprobado por Decreto de 14 de mayo de 1964.

Con referencia a la ADMISION de las notificaciones por el servicio de correos, dispone el art. 206 del Reglamento lo siguiente:

«1. Las notificaciones administrativas a que se refiere el artículo 80 de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo (ya citada) y que se cursen por correo, se admitirán únicamente por Oficinas que tengan, por lo menos, categoría de Estafeta, y podrán ir destinadas a cualesquiera otras Oficinas, incluso rurales.

2. Las notificaciones podrán presentarse en las Oficinas postales en una de las dos formas siguientes:

- a) EN sobre abierto.
- b) Sin sobre y extendidas en papel consistente plegado en dos o más dobleces, cuyos bordes pueden cerrarse con goma o con cualquier otro procedimiento, siempre que el texto de la notificación quede en el interior del envío y se reserve la superficie exterior para la dirección del destinatario, franqueo e indicaciones de servicio.

3. Cualesquiera que sea la forma de su presentación en Correos, en la parte superior izquierda del anverso se consignará, en letras bien visibles, la palabra «Notificación», y debajo de ella y en caracteres de menor tamaño el acto a que se refiera (citación, requerimiento, resolución, etc.) y la indicación «expediente número .. », o cualquier otra expresión que identifique el acto notificado. Estos envíos se presentarán acompañados de los resguardos de imposición a que se refiere el núm. 2 del art. 205 precedente, que serán siempre individuales, ya que han de archivarse por los remitentes unidos a los expedientes de su razón.

4. Las notificaciones administrativas, siempre que vayan dirigidas a particulares, se franquearán según tarifa, ya que la franquicia no alcanza a tales envíos, con relación a los cuales puede solicitarse aviso de recibo en las condiciones generales reglamentarias.

5. En las operaciones de admisión el empleado procederá en la forma señalada con el núm. 3 del artículo precedente.»

Según el apartado 3 del art. 205:

«El empleado que admita el envío estampará el sello de fechas en la parte superior izquierda de la cabecera del documento principal, haciéndolo con el mayor cuidado a fin de que aparezca con claridad el nombre de la Oficina, y sobre todo la fecha. Cuando el remitente lo solicite, el empleado hará constar, además, a continuación del sello de fechas que estampe, y tanto en el documento principal como en el recibo de imposición, la hora y minuto del depósito. Las Oficinas no podrán, en ningún caso, sellar la copia o copias de los documentos a remitir.

Practicadas las diligencias indicadas, el propio remitente cerrará el sobre, y el empleado formalizará y entregará el resguardo de imposición cuya matriz archivará en la Oficina.»

Los artículos 207 y 208 se refieren a las notificaciones del Ministerio de Hacienda y el I. N. P.

En relación con la ENTREGA, dispone el art. 271:

«1. La entrega de las notificaciones a que se refieren los artículos 206, 207 y 208 de este Reglamento se hará, circulen o no con aviso de recibo, con arreglo a las formalidades señaladas en cada caso para los certificados en general, y se observarán, además, las normas que se detallan en los números que siguen.

2. La entrega de las notificaciones administrativas, vayan o no acompañadas de aviso de recibo, se hará al propio destinatario

o sin necesidad de la especial autorización de éste a que se refiere el art. 269, a un familiar, dependiente, criado o vecino suyo mayores de catorce años. De no hacerse la entrega al propio destinatario, se hará constar la condición del firmante en la libreta de entrega, y, en su caso, en el aviso de recibo.

El empleado repartidor cuidará especialmente de que la persona que se haga cargo del objeto, además de estampar su firma, consigne la fecha en que se verifique la entrega.»

Según el art. 251, apartado tercero:

«La entrega a domicilio se intentará dos veces consecutivas. Cuando esta reiterada gestión resulte infructuosa, el cartero devolverá el envío a la Oficina con nota expresiva de la causa de la devolución, dejando al destinatario, cuando se trate de correspondencia certificada o asegurada, el aviso oportuno.»

Según el 256, apartado primero:

«Se entregarán en lista de Correos la correspondencia dirigida a esta Dependencia siempre que los destinatarios no tengan residencia fija en la localidad, y la que careciendo de señas, esté destinada a personas cuyo domicilio sea desconocido en la respectiva Oficina de Correos.

Pasará también a lista la correspondencia destinada a individuos de la localidad que, por ausencia u otra causa justificada, no se hubiese podido entregar a domicilio ni se hubiere declarado inmediatamente sobrante.»

En el supuesto comentado, las incidencias de la notificación han quedado expuestas en los antecedentes, de los que resulta que se han recorrido prácticamente todos los pasos previstos en los artículos acabados de transcribir para que el peticionario tenga conocimiento de la denegación. Nótese cómo en la SENTENCIA (considerandos II de la apelada y sobre todo del Tribunal Supremo) se dan por bien llevadas a cabo las actuaciones tanto por parte de la Comisión Provincial de Urbanismo como por el Servicio de Correos.

Todo el problema se concretaría en el MOMENTO en que debe entenderse notificado el acto, sin que infracción alguna complique esta cuestión.

No obstante son de señalar dos ideas. Una, que la notificación por medio de Edictos del art. 80, 3, L. P. A., se entiende improcedente aunque el domicilio acabase resultando desconocido, ya que en el expediente constaba uno. Es correcto en tal supuesto hacer pasar el envío a lista, según dispone el art. 251, 2, del Reglamento de Correos (5). La otra idea es que en la Sentencia se considera correcta la actuación del cartero al proceder así, sin acudir a algún vecino para que reciba la notificación. Nótese que en el Reglamento (art. 271) se hace referencia a los vecinos; no es así en la L. P. A. (art. 80, 2) (6).

(5) Nótese que el certificado de notificación se remitió con «acuse de recibo»

(6) Nótese la insistencia de la Sentencia en recalcar que en el domicilio no había nadie.

c) *Momento en que debe entenderse hecha la notificación.*

En la Sentencia apelada la respuesta no ofrece dudas: el acto se entiende notificado cuando se impone el envío certificado de la notificación en la Estafeta de Correos, el momento determinante de la perfección del trámite es el de la expedición (considerandos I y II que acepta el Tribunal Supremo) (...).

Su argumentación se basa en que otra Conclusión supondría negar a la Administración el empleo de los instrumentos que permite el Ordenamiento y en el art. 66, apartado 5, de la L. P. A.

El primer argumento en realidad no fundamenta la Conclusión: una cosa es que pueda utilizar el servicio de Correos (y no un funcionario del propio órgano notificante) y otra que en el momento de la expedición deba entenderse producida la notificación. *Por lo que hace al art. 66,5*, dice:

«Se entenderá que los escritos han tenido entrada en el órgano administrativo competente en la fecha en que fueron entregados en cualquiera de las dependencias a que se refieren los párrafos anteriores.»

Es decir, no se refiere a las notificaciones sino a los escritos de los particulares. Por demás, el propio art. 80 L. P. A. (que no se remite a ese párrafo del art. 66) tiene especial interés en que conste la fecha en que la notificación es recibida. Otro tanto ocurre en el Reglamento de Correos (art. 271, 2, in fine).

Por otro lado, es bien significativo que el Tribunal Supremo no haya insistido en la conclusión y argumentación de la Audiencia de Granada, aunque acepte sus Considerandos. Incluso parece querer desvirtuar la argumentación insistiendo en que fue el último día del plazo *cuando el cartero estuvo en el domicilio* y depositó el aviso en el buzón (Considerando II), lo cual tuvo lugar (?) un día después, según la sentencia apelada (Considerando II, in fine).

Quede dicho, por último, que la teoría de la expedición, difícilmente justificable para desvirtuar el silencio positivo, sería inaceptable respecto de los efectos procesales de los actos expresos.

d) *Importancia de comunicar a la Administración los cambios de domicilio.*

En las dos SENTENCIAS se argumenta que si don Nicolás recibió la notificación después de cumplirse el plazo de silencio, se debió a su negligente actuación (Considerando II, in fine). De haber comunicado a la Administración que se mudaba a otras oficinas, allí se le habría enviado el certificado de notificación y se habría enterado a tiempo. Igualmente se habría enterado a tiempo si hubiera dejado a alguien en las antiguas oficinas. De ahí que la tardanza no sea imputable a la Administración, ni pueda determinar la producción del silencio positivo. Cuestión distinta sería la de notificación de acto expreso a efectos de computar el plazo para recurrir.

2. *La legalidad del acto como presupuesto de la existencia del mismo cuando se produce por silencio positivo.*

a) *Exigencias formales del acto y silencio positivo.*

Exigir al acto-silencio los requisitos de forma de exteriorización de los actos administrativos resulta incompatible con la esencia misma de la figura del silencio. No puede hablarse de acto en cuanto tal. Hay sólo silencio. Es el Ordenamiento jurídico el que contesta la petición hecha. Tema aparte sería el de la notificación, al que antes se aludió.

Por lo que se refiere a la forma de producción (requisitos de procedimiento), en principio resulta también anómalo un mismo tratamiento que el que se da a los actos expresos. El acto-silencio viene producido por el transcurso de un tiempo, desde la petición hecha, de silencio; es decir, sin notificación, háyanse recorrido todos, algunos o ninguno de los pasos procedimentales que conducen a la Resolución administrativa.

b) *¿Pueden surgir actos ilegales del silencio positivo?*

El argumento que supone una respuesta negativa es utilizado en la Sentencia comentada (inciso primero del Considerando II del T. S.).

La esencia del problema se centra en la siguiente antítesis.

Por un lado, resulta efectivamente absurdo admitir que el acto-silencio, en cuanto criatura del Ordenamiento Jurídico que es, pueda ser antijurídico. El Ordenamiento no puede haber querido esto.

Pero por otro lado resulta igualmente absurdo negar que pueda haber actos-silencio ilegales, porque entonces la previsión de la figura del silencio carecería de sentido.

Lo más lógico sería inclinarse por la siguiente interpretación:

En los pocos, limitadísimos, supuestos en que opera el silencio positivo, la inactividad administrativa debe traducirse siempre en resolución favorable, a no ser que el propio ordenamiento jurídico haya abortado esta conclusión, exceptuando algún caso concreto expresamente y, quizás, implícitamente al tipificar los supuestos de nulidad absoluta.

Tal excepción expresa se produce hoy en la vigente legislación urbanística. Según el art. 178, 3, de la Ley del Suelo:

«3. El procedimiento de otorgamiento de las licencias se ajustará a lo prevenido en la Legislación de Régimen Local. En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo, facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los Planes, Proyectos, Programas y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento.»

A lo que el Reglamento de Disciplina Urbanística añade (apartado 2) que:

«2. Cuando, en el supuesto del número anterior, el peticionario de la licencia ejecute las determinaciones del proyecto, no habrá lugar a indemnización a su favor si se ordenare posteriormente la suspensión de actividades o la demolición de lo realizado.»

Nótese, sin embargo, que estos preceptos, no vigentes al tiempo de producirse los hechos de la SENTENCIA comentada, se aducen por parte del Tribunal Supremo, dando a entender que en este tema no se ha producido una modificación, sino una confirmación de la situación preexistente a la Reforma de la Ley del Suelo de 1975. Tesis que en modo alguno puede compartirse, por más que haya sido utilizada por el Tribunal Supremo (en las sentencias que se citan, en la comentada y otras muchas).

Incluso sería discutible que la teoría de la nulidad absoluta pudiera excluir el juego del silencio positivo. Tal parece ser la tendencia en la que se decantaba la jurisprudencia anterior a la reforma del 75. Todo dependerá del alcance que se dé a la doctrina de la invalidez de los actos (). En cualquier caso, no resultaría excesivamente forzado considerar que no se entienden producidos por silencio positivo los actos de contenido imposible o constitutivos de delito (art. 47, b), Ley de Procedimiento Administrativo).

3. *Modificación de la ordenación urbanística después de la petición de licencia y antes de que la Administración resuelva.*

a) *Planteamiento.*

En el supuesto de la SENTENCIA comentada, el tema apuntado en el epígrafe aparece como fundamental. La cuestión es cuál de las dos ordenaciones, la vigente al tiempo de la petición o la que lo llegó a estar al tiempo de la resolución, hay que aplicar para determinar la procedencia o no de la licencia que se pedía.

La respuesta que se dé resulta clave. Efectivamente, sólo si se entiende aplicable la vigente al tiempo de la resolución, podría haberse argumentado en el sentido expuesto en el apartado (dos) anterior. La licencia era contraria al nuevo plan de urbanismo y por eso no podía entenderse otorgada por silencio positivo. Si la ordenación aplicable hubiese sido la anterior, la licencia podía haber sido otorgada y al tiempo entenderse otorgada por silencio positivo.

Ocurre que (por la argumentación expuesta en el apartado primero) no se entiende producido el silencio positivo (hubo notificación que no puede entenderse tardía) y consiguientemente debe analizarse si la denegación expresa de la licencia es o no ajustada a Derecho. El tema será determinar cuál es la ordenación aplicable, ya que según la vigente al tiempo de la petición (y al contrario la otra) la licencia podía y debía haberse otorgado.

La tesis de la sentencia es a favor de la ordenación vigente al tiempo de la resolución. Esta conclusión sirve para argumentar en contra del silencio (licencia ilegal) y para entender ajustada a Derecho la denegación expresa.

b) *¿Por qué no se aplica la ordenación vigente al tiempo de la petición de la licencia?*

El tema es de una importancia capital y debe merecer un comentario amplio. Baste señalar ahora los argumentos que utiliza la Sentencia comentada. En día el tema merecerá un análisis crítico en profundidad.

Según la Sentencia apelada, la tesis del recurrente «ciertamente resulta

en extremo ilógica», «daría(se) lugar a situaciones tan incoherentes como la propugnada aquí por el actor»...

Los argumentos pueden sintetizarse en los siguientes:

— Aplicar la ordenación vigente al tiempo de resolver no supone darla efectos retroactivos, ya que el supuesto de hecho normativo es, precisamente, si puede o no *construirse*. El edificio no está construido. El nuevo Plan ya está en vigor (III considerando).

— Se llegaría a admitir la elusión de las nuevas ordenaciones con sólo apresurarse a solicitar licencias antes, incluso horas antes, de la publicación de la regulación nueva (III considerando, in fine).

— La esencia de la resolución administrativa excluye de raíz la idea de un derecho adquirido (IV considerando).

— Carácter estatutario de la propiedad urbana que conlleva su mutabilidad (IV considerando, in fine).

— El Ayuntamiento no tenía por qué haber resuelto antes de la vigencia del nuevo Plan, porque cuando éste entró en vigor todavía le quedaba tiempo para poder resolver dentro de los dos meses contados desde la petición (V considerando).

Por su parte, el Tribunal Supremo, en considerando propio (el V), confirmará el último argumento indicando que el período preciso para desarrollar un procedimiento normal de licencia de construcción es de dos meses, no menos.

El Tribunal Supremo además añade los siguientes puntos argumentales:

— Cuando se denuncia la mora ya había entrado en vigor el nuevo Plan, dando a entender que el momento de la petición ante la Comisión Provincial tiene importancia.

— Sería anómalo conceder la licencia contra la nueva ordenación y ver surgir construcciones fuera de ordenación o tener que poner en marcha mecanismos revocatorios de la licencia.

El Tribunal Supremo busca apoyo en sentencias que han mantenido la misma tesis, al tiempo que sale al paso de la corriente contraria, indicando que opera sobre supuestos de hecho distintos.

J. G. S.

LIBROS

GASCÓN BUENO, FRANCISCO: *El valle de Alcudia durante el siglo XVIII*.

Edición del autor, patrocinada por la Diputación Provincial de Ciudad Real y el Ayuntamiento de Puertollano. Ciudad Real, 1978. Un tomo de 609 págs.

Una de las modificaciones más importantes que introdujeron las costumbres visigodas en nuestra Patria fue la transformación del concepto romano de la propiedad, la que pasa a ser, desde entonces y cada vez más, vinculada dentro de cada una de las familias y amortizada por su paulatino paso a concejos y monasterios. Esta tenencia de la tierra rústica, caracterizada por las vinculaciones y la amortización, perdura en España hasta la desaparición del llamado Antiguo Régimen, ya a finales de la Edad Moderna.

Así, desde que la Ley 27 de Toro permitió la fundación de mayorazgos, las familias, siguiendo la tradición visigótica, aceptaron el principio, llegando a ser una costumbre tan general que los Notarios consideraban fórmula corriente en los testamentos la de vincular el tercio y quinto e incluso la totalidad de la herencia si no había herederos forzosos. Por otra parte, las «manos muertas», es decir, las personas jurídicas, ya fueran eclesiásticas o civiles, llegaron a acumular tal cantidad de bienes que la reforma se hacía imprescindible..., aunque no llegó de verdad hasta el siglo XIX.

De ahí el Decreto de 1813 sobre cierre de fincas rústicas a los ganados, para concluir con los privilegios de la Mesta, y las leyes desvinculadoras, que a partir de 1820 declararon suprimidos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y toda clase de vínculos, restituyéndose de modo gradual los bienes de su dotación a la calidad de absolutamente libres.

El escalón decisivo, y el más conocido, en el proceso de liberar la tierra es la desamortización, en sus dos fases de 1836 y 1855, en las que MENDIZÁBAL y MADDOZ pusieron a la venta los bienes eclesiásticos primero, y los municipales después, entrando en el comercio de pronto una gran masa de fincas que provocó un desafortunado desequilibrio. Si todos están de acuerdo en que la desamortización era necesaria, la unanimidad se rompe al enjuiciar el modo en que se llevó a efecto, y es conocida la frase de que hizo ricos a los más ricos y más pobres a los pobres; en efecto, los primeros pudieron adquirir las tierras a precios irrisorios, lanzando de ellas sin piedad a los renteros que las trabajaban y no pudieron comprarlas.

Por eso, para completar el estudio, es muy interesante conocer los antecedentes de la época que desembocaron en este proceso. Es precisamente lo que nos viene a proporcionar FRANCISCO GASCÓN BUENO con este libro que vamos a resumir, que subtitula «Un ejemplo típico de economía agropecuaria en la España del siglo XVIII»; en él pinta, de modo magistral

y con investigaciones pacientísimas y de primera mano, aspectos hasta ahora no conocidos de dicho siglo que realmente sorprenden y a la vez explican las actuaciones posteriores.

Aunque la investigación se ciñe a una comarca determinada, vale bien como tipo ejemplar de lo que por entonces podía ser la economía agrícola y ganadera en nuestra Patria en aquellos años de transición desde el Antiguo Régimen a las nuevas tendencias contemporáneas.

El conocido valle de Alcudia, que ocupa una extensión de más de 1.000 kilómetros cuadrados en la parte meridional de la actual provincia de Ciudad Real, era desde tiempo inmemorial una de las grandes dehesas para invernadero de los ganados trashumantes españoles, aunque también revestía importancia el agostadero y la montanera o fruto de bellota. Ni que decir tiene que los pastos de invierno eran los aprovechamientos más importantes, que se pactaban entre la Orden de Calatrava, primitiva propietaria del valle, y después entre la Corona y los ganaderos integrados en la Mesta, mediante contratos o «recudimientos». En éstos se señalaban las rentas y condiciones, casi siempre impuestos por los intereses mesteños.

El valle pertenecía, al llegar el siglo XVIII, a la Orden de Calatrava, que instituyó dentro de sus límites geográficos varias Encomiendas: Almodóvar, Mostanza, Puertollano, Clavería y Almuradiel. Los bienes de estas Encomiendas—nos dice el autor—fueron codiciados por la nobleza, sobre todo por los segundones, que buscaban ingresos sin excesivos riesgos. A la vez, estas Encomiendas eran uno de los soportes económicos de la Orden de Calatrava, ya que no sólo resolvían los problemas monetarios de los comendadores, sino de la propia Orden, la cual percibía los ingresos correspondientes estipulados para cada Encomienda.

Como éstas no eran casi nunca hereditarias y los comendadores no tenían vinculación con la comarca, lo normal era no sólo su absentismo, sino el arriendo y aun subarriendo de los beneficios, con un abandono casi total de sus funciones y deberes por parte del comendador.

Incorporados los Maestrazgos, y, por tanto, sus bienes, a la Corona, las dehesas de Alcudia habían seguido una trayectoria histórica de continuidad y sin rupturas; los arriendos y recudimientos o contratos de pastizales seguían su vigencia, y la Hacienda Real no modificaba apenas los precios de las rentas para evitar conflictos con la Mesta, siempre enojosos y temidos por el poderío del Honrado Concejo.

Pero con la llegada al poder de Carlos III se produce una modificación fundamental, pues bajo la influencia de las ideas de sus Ilustrados se altera sensiblemente el concepto existente sobre la posesión de la tierra. Esto desembocó en medidas orientadas abiertamente a lo que después sería la desamortización y que afectaban, en principio, de modo directo a los bienes propios de la Corona.

En cuanto al caso concreto de Alcudia, objeto del estudio del autor, esta venta de los bienes nacionales se tradujo en una pre-desamortización frustrada por las vicisitudes específicas de este valle, lo que motivó que sus tierras sólo en pequeña parte se comprasen por particulares, quedando en su mayoría como un inmenso latifundio en manos de la propia Hacienda, para pasar después a Godoy, el favorito de Carlos IV...

Pero no adelantemos acontecimientos y sigamos la exposición de Gascón. El proceso se inicia cuando en mayo del 1766, por indicación del Conde de Aranda, Carlos III ordena el reparto de las tierras concejiles

entre los vecinos más necesitados, primero en Extremadura, y luego en la Mancha, Andalucía y otras zonas.

Estas disposiciones tenían antecedentes próximos en los intentos y forcejeos regalistas de mediados de siglo, que culminaron con el Concordato firmado con el Papa Benedicto XIV, el 11 de enero de 1753, por el que se regulaban las relaciones de España y la Santa Sede y que serviría en toda la problemática de la expulsión de los jesuitas. De esta manera, la Hacienda Real, contando con autorización pontificia, otorgada en 1751, para vender las propiedades de los Maestrazgos de las Ordenes Militares, decidió la venta de Alcudia.

Siguiendo el precedente del valle de la Serena, también perteneciente a la Orden de Calatrava, Carlos III, por Real Orden de 4 de febrero de 1769, previa la autorización pontificia dicha, ordenó la enajenación del valle de Alcudia, entre las protestas de los ganaderos posesioneros del mismo. Esta venta, realizada entre 1769 y 1770, afectó a 140 «millares» o grandes fincas de los 147 y medio de que constaban las dehesas de la Corona en el mismo; los siete restantes se reservaron para la servidumbre de las minas de Almadén. De forma efectiva se vendieron 41 millares a particulares y entidades; los otros 99 millares y medio fueron adquiridos por la Dirección de Temporalidades, creada para la administración de los bienes ocupados a la Compañía de Jesús. Así, de hecho, sólo se obtuvo en efectivo el dinero de los millares vendidos a los particulares, pues los de Temporalidades, adquiridos por presiones de Campomanes y Florida-Blanca, que lo debieron considerar un «buen negocio», fueron sólo un cambio de oficina dentro de la Real Hacienda. Disuelta en 1733 la Compañía de Jesús, los bienes de «Temporalidades» entran de modo definitivo en la Real Hacienda, y por ello los 99 millares y medio comprados con dinero de dicha pertenencia pasan nuevamente y de modo pleno a la Corona.

Y cometiendo un «despojo incalificable», como se dice en el prólogo, Carlos IV cedió «graciosamente» en 1792 a su valido Manuel Godoy, como base territorial del título de Duque de Alcudia que le había otorgado, los 99 millares y medio que habían pasado a la Real Hacienda, en un acto de liberalidad nada justificado. En el punto que nos interesa, esta dádiva repercutía negativamente en el desarrollo del valle, que pasaba de nuevo a ser un enorme latifundio no sólo en su sentido superficial, sino en el peyorativo de falta de una debida explotación, con claro perjuicio para sus gentes.

En efecto, Godoy administró el valle con aires feudales, desahuciando a varios ganaderos históricos, y la gran extensión de sus dominios frustró sus intentos de crear una cabaña propia, por lo que pronto volvió a la práctica antigua del arrendamiento de los pastos, aumentando su cifra con la compra de los 14 millares anteriormente vendidos a otros particulares. Su actuación de conjunto—dice el autor—no se puede calificar de muy positiva, ya que tendió a la percepción segura de sus rentas y, a buen seguro, influyó en la concesión a su hermano Diego de la Encomienda de Almodóvar del Campo, como «Administrador con goze de frutos».

La posesión de Alcudia por Godoy duró dieciséis años, hasta su caída por el motín de Aranjuez en 1808, momento en que sus bienes fueron confiscados, pasando la administración de las dehesas de Alcudia a la Superintendencia de las minas de Almadén. Los franceses, en la época de su dominación, vendieron los millares de Temporalidades, pero Fernando VII anuló esa venta, volviendo las tierras al Patrimonio Real, y tras

pasar a la Administración de Bienes Nacionales, se inició su definitiva desamortización.

Estos trazos de trayectoria histórica los hemos esquematizado del espléndido estudio de GASCÓN BUENO, en su conseguido deseo de poner de manifiesto el modo de vivir de esta parcela de lo que él llama la España del atraso.

Antes de llegar a esto, previamente ha expuesto de modo detallado lo referente a la población del valle de Alcudia con un estudio completo de su demografía. Igualmente contempla las instituciones principales, entre las que destacan el Juez Conservador y el Guarda Mayor; el primero tenía jurisdicción especial en toda Alcudia, independiente de las Justicias de los distintos términos que componían el valle, contando entre sus atribuciones «conocer y proceder contra todos los que cometieran delitos en perjuicios de los ganaderos, mayores, pastores, ganados que estén en el valle, y contra quienes dañaran los pastos, tanto de ganados laneros como de vacuno y cerda». El Guarda Mayor del valle de Alcudia no tenía, en cambio, funciones judiciales, sino solamente «... poder prender a las personas que hicieran rompimiento de tierra, corta, talas, quemas y daños en los dichos montes y dehesas..., y ante jueces que entiendan el asunto puedan denunciar y pedir el castigo de los infractores».

Dedica también un extenso capítulo a las comunidades de pastos existentes en el valle, en especial las de Almodóvar, Puertollano, Argamasilla, Cabezarados, Villamayor, Abenójar, Fuencaliente y Mestanza, así como los problemas jurídicos y sociales entre ellos y los motivados por la vecindad de los ganaderos del colindante valle de los Pedroches.

Otros aspectos no menos interesantes de esta época que se contemplan son las comunicaciones Castilla-Andalucía, que se hacían por el camino de Toledo a Córdoba, el cual cruzaba Alcudia, y a cuyas márgenes había gran número de ventas, minuciosamente descritas. Se estudian también las conexiones del valle y sus ganaderos con las minas de Almadén, la Mesta y la Orden de Calatrava, poderes todos que influyeron de manera decisiva en su modo de vivir.

Se completa el libro con un voluminoso e interesantísimo apéndice, en el que se transcriben 46 documentos hasta ahora inéditos, referentes a los hechos de mayor importancia acaecidos en el lugar y la época del estudio. Su lectura proporciona un testimonio directo y acabado de aquellos hechos, al mostrar en vivo cada una de las situaciones, no pocas veces dramáticas, en que se desenvolvía la vida de las gentes en aquellos años.

Aun con la fuerte síntesis que hemos intentado realizar, queda claro que el libro de GASCÓN BUENO es una obra de envergadura, donde a la exhaustiva investigación se une un análisis certero de los datos, resultando un estudio histórico complejo y completo de este trozo manchego y de España que es el valle de Alcudia, sus tierras y sus habitantes durante el azaroso siglo XVIII.

El autor, natural de Puertollano, que llegó a la cátedra en plena juventud, ha querido desentrañar este trozo de los anales de su tierra consiguiéndolo plenamente en un estudio profundo, pero escrito en un idioma impecable y sencillo, por lo que se lee con facilidad y agrado.

El libro está constituido por la tesis doctoral del autor, calificada de sobresaliente *cum laude* en la Universidad Complutense de Madrid el 30

de abril de 1976. En aquel momento encontró su apoyo y ayuda, tanto en el Ayuntamiento de Puertollano como en la Diputación Provincial de Ciudad Real, y todos debemos agradecer, tanto a quien ha realizado el trabajo como a los organismos que hicieron posible su publicación, la aparición de esta obra histórica y socio-jurídica de alto valor, que debe merecer toda nuestra atención.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

GROSSI, PAOLO: *Un altro modo di possedere*. Ed. Giuffrè, Milano, 1977. Colección «Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno».

A la clásica obra de ALEJANDRO NIETO sobre bienes comunales, tema genérico, acaba de incorporarse otra de singular valía de MANUEL CUADRADO IGLESIAS sobre aprovechamientos de leñas y pastos, referencia específica, con exhaustiva reseña bibliográfica hispana y amplia extranjera entre la que no figura, por posibles motivos de cotaneidad, la enunciada en el antecedente epígrafe, de la que es autor el eminente Profesor de Historia del Derecho Italiano de Florencia y Director de los prestigiosos «Quaderni Fiorentini», PAOLO GROSSI.

Se trata de un estudio apasionado y hasta, en ciertos momentos, apasionante. Bien merece el tema unos leves comentarios. En el pasado siglo aparecen en el firmamento luminosas estrellas que se proyectan hacia acontecimientos envueltos en el musgo del tiempo. DARWIN nos habla de evolucionismo, MORTILLET de paleontología, CHAMPOLLION de jeroglíficos y otros cien hacen evocar incandescentes y románticas Arcadias que despiertan anhelos de ilusionados futuros. La propiedad comunal, que ha resistido avalanchas de siglos y civilizaciones, también despierta y sus borrosas características se afirman a medida que sus trazos y su configuración histórica van siendo recuperados. Pioneros y grandes capitanes entremezclan sus actividades en este quehacer que, en nuestro ámbito, tiene mucho de reacción crítica para aquella teología de la propiedad individual y egoísta, burguesa, liberal y sin trabas que elaboró el enciclopedismo, cristalizó en la revolución francesa y fue canonizada por el Código napoleónico. Sus «flatteuses illusions» se mustiaron en pocos decenios con el desarrollo capitalista, la miseria del proletariado y el acre olor de sangre de los desórdenes de París y su amplia onda expansiva.

La propiedad burguesa había enaltecido el absolutismo en la tenencia en su más descarnada versión romanista. El «propietario» era el espejo del buen padre y del excelente ciudadano; el ahorrador, productor, el hombre de responsabilidad, motor de progreso y prosperidad. Ser propietario era una virtud taumatúrgica sobre la que se elaboró una nueva moral cantada por un coro absorto en la contemplación narcisista. El mismo que consideraba el feudalismo un nombre ominoso, expresión de un período degenerado que se había levantado sobre un mundo cuyas columnas eran valor y honor, Dios y jerarquía, estampas negativas para el modelo burgués.

La propiedad comunal, si es que puede hablarse de propiedad, tiene un origen bastante controvertido. Muchos son los que la centran en el período

medieval. Los aprovechamientos vecinales son, fundamentalmente, inmi-
siones toleradas en los dominios señoriales. Frente a tal tesis de usurpacio-
nes de vasallos se oponen la que las considera depredaciones señoriales: el
Cantón suizo de Unterdenwalden era primitivamente una propiedad colec-
tiva, un «Urtypus»; una sola comunidad utilizaba el territorio. Señores
y abades usurparon lentamente el territorio de la «Mark» inermes y los
derechos de la comunidad quedaron reducidos, simbólicamente, a meras
tolerancias.

En España, mientras unos se inclinan hacia formas muy primitivas,
otros se refieren a importaciones germanas, pero goza de singular predica-
mento la tesis relativa a las asignaciones a grupos sociales durante la
reconquista, cuyos grupos sólo individualizaban en forma parcial. No obs-
tante, el amplio desarrollo de los montes vecinales en Galicia—caso estu-
diado y calificado de arqueología jurídica—y los abundantes aprovecha-
mientos pirenaicos nos retrotraen a períodos muy remotos, siendo de
advertir que en la Edad Media reverdecen no sólo divisiones territoriales
prerromanas, sino estructuras sociales subyacentes. AZCÁRATE, ALTAMIRA,
CÁRDENAS, UREÑA, PÉREZ PUJOL, COSTA y muchos otros se han ocupado
de ello.

GROSSI se inclina decididamente por la tesis del fenómeno prerromano.
Estos aprovechamientos colectivos, restos de la desposesión realizada por
los feudales, nos hablan de órdenes antiquísimos, tal vez de estadios muy
diversos en profundidad y no siempre estructurados en forma orgánica
o escalonada. Fundamentalmente nos muestran instrumentos de aprove-
chamiento de bienes distintos de la propiedad y la sistemática romanistas,
algunos lindantes en la frontera de la «propiedad» y la «no propiedad».
Institutos paralelos de los que nosotros consideramos imprescindibles y
que se utilizan, en ocasiones, como símbolos ideológicos, pues no en vano
se ha descubierto la dimensión ideológica del saber jurídico. De ahí las
consideraciones sobre el infantilismo del estadio colectivo y el evidente
progreso de la propiedad individual y la determinación de los abusos de
ésta y las tendencias a la regresión colectivista.

El estudio es, pues, desmitificador, y GROSSI lo estructura muy atrac-
tivamente contrándolo en las figuras de los grandes generales de la guerra
del primer siglo sobre este tema, para concluir con una amplia e inter-
resantísima disertación, corolario o propina, sobre las batallas italianas
y sus «condottieri», con un colorido y un barroquismo extraordinarios.
GROSSI domina el mundo del adjetivo que ilumina y del trazo que define
en forma magistral.

HENRY SUMMER MAINE, nacido en 1822, inicia la historia. Profesor en
Cambridge y Oxford, alto funcionario en la estructura colonial de la India,
publica en 1861 su «Ancient Law» y posteriormente «Village Communities»
y «Lectures on the early history of Institutions». Profesor de Derecho Ro-
mano, Comparado e Internacional, es, no obstante, un historiador del De-
recho con «ojos abiertos y orejas muy tiesas» que, como SAVIGNY, siente
su insatisfacción por las dogmatizaciones abstractas y trata de hundirse
en un mundo de fósiles, huesos y piedras inánimes, ámbito de geologista
o paleontologista del Derecho, y en su laboratorio quedan eliminadas eru-
diciones ampulosas, decoraciones florales, divagaciones bizantinas, y se
maneja la historia y la comparación para instrumentar la técnica de un
mensaje iconoclasta. Su lenguaje es estenografía pura; su rigor terminoló-

gico, absoluto. La ocupación, modo primitivo y originario de adquirir, le merece poco respeto. Es construcción infantil: la «res nullius» implica siempre la «res unius»; sin propiedad no hay bienes vacantes. Y la propiedad individual supone ya un estadio avanzado. El individuo aparece primitivamente formando parte de un clan familiar estructurado jerárquicamente y basado en comunidad de sangre o de creencias, «un pueblo elegido», y sólo es un eslabón en una inmensa cadena de antecesores y sucesores en la que apenas puede hablarse de bienes o derechos individuales. Las «Marken» germanas, los «Mir» eslavos, los «Township» escoceses, las comunidades célticas o los poblados de la India son ejemplos de ello. Precisa un amplio espacio temporal para que la comunidad pase a ser «mater malorum» y quede consagrado el «nemo in communione potest invitus detineri».

Su trama arquitectónica es simple pero evoca el recuerdo de los recientes estudios del Profesor de Dakar KOUASSIGAN sobre el Africa francófona. Grupos sociales, más basados en comunidad de religión que en vínculos fisiológicos, han ocupado su historia desde épocas inmemoriales. Son los que han quedado erosionados por la colonización, que hizo penetrar las ideas individualistas de base griega que impregnan el cristianismo, por la descolonización y la revolución, proyectadas en forma telescópica, que han puesto en estado de estridente decadencia estos grupos sociales religiosos, clánicos, unidades de producción y protección en los que la tierra pertenecía «a muchos que han fallecido, algunos que viven y otros muchos que han de nacer», para dar paso a construcciones exóticas, irreligiosas, que han abierto el continente al asalariado y la insolidaridad. «El cacao destruye el parentesco y divide la sangre», dicen los Ashanti. La primacía de la soledad, frente a la solidaridad o la comunidad casi natural. Pero esta álgebra social que se llama libertad discurre por esquemas ideológicos y normativas jurídicas contra los que es difícil luchar.

EMILE DE LAVELEYE nace en el mismo año que MAINE. Profesor de Lieja, liberal y progresista, católico que pasa al protestantismo en el crepúsculo de su existencia, conocedor de las obras de MAINE, empieza a publicar en 1874. Su tema versa sobre la injusticia macroscópica de la propiedad capitalista, la función social de ésta y clama contra la falta de humanidad y la escasa flexibilidad de la propiedad quiritaria romana llevada a sus últimas consecuencias en el siglo del liberalismo. Recuerda que el mismo vocablo germánico «Eigentum» es moderno y no tiene equivalente en el germano antiguo y las comunidades de Java e India, las «Allmenden» suizas y germanas, las «Allmaennigar» del norte europeo, la «Zadruga» eslava y muchas comunidades de Estados Unidos, Galia, Japón o Punjab son ejemplos indiscutibles para los que no sirve la técnica jurídica de Gayo o Triboniano, pues no corresponden al «dominium» ni al «condominium». No hay una sola modalidad de propiedad, la romana; en las catacumbas de la historia hallamos otros arquetipos de explotación y aun en otros períodos va como anejo o accesorio de funciones militares, judiciales o de otra índole, confundiendo política y economía. LAVELEYE acumula una inmensa cantidad de material, que pasa a ser una lámpara de Aladino que siempre encuentra una alternativa que oponer a sus adversarios, que son tanto la Escuela Histórica, como el Código napoleónico o el «Katheder Sozialismus».

La obra de LAVELEYE tiene amplia repercusión, y sus discípulos, algunos

de gran categoría, completan facetas muy diversas. NASSE utiliza las curiosidades arqueológicas como bases para nuevas tesis económicas. VIOLETT, en cambio, señala el carácter de estadio inferior de la propiedad colectiva, simple romanticismo para el presente, versos y milopeas que no pueden obstaculizar el progreso alcanzado con la explotación individual. GEORGE, un americano que publica «Progress and Property», considera el colectivismo como ejemplo social a imitar. Pero el gran debate tiene lugar en la Academia de Ciencias Morales y Políticas de París, que en aquel entonces no era un simple «ostensorio de pelucas», sino un centro llameante de intercambios intelectuales.

Uno de sus miembros, FUSTEL DE COULANGES, es el gran contradictor de los historiadores del colectivismo, a los que, enfocando el tema desde una perspectiva exquisitamente metodológica, acusa de superficialidad, de desenvoltura historiográfica, de haber taltado a la castidad de la historia envolviéndola con sentimientos, criterios o estados emotivos de los que la ciencia debe quedar apartada. Se trata de obras sociales, no históricas, enlazadas con aquella falsa idea que ROUSSEAU colocó en el cerebro humano de que la propiedad individual es algo «contra-natura». El «Mir» se reduce siempre a una comunidad que no excede de doscientos miembros, jamás alcanza la dimensión de una tribu. La villa galo-romana no se resistió de las invasiones. La propiedad común se reduce siempre a simples usos, no propiedad. FUSTEL resume la metodología colectivista: «Schroeder manifestaba poseer textos probando el estadio de propiedad colectiva que no exhibía; Kowaleski le cita y copia; Dareste se funda en Kowaleski y en tal cúmulo de citas y referencias no aparece una prueba, un argumento.»

Pero GROSSI, tal vez un poco por su trasfondo ideológico, no siente simpatía por FUSTEL. Le acusa de defender una concepción burguesa de la vida, de reunir fuerzas para la última defensa de la propiedad individual. Sólo es un «artefice d'ombre», con una habilidad manipuladora propia de prestidigitador o ilusionista, y acusándole de nacionalista y antigermanista se apoya, para impugnarle, en Glasson y D'Arbois de Jubainville y en sus argumentos filológicos, aunque es de advertir que en estos momentos la estima del último, en tal aspecto, ha mermado considerablemente.

También FUSTEL tiene seguidores; el inglés SEEBOHM; BELOT, que estudia la colonización de la isla americana de Nantucket, en 1671, por un grupo de familias que huía de las persecuciones religiosas de Massachusetts. Pero este laboratorio ejemplar es criticado por GORRI. No puede hablarse de primacía de propiedad individual. Los colonizadores disponían de una mentalidad propia de propietarios individuales, con sus prejuicios, circunstancias y hasta instrumentos. Por ello su colonización es incompatible a la de pueblos primitivos.

Influida por las investigaciones alemanas, en la segunda mitad del siglo XIX la historiografía italiana, que presumía de haber analizado todos los pelos de las barbas de Teodorico u Odoacro, se encuentra con este mundo que no encaja en el esquema socio-jurídico de la unificación y la codificación. No son ciertamente restos miserables los «vagantivo» y «pensionatico» del Veneto, los dominios colectivos y servidumbres de pastos de los Estados Pontificios, los «ademprivi» sardos o los «usi civici» y «demanii» de diversas regiones. Tampoco son fenómenos de barracón de feria, capítulos del museo de los horrores del mundo bárbaro o feudal imaginado por el Renacimiento.

Filósofos, juristas e historiadores pasan a ocuparse del tema y los estudios de LAVELEYE adquieren amplia difusión, como los de muchos germanistas. CUSUMANO y VENEZIAN, CARLE, BONFANTE, SALVIOLI, ZUCCONI y otros muchos se ocupan de estos temas, que tienen trascendencia en la vida pública con las grandes encuestas y los proyectos ministeriales que tratan de abolir estos restos bárbaros que causan inmensos daños a la agricultura. Las luchas y sus figuras destacadas son analizadas por GROSSI con detalles atractivos y extraordinaria amenidad.

No se trata de una institución intrínsecamente buena o mala; se trata de otro tipo de propiedad; otra instrumentación para el aprovechamiento de los bienes que tiene su justificación y espacio propios en la historia y en las organizaciones sociales. No se trata ni de corruptelas que impiden el pleno aprovechamiento agrícola individual, ni de una «dulcissima rerum possessio communis». Es algo que no puede medirse con los cánones romanistas.

Por ello, en la última parte de la obra, GROSSI se refiere a las construcciones jurídicas elaboradas, de los que hablan de propiedad y de servidumbre, de propiedad dividida y de universidades, de los que indican que los miembros de la comunidad no son propietarios, ni por entero, ni parcialmente. Son arquitecturas inadecuadas para situaciones complejas apenas reducibles al rango patrimonial. Ni los intentos del filogermanista FILOMUSI GÜELFI, con sus predilecciones por KIERKE, BLUNTSCHLI, BESELEN, STOBBE y otros con el «Condominium iuris germanici», que más que una relación unidad-pluralidad es una simple oposición negativa a la comunidad romana; ni las «Universitates» de VENEZIAN, influidas por las disposiciones parlamentarias que obligaban a constituirse en tales, en ente moral, a los titulares de aprovechamientos colectivos, deben considerarse más que construcciones provisionales, utilitarias, aproximables a la sistemática romanista.

GROSSI estima que este tema debe ser objeto de ampliación y profundización y nos reserva un futuro estudio con tal finalidad. Esta ni siquiera se deja entrever en el que publica en el núm. 5/6 de los «Quaderni Fiorentini», en el que realiza una atractiva excursión por los itinerarios modernos de la propiedad que se apartan de la «Totale Herrschaft auf eine Sache» que impone la tradición y ofrece modelos para la instrumentalización post-unitaria del instituto. En él señala la complejidad de fuerzas, invenciones técnicas, condicionamientos ideológicos o necesidades sociales que, conviviendo y combatiéndose, han erosionado profundamente la construcción clásica de la propiedad y han producido diversas propiedades basadas tanto en la legislación rural como en el urbanismo. Hay una vuelta al domino *útil* y al «ius ad rem». Tal vez el mejor ejemplo de ello esté representado por la inglesa «Town and Country Planning Act». Pero todo ello es ya otra historia. La de otra forma de poseer.

* ' * *

Nos parece destacable, en forma singular, un punto de la obra recensada: la reproducción fragmentaria de una «charta venditionis» pisana de 730 en la que dos hermanos transfieren a «allis collivert nostri» una suerte de tierra «quem avire visi sumus de FIUVADIA, in loco Arena...» y prometen al adquirente «ut si qualive tempore forsitan ipsa terrola portionem nostra IN INTEGRO PUBLICUM REQUIESERIT et ad devesio-

nem revinerit quicumque in alio homine et novis in alio locum ad vicem sortam redditam fuerit, si volueris tu... ipsa terra, nos tibi sine aliqua mora ipsa terra reddimus».

BRUNNER, SCHPFER y GAUDENZI comentan que parece una página arrancada de César o Tácito, una límpida expresión de un dominio no personal, sino en su condición de miembro de una vecindad, clan o comunidad.

«Fiuvadia» es considerado versión longobarda del pasto común. «Fiu», como otros antiguos vocablos indoeuropeos, «fe», «feoh», «vihe», corresponde al «Vieh», ganado, y nombres de praderas son «Weide» y «Weida», acaso comparables a los Baides hispanos. No es posible dejar de recordar si la antiquísima composición ganado-hombre, «Fiu-Fir», era interpretable como «esclavo» o como «pastor», conforme a las opiniones en liza.

La materia nos ha inducido a considerar la posible existencia en los nombres geográficos hispanos de vocablos que recuerden este aprovechamiento común y que apenas tienen expresión en los estudios, tan abundantes, ya referidos. Ni el «Sel», vasco, ni los «sesmeros» ofrecen itinerarios rectos o llanos. Prescindiendo de los que pudieran tener la raíz aproximable a comunidad o al «Mc» de los «Allmenden», creemos haber localizado una hipótesis de trabajo. La raíz «Sam», que aparece en los varios Sama norteños y que es indicativa de «unión» u otros conceptos próximos en los germanos y nórdicos «gesamnte», «Sammlung», «Sameigin», «Samolskas», «Samallasa» y hasta en el sánscrito «Samansa». También en vasco tenemos «Samalda» y «Samaldaka». Aparte «Seme», hijo en vasco, que en otros idiomas indoeuropeos aparece como expresiva de comunidades muy amplias.

En nuestra geografía histórica hallamos Uxisama, Segisama o Ledisama y aun un Samalda que no parece distante de Samelar, nombre de un monte de pastos en Potes o del molino de Logroño, Samalar. Conocidos son los abundantes molinos y hornos comunes de nuestro Medievo y su competencia con los señoriales. Acaso, teniendo en cuenta la frecuente alternancia de «m» y «b» y que «Mill» es también nombre de molino, pueda hipotizarse sobre los gallegos Samil (Sam-Mill), Sampil o Sambellin. Tal vez el segoviano Samboal podría referirse a un boalar de esta naturaleza. Hans Krahe nos recordó el nombre del bosque comunal germano, «Wid-Semne». La merindad de Somoza, como Samel, Samajón, Zamarra y muchos otros pueden ser objeto de otras cábalas, pero esta ascensión hacia Naranjos desconocidos tiene muchos riesgos abismales aun para los escaladores más profesionales.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

MUÑOZ VIDAL, ANTONIO: *El arbitraje cooperativo*. Caja Rural Provincial de Murcia, 1978.

La obra en sí consta de un total de 254 páginas, seguidas de unas conclusiones y completadas por un extenso índice bibliográfico; apéndice, con las principales normas citadas en el texto y copiosa jurisprudencia, sin duda de gran importancia práctica a fines de resolver diversos problemas que sobre el arbitraje cooperativo pueden plantearse.

Consta de una serie de capítulos, comenzando por el dedicado a la introducción, en el que destaca, ante todo, la importancia del arbitraje, sus efectos favorables de orden práctico, las particularidades del arbitraje cooperativo y la necesidad actual de su estudio.

El autor divide su trabajo en cuatro secciones. La primera de ellas dedicada a lo que pudiera llamarse parte general. Las tres últimas contienen la parte especial, y de ellas la segunda trata del objeto del proceso: la tercera, de los sujetos—árbitro y partes—, y la última, de la actividad misma: es decir, el procedimiento cognitorio, ejecutivo y vías de impugnación.

Comenzando con el examen de los antecedentes normativos y prescindiendo de datos históricos sobre el arbitraje en general, se circunscribe exclusivamente al arbitraje cooperativo, resultando que se trata de una institución de muy reciente aparición en nuestro ordenamiento. En este aspecto, tras hacer un ligero esbozo de la legislación anterior a 1971, examina el Reglamento de Cooperación de 13 de agosto de 1971 y la Ley General de Cooperativas de 1974.

Pasando al examen de las fuentes y tras referirse a la Ley General de Cooperativas y normas complementarias, estima que no existe, a su juicio, más que una solución posible, a falta de una regulación específica cooperativa, cual es la aplicación previa de analogía de la Ley de Arbitraje Privado de 1953, y como supletoria de ella, y por tanto de la normativa cooperativa, la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Adentrándose en una de las cuestiones más debatidas en torno al arbitraje común que afecta en igual manera al arbitraje cooperativo, cree imprescindible dilucidar, en primer lugar, la naturaleza jurídica del arbitraje ordinario, es decir, el que es objeto de regulación por la Ley de Arbitraje Privado de 1953, para después comprobar si el arbitraje cooperativo se encuentra inserto dentro del ámbito de aquél o por el contrario supone una figura especial que, como tal, posee también naturaleza jurídica diferente.

En torno a este tema, la doctrina, tanto la extranjera como la española, se escinde fundamentalmente entre aquellos que sostienen teorías contractualistas y aquellos otros que mantienen teorías jurisdiccionalistas; sin que falten, como siempre, algunas teorías intermedias que pretenden conjugar ambos extremos.

Tras el somero examen efectuado de opiniones ajenas, MUÑOZ VIDAL sostiene que el arbitraje, tanto el común como el cooperativo, es siempre jurisdiccional, perteneciendo por tanto al campo del Derecho Público y Procesal, no concurriendo en él ninguna de las características definidoras del contrato, puesto que el arbitraje no es, ni siquiera en el momento inicial del compromiso previo, una figura contractual del Derecho Privado. Para justificar esta afirmación rebate, en pocas palabras, las teorías contractualistas y se adhiere a la opinión de SERRA DOMÍNGUEZ, agregando a sus razonamientos otro más, suficiente por sí solo para defender la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, dado que el arbitraje realiza una labor idéntica a la de los órganos de la jurisdicción ordinaria.

En definitiva, con una exhaustiva exposición queda perfectamente definida su opinión respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje y a sus diferencias esenciales con otras figuras afines, por lo que estima no debe

insistir en el contenido de este capítulo, para adentrarse en el estudio de otras facetas a las que dedica los capítulos siguientes.

En efecto, una vez que ha intentado esclarecer la naturaleza jurídica del arbitraje cooperativo y ha fijado su diferencia respecto a otras figuras afines, pasa al estudio, ya concreto, del procedimiento en sí, siguiendo como orden de exposición la trilogía básica: objeto, sujeto y actividad. En la primera parte se ocupa de la materia sobre la que versa el arbitraje cooperativo; en la segunda estudia las partes intervinientes, órgano jurisdiccional y litigantes, y en la tercera y última investiga los cauces procedimentales mediante los que se desenvuelve la función procesal del arbitraje cooperativo, hasta llegar al laudo, su impugnación y ejecución.

Ahora bien, antes de todo ello, enuncia los principios, de fondo y forma, inspiradores del proceso arbitral cooperativo, así como las características peculiares que también serán objeto de estudio a lo largo del trabajo.

El capítulo VII trata del órgano arbitral. En este aspecto habla en primer término del Tribunal de Arbitraje Cooperativo, designando como tal al órgano a quien se encomienda la función jurisdiccional propia de dicho arbitraje.

Intenta también resumir las facultades de intervención de cada uno de los órganos o entidades que pueden conocer, tramitar o decidir en el arbitraje cooperativo, estableciendo las funciones que la vigente normativa atribuye a cada órgano o entidad.

Todo ello lo completa con el estudio de la elección de los miembros del Tribunal; naturaleza jurídica de la relación entre árbitros y litigantes; capacidad de los árbitros y su recusación.

Otro tema de examen es el de las partes en el proceso arbitral cooperativo. La primera cuestión que aquí se plantea es si sólo pueden solicitar el arbitraje las Cooperativas y sus socios, o si también gozan de dicha acción otros entes que no son propiamente cooperativas, como las Uniones y las secciones; y otros miembros que no son socios, como los asociados, el director, los rectores, etc.

Según el autor, el estudio de cada una de estas figuras le llevaría, de realizarlo con cierta profundidad, a separarse con exceso del carácter procesal con que está orientado el trabajo. De aquí que en el presente capítulo se limite a un estudio somero de cada una de las partes, estimando suficiente ofrecer el concepto de cada una de las figuras, su capacidad para ser parte y capacidad procesal, dedicando una mayor atención a las sociedades cooperativas por tratarse de la entidad cardinal del proceso objeto de estudio.

Pasando a otros capítulos nos encontramos con el dedicado al nacimiento del vínculo arbitral, estatutos y cláusulas de sumisión. Los puntos concretos que en este punto abordan son: modos de vinculación, compromiso estatutario, solicitud de los contendientes a la federación, cláusula contractual compromisoria y efectos de la sumisión al arbitraje cooperativo.

El capítulo X concierne al procedimiento, cuyas fases, en síntesis, son: a) trámite previo de solicitud de actuación; b) celebración del acto de conciliación; c) período de alegaciones y proposición conjunta de prueba;

d) práctica de prueba; e) tramitación de conclusiones; f) decisión; g) impugnación, y h) ejecución.

MUÑOZ VIDAL examina cada uno de estos periodos, cuya regulación excesivamente parca trata de integrar por vía analógica con la Ley de Arbitraje Privado y por vía supletoria con la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Los recursos son objeto de específico estudio en el capítulo XI de la obra. En este capítulo, tras aludir a la posibilidad o no de acudir a la jurisdicción ordinaria, hace referencia al ejercicio de la acción; al recurso de nulidad; su aplicación al arbitraje cooperativo; procedimiento y efectos de la sentencia del Tribunal Supremo.

El último capítulo de la obra es el relativo a la ejecución del laudo. En él, tras la referencia a los fundamentos de la ejecución, se aborda el procedimiento de ejecución; observando cómo los estatutos de la Confederación Nacional de Cooperativas no dice nada acerca del procedimiento de ejecución, habiéndonos de remitir, una vez más, por analogía al arbitraje de Derecho Común. No obstante, ante la falta de mención expresa, hay que deducir que los dos sistemas tradicionales para la ejecución del laudo, el del arbitraje cooperativo, como el del común, siguen el sistema de ejecución directa por los órganos jurisdiccionales, evitando los problemas de la homologación, característica del proceso arbitral en Alemania e Italia.

Posteriormente, dentro del mismo capítulo, se aborda la oposición a la ejecución, la competencia territorial, la ejecución provisional y la concurrencia de sentencia judicial y laudo arbitral.

Finalizado el estudio sobre el arbitraje cooperativo, el autor viene a sentar una veintena de conclusiones que no son sino un reflejo esquemático del total contenido expuesto a lo largo de las 254 páginas comprensivas de la obra.

En síntesis, puede afirmarse que el vacío producido por el poco interés que hasta ahora había suscitado en la doctrina este tipo especial de proceso arbitral, creado para aplicación exclusiva a controversias cooperativas y su casi nula aplicación práctica, ha quedado hoy día compensado, en gran parte, por la aparición de esta obra, propia de un autor experimentado en temas cooperativos.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

Fori Aragonum vom Codex von Huesca (1247) bis zur Reform Philipps II (1547), nach der Ausgabe Zaragoza 1476/1477, mit den handschriftlichen Glossen des Martín de Pertusa und mit Ergänzungen nach den Ausgaben Zaragoza 1542, 1548 und 1576, edición facsímil con introducción en castellano de A. Pérez Martín, Topos Verlag, Vaduz (Liechtenstein), 1979, 950 págs.

Los juristas aragoneses han cultivado siempre con asiduidad la historia de su Derecho. La conservación del derecho foral de Aragón hasta nuestros días, hasta la promulgación del apéndice de 1925, hoy sustituido por la compilación de 4 de abril de 1967, motivó que el interés por los Fueros de Aragón se mantuviera presente y vivo. Asimismo, por la íntima convic-

ción de que el conocimiento de las normas a través de la historia proporciona una mejor comprensión de las mismas. Ahora, esta reedición de los *Fueros* depara un instrumento de estudio para juristas e investigadores.

Aparecen los *Fori Aragonum* como octavo volumen de una serie de publicaciones del Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte, de Frankfurt del Main, dirigida por ARMIN WOLF. Pretende la reproducción facsímil de ediciones renacentistas de los siglos xv y xvi, que recogen textos jurídicos formados en la Baja Edad Media. Los *Fueros de Aragón* merecen ser recogidos, tanto por la importancia y originalidad de su ordenamiento, como por la dificultad que su consulta suponía. La edición de 1866 de Savall y Penén es defectuosa, por lo que se ha juzgado oportuno publicar la edición príncipe de 1476-1477. Es decir, la primera recopilación cronológica de los Fueros de Aragón, que contiene el código de Huesca de 1247, junto a otros Fueros y actos de corte de Cortes posteriores, hasta 1467, las observancias del justicia Martín Díez de Aux y los índices de estos textos. Como complemento, para alcanzar toda la primera mitad del xvi, se han reproducido los Fueros de Cortes posteriores, hasta 1547, recogidos en ediciones posteriores. Con una particularidad que se indica en el título: se ha utilizado el ejemplar de la Biblioteca Nacional de Madrid, que lleva manuscritas en los márgenes las glosas a Fueros y observancias de MARTÍN DE PERTUSA, lo que le confiere un valor adicional a la presente edición. Por lo demás, edición muy cuidada en su impresión, perfecta.

ANTONIO PÉREZ MARTÍN se ha encargado de realizar una amplia y documentada introducción que sitúa al lector en el Derecho aragonés desde sus inicios hasta la época presente. Especialmente referida a la época anterior a 1707, en que se derogan los Fueros, si bien se devuelven parcialmente en 1711. Su centro de interés se dirige al período comprendido entre la promulgación del código de Huesca en el siglo XIII hasta la primera mitad del xvi, etapa que recoge la edición incunable y príncipe, con complementos de Cortes posteriores. Etapa de recopilaciones cronológicas en Aragón, hasta alcanzar la sistemática de 1552 que presidirá el resto del siglo y el xvii; incluso después, en tanto se mantiene parcialmente el Derecho foral aragonés.

Estudia el código de Huesca de 1247, señala el origen de sus preceptos y analiza las circunstancias de su promulgación. Describe sus contenidos, así como los posteriores núcleos de sucesivas Cortes—hasta las de 1702, si bien la edición se detiene en 1547—. Se ocupa de los diversos manuscritos de los *Fueros de Aragón*, así como de sus ediciones impresas, hasta la actual. Conoce bien la bibliografía y las ediciones medievales de los Fueros, debidas a TILANDER, el gran investigador sueco y su escuela, así como a LACRUZ BERDEJO y BERGUA CAMÓN. Sistematiza el estado de la cuestión sobre el Derecho aragonés, y no solamente de los Fueros, sino también de otras fuentes jurídicas, como son los actos de corte y las observancias, el Derecho supletorio. Las observancias de MARTÍN DÍEZ DE AUX, que acompañan a la edición de 1476-1477, reciben su atención, como complemento de los Fueros. Y, sobre todo, se ocupa en un primer acercamiento a las glosas manuscritas de MARTÍN DE PERTUSA, que adornan esta edición: datos conocidos del jurista, demostración de su paternidad, análisis general de su sentido...

No cabe duda alguna de que esta edición—enriquecida por la introducción de PÉREZ MARTÍN—llena un vacío para el investigador y en general

para quien se interese por la historia del Derecho de Aragón. Las ediciones incunables o de la primera mitad del XVI son raras, de difícil consulta—sólo quedan cinco ejemplares de la que ahora se edita—. Aquellas ediciones cronológicas de los Fueros aragoneses son poco conocidas y manejadas, aun cuando presenten la situación de las normas jurídicas esenciales durante cerca de cien años. La introducción centra su sentido y proporciona datos y repertorios de cuestiones para quien quiera entenderlas y profundizar su estudio.

Los juristas y los historiadores saben bien la utilidad que reporta el poder disponer de una edición facsímil para su consulta, para sus investigaciones. Poder manejar el viejo texto con facilidad impulsará, sin duda, una mayor ventaja y un adelanto para el estudio del Derecho de Aragón.

MARIANO PESET

TODESCAN, FRANCO: *Diritto e realtà*. Historia y teoría de la *fictio iuris*. Padova, Ed. Cedam, 1979.

Nos hallamos ante una obra bellísima. Al detallarnos la vida y milagros de la ficción jurídica, dentro del marco de la Filosofía del Derecho y con el fondo de la civilización occidental, TODESCAN nos ofrece un fascinante cruce por un mar interior repleto de islas y penínsulas, con orillas próximas y horizontes limitados en los que los más nimios accidentes se resaltan exageradamente, con tan acusada orgía intelectual, que pasan a ser singularidades absolutas. Para los inmersos en las brumas del civilismo y sus vericuetos de las garantías reales inmobiliarias, el periplo por el inmenso azul marino y sus coloridos escollos equivale a fresco aire del atardecer; el desfile de un «ballet» fabuloso en el que figuras pasadas y famosas trenzan los pasos históricos de aquella cultura cuya célula matriz acostumbra a situarse en Grecia y que alcanza hasta nuestros días, en los que, agotada, decadente, escucha a las nuevas generaciones las estrofas que invitan a hacer tabla rasa de un pasado generoso y glorioso. TODESCAN, involuntariamente, parece entonar un embriagador canto de cisne con su prosa feliz, diáfana, en la que el cincel se maneja con magistral suavidad y las ideas se resumen en esculturas que respiran simplicidad helénica, mientras el colorido aparece impregnado con la atracción del más puro impresionismo.

El Código de Hammurabi ofrece ya ejemplos de ficciones legales, pero es en el «humus» del espíritu sapientemente conservador del Derecho Romano, con ficciones como la de la Ley Cornelia, considerando al fallecido en la servidumbre del cautiverio, y, por tanto, sin capacidad ni derechos, como muerto en la «civitas». La «Julia Norbana», que regula el estado de libertad de los esclavos manumitidos sin las formalidades legales. La his-

La «Lex» no puede abrogar el «ius civile», pero consigue su neutralización con ficciones como la de la Ley Cornelia, considerando al fallecido en la servidumbre del cautiverio, y, por tanto, sin capacidad ni derechos, como muerto en la «civitas». La «Julia Norbana», que regula el estado de libertad de los esclavos manumitidos sin las formalidades legales. La his-

pánica «*Salpensa Malacitana*», que reputa no realizado el cambio de «*status*» a efectos de «*manus*» y «*mancipium*» o la que estima válido legado «*per damnationem*» el nulo de cosa ajena «*per vindicationem*». No vamos a detallar las del Senado Consulto Dasumiano—nombre cordobés—, ni otras que, basadas en la «*aequitas*», permiten el desenvolvimiento del «*ius civile*» dentro de la estricta justicia.

Conocida es la función del Pretor en la propia obra de adaptación del «*ius Quiritium*», rural y primitivo, a las necesidades históricas; las «*formulae ficticiae*» le permiten ofrecer soluciones análogas a las del Derecho civil sin alterar éste. Gayo, en exposición célebre, ha detallado muchas; la «*ficta pignoris capio*», la «*fictio civitatis*» o la dimanante de la acción publiciana, son ejemplos clásicos.

También el Magistrado, valiéndose del «*Imperium*», hace abarcar la realidad vigente por las raíces remotas y con la fructuosa dialéctica de la interpretación equitativa la ficción es un instrumento tópico, no dogmático: la prevalencia del «*favor libertatis*» en las manumisiones testamentarias potestativas, no cumplidas por causa ajena a la voluntad del heredero; la «*pro non scripto habetur*» en las instituciones hereditarias condicionales o las condiciones contractuales imposibles, objeto de diversas posturas en sabinianos y proculeyanos; el «*conceptus pro iam nato habetur*» y, sobre todo, la ficción personificativa de la «*hereditas iacens*», cuya titularidad es atribuida desde el causante al heredero que todavía no ha aceptado y sobre cuya materia opinan, desde Pomponio a Gayo, pasando por Longino, gran número de juristas, hasta alcanzar en un proceso de antropomorfización de esta entidad abstracta no el grado de persona jurídica, pero sí el de «*persona vice fungitur*».

Frente a la tesis que sostiene que el criterio de que la ficción no es consecuencia de la necesidad de la certidumbre en el Derecho, por ser esto incompatible con las facultades pretorias, TODESCAN apoya la de que el concepto certeza no es algo meramente formal, sino sustancial y que se alcanza por medio de la ficción, instrumento privilegiado en el proceso de adecuación del «*bonus et aequum*», columna vertebral del «*ius civile*», a las necesidades vigentes.

Con Irnerio, en la época medieval, se inicia otra etapa. La glosa interlineal y sobre todo la marginal de aquellos pioneros aporta esbozos de numerosas tesis que serán desarrolladas por los comentaristas, pero el «*Corpus*», en aquellos tiempos, es reputado texto sagrado e intangible, y el método casuístico no permite la consideración sistemática del instrumento de la ficción. No obstante, en su culminación, con la Glosa Ordinaria de Acurcio, aparece ya una ficción clara de verdad legal: «*res iudicata pro veritate accipitur*», y no faltan escarceos sobre la «*universitas*» que con los canonistas alcanzan la «*persona ficta*», «*nomen iuris et non personarum*».

Con los comentaristas y el redescubrimiento del arsenal aristotélico, la dogmática jurídica adquiere considerable desarrollo. Cino admite ya la «*fictio secundum naturam*»; Bartolo construye el concepto y hasta formula complejos ensayos clasificatorios, que perfeccionan Angelo y Baldo de los Ubaldos.

A fines del siglo xv aparece el movimiento humanista, fundamentalmente crítico-filológico, con singulares reflejos jurídicos, que redescubre y analiza el pasado con entusiasmo ilimitado. Los métodos jurídicos pasa-

rán a constituir el «mos gallicus», por ser Francia su base principal, frente al hostigado «mos italicus» de Bartolo y sus secuaces. Hay figuras puente, «dobles almas», en el campo del Derecho. Aparte Budè y Zazio, emerge Alciato, cuya Escuela de Bourges pasa a ser un semillero. Es él quien separa las tres figuras que integran el campo de las «probationes artificiales»: la ficción y las presunciones «iuris tantum» y «iuris et de iure». Aunque la confusión de esta última con la ficción es posible, en ella aparecen siempre elementos de duda que la ensombrecen, mientras que en la ficción se parte de una hipótesis cierta que se niega explícitamente después. Es imposible seguir a TODESCAN en su detalle de las doctrinas de Menocchio, Mantica, Felipe, Alteserre y las más maduras de Cujacio, Donello, Godofredo, Coras, Hopper, Crusio y tantos otros que, aprobándolas o no, testimonian las relaciones de la ficción con la equidad, la necesidad o la utilidad.

Mención especial merecen nombres como los de Agricola o Melantonic y los otros que ya en el cuatrocientos abordaron temas interpretativos como Cepolla, Rogerio o Gammario, de los que aquéllos son continuadores. Son los nuevos dialectistas con sus «inventio argumentorum» en los que la tópica pasa a ser la materia preferida de la lógica jurídica en la que el lugar más atormentado es el «locus a simili», la analogía, sobre cuyo emparejamiento con la ficción se suscitan amplias disputas. EVERARDO y BELLON, como OLDERDORP, HEGENDORFF, HELEN o VITELIO señalan nuevos perfiles a la ficción y aun algunos estiman que se trata de uno de los autónomos «topoi» legales.

La «fictio», que en glosadores y comentaristas parece ser una traducción de los principios racionales de la «aequitas» y devenir el criterio interpretativo basilar de la norma, el «Corpus iuris», que ofrecía el material con el que se levantó un nuevo Derecho jurisprudencial, con el humanismo y el racionalismo, que identifican derecho y razón, se transforma, quedando reducida a simple instrumento de evidenciación del sistema jurídico, de racionalización de una voluntad anterior. La amplia interpretación judicial entra en decadencia. La escuela de los «Elegantiores» holandeses de los siglos XVI y XVII, pese a su estilística, sólo aporta la distinción entre «fictio» y «mendacium» que implícitamente se encuentra ya en Cino. MARSMANNI, SEGISMUNDO SCACCIA o RAYNAUD dividen y subdividen, aunque señalan las amplias actuaciones de la ficción en los órdenes teológico y moral.

La revolución francesa y su secuela, la codificación napoleónica, representan la fructificación de estas raíces culturales, filosóficas y políticas que han ido penetrando profundamente en los siglos anteriores. Es una ruptura también en el ámbito jurídico; es el triunfo del iusnaturalismo y con ello la desaparición de las diversas fuentes del Derecho que concurrían hasta en forma intersecante. El legislador pasa a ser la única, la culminación de los impulsos uniformistas del premercantilismo y aun la legislación de los reyes absolutos, que superaba el ámbito consuetudinario.

Con ella el legislador tiene a su disposición permanente la instrumentalización que permite a la norma completarse y adaptarse fácilmente. La jurisdicción se unifica, pero el juez deja de ser un órgano libre, con facultades interpretadoras muy limitadas y prácticamente nulas de índole

creativa. La ley clara, nítida, cierta y fija, no permite excesivas expansiones y la ficción queda desplazada en el nuevo sistema.

SAVIGNY, enemigo de la codificación, parece representar la reacción romántica y nacionalista frente al jacobinismo y su «Code», aunque su real identidad, plagada de residuos iusnaturalistas, permanece en el liberalismo moderado. Partiendo de la necesidad de restaurar la equivalencia hombre-persona, admite que el Estado, exteriorización orgánica del «Volk-sgeist», pueda desconocer la capacidad jurídica de ciertos hombres, así como, mediante ficciones legales, dotar de ella a sujetos artificiales. Con su distinción entre historia y dogmática jurídica se abre el campo en el que en su siglo se mueve el mundo de la ficción. Aspectos complementarios, medios privilegiados, precursores de la jurisprudencia de conceptos.

BENTHAM en Inglaterra, país no codificado, formula la más radical defensa de la codificación, tal vez basada en su aversión a los jueces, casta encerrada en sí misma, extraña al pueblo y cuya praxis jurisprudencial constituye auténtica norma, casi la única fuente de Derecho, pues los actos legislativos del Rey o del Parlamento representan excepciones o privilegios frente a esa regla general, ampliada por la falta de certidumbre del Derecho. Al propio tiempo, jurista analítico que elabora el método de la tipificación, ataca violentamente las expresiones lingüísticas que designan conceptos en forma indirecta, las ficciones, contra cuya legitimidad moral y científica arguye y contra cuyo «hedor pestilente» clama. Derecho y potestad, deber y obligación, son simples ficciones que ocultan el imperativo del legislador, positivo o negativo, como lo son los pretendidos derechos naturales innatos relacionados con un fingido estado de naturaleza o contrato social.

IHERING, en su primera etapa conceptualista, sistematiza el material jurídico, articulando una verdadera «Economía jurídica» en la que figura la ficción, mentira técnica que facilitando la evolución normativa, en su faceta histórica, permite que «el Derecho se haga historia». Las ficciones dogmáticas hacen comprensibles construcciones jurídicas como la de la persona moral.

WINSCHIED, UNGER, BIERLING, BERNHÖFT y otros opinan también sobre estas materias en sentido aproximado al expuesto y con ello se alcanza la Escuela de Marburgo, con la figura de STAMMLER en lugar destacado, que representa el apogeo de la construcción jurídica en el que la ficción reitera su calidad de fórmula sintética cuyo aspecto dogmático se realza.

Mientras la «jurisprudencia de conceptos sigue su curso; del «humus» cultural centroeuropeo emergen, en rapidísima sucesión, metodologías anticonceptualistas como la Jurisprudencia de Intereses, el Movimiento del Derecho Libre y la Escuela Científica de Geny, aunque ya antes autores como KUNTZE y BERGER habían comentado cáusticamente, sin compasión, los fuegos fatuos de las ficciones cuyo humor venenoso corrompe, dirigiendo una verdadera pirotecnia de inectivas contra la fría arquitectura y los gélidos cristales conceptualistas.

En el ámbito anglosajón, SUMMER-MAINE plantea su famosa fórmula de la evolución del «status» al contrato, señalando como elementos del tránsito las ficciones legales, las consideraciones equitativas y la legislación; pero considera a la primera un instrumento grosero, propio, exclusivamente, de períodos infantiles.

Críticas son también las conclusiones de DEMELIUS, para quien la ficción

es una simple expresión terminológica, una «Redefigur». Otros nombres son los de ESELER, HOLDER, KIRCHMANN, BILDER o KOHLER, éste creador de la teoría de la hermenéutica objetiva: la ficción es la poesía del Derecho, la afirmación de algo irreal como real, pero como simple mito sólo puede conducir a un discurrir fuera del camino. KANTOROWICZ reputa a la ficción histórica difícilmente tolerable, pero absolutamente insoportable en clave sistemática. Toda la escuela de Derecho Libre insiste en considerar analogías, ficciones, etc., como instrumentos sólo útiles para una interpretación literal de la ley, lo que esencialmente repudian.

La Escuela Exegética francesa, inmediata a la aparición del «Code», practica el culto a la ley prescindiendo de su racionalidad. Derecho equivale a Ley, por lo que la ficción interpretativa es una extralimitación, pero a fines de siglo tales ideas entran en crisis, como toda la ideología individualista, bajo la presión de otras abiertamente sociales. Se reconocen las lagunas legales y DE LA GRASSERIE intenta elaborar un Derecho civil dinámico, contraponiendo el método dogmático al sociológico y señalando el gran número de ficciones que tamizan la evolución del Derecho. LAURENT las considera un «útil bizantinismo». TORTOULON las estima divertidas y algebraicas. La fórmula «le mort saist le vif» comprende infinitas conclusiones; la ficción es al Derecho lo que la metáfora al lenguaje. Todo ello anuncia a GENY, que sitúa al Juez en posición crítica y activa, frente a la pasiva que le había impuesto el «Code». La ficción es útil a la autonomía judicial, que desarrolla el texto legislativo a través de la «libre recherche scientifique».

VATHINGER y sus seguidores, principalmente STRAUCH y MALLACHOW, aportan la llamada Filosofía del «Als Ob». En el campo filosófico se elaboran habitualmente hipótesis «como si» fueran verdaderas, lo que les conduce a construir una teoría lógica de las ficciones, estructuras psíquicas, formales y transitorias, y aún una concepción «fictística» de la entera ciencia. Estas tendencias encuentran amplio eco en juristas que profundizan el aspecto formalista de la realidad jurídica de los que Kelsen es figura representativa: sitúa al Derecho en la esfera del «Sollen» y construye la ciencia jurídica como una geometría de los fenómenos jurídicos cuyo objeto no es precisamente el conocimiento de la realidad. Rectifica el campo ficcional ofrecido por VATHINGER y tipos clásicos, como el del sujeto de derecho-persona, quedan reducidos a personificaciones de complejos de normas que, en el caso de la persona física, regulan la conducta humana y en el de la jurídica determinan un micro-ordenamiento relativo al proceder de una multiplicidad de seres humanos.

El institucionalismo, para el que el Derecho es un fenómeno organizativo mediante el que un grupo tienden a realizar un fin común, también comparece en esta arena. Las grandes figuras de SALEILLES, HAORIOU y el dominico RENARD manifiestan su desconfianza hacia el sistema de la ficción, desconectado de la realidad empírica, elemento imprescindible para la construcción de la realidad jurídica. Por ello la institución se halla a medio camino entre Derecho y sociología. Como es natural, a SANTI ROMANO nuestro autor le dedica unas fervorosas y especiales páginas.

El problema de la realidad jurídica, que normativistas y voluntaristas plantean encaminándolo hacia la objetivación formal eludiendo el contenido específico de norma o voluntad, en Kelsen, normativista, la norma se libera de contenidos metajurídicos; sus ficciones son las de la ciencia

pura. En el institucionalismo la voluntad, basada en la consistente realidad jurídica, carece de contenido individualizante, siendo la voluntad objetiva de la institución la que es reabsorbida por la ficción. Esta creciente tendencia objetivista continúa, aunque centrándose más en el momento procesal que en el sustancial, en períodos casi contemporáneos: el modernismo franco-belga de DABIN, principalmente, o DEFROIDMONT, DEKKERS, CORNIL o LECOCQ o el pensamiento germano de ESSER, profundamente influido por VAHINGER.

En el ámbito anglosajón el realismo de la escuela americana, en razonamientos no distantes de los de BENTHAM, formula por boca de COHEN un «ultimátum» al conceptualismo y los elementos ficticios del lenguaje normativo a los que FULLER, concretándose especialmente a las ficciones, cuyo uso considera debido al conservadurismo en sus diversas vertientes, propone eliminar mediante la redefinición y el rechazo o «rejection». CARDOZO y PEMOS, en cambio, no las juzgan tan negativamente.

En el no distante campo escandinavo, apenas es posible hablar de ficciones. Sus intentos son los de destruir el mito del Derecho objetivo y aun disolver la misma realidad jurídica. HAGERSTROM considera la voluntad del Estado una antropomorfización de las fuerzas que colaboran en la conservación del ordenamiento jurídico, ficción metafísica sin referencia empírica, que propone sea demolida. LONSTED la emprende contra la realidad del Derecho subjetivo, mientras que su discípulo OLIVECRONA nos habla del poder mágico vinculante que se sirve de las ficciones: la «obligatio» romana era un poder sobrenatural que el acreedor ejercitaba sobre el deudor mediante fórmulas mágicas, y hasta el danés ALEF ROSS, en un ensayo «Tû-tû», satiriza, sin piedad, las ficciones y todas las componentes míticas del lenguaje jurídico. Como paradoja, estas doctrinas, más que eliminar las «fictio iuris», destruyen toda la realidad jurídica, que pasa a constituir una enorme y grandiosa ficción.

En el ambiente germano, filósofos y poetas, las cenizas del «Wiener Kreis»; cristalizan en el neo-positivismo o positivismo lógico. A él pertenece figura tan destacada como la del húngaro SOMLÓ, quien, estimando que las proposiciones jurídicas son prescriptivas, no descriptivas, rechaza la ficción del ámbito jurídico: se trata de una simple metáfora.

La filosofía analítica se desarrolla profundamente en el mundo universitario de Oxford y Cambridge. HART es nombre a resaltar. Formula una descripción de las tres concepciones de la realidad jurídica: la del realismo americano, que considera el Derecho previsión de futuro, probable comportamiento de los Tribunales; la del escandinavo, poder ficticio o imaginario, y la de la jurisprudencia conceptualista, para la que el Derecho es realidad objetiva, aunque diversa, del comportamiento humano. La realidad jurídica es un fenómeno simplemente lingüístico y nominalista. Todo ello tiene sus claros reflejos en las ficciones y, particularmente, en temas de persona jurídica.

Por último, el método analítico se centra también en la ficción en los estudios de WRÓLEWSKI, promocionados por PERELMAN y seguidos, en este mismo decenio, por autores como GABRIEL, WALTON o WOODS.

TODESCAN termina señalando tres puntos que considera alcanzados firmemente en su investigación: la ampliación de la ficción moderna, con diverso papel incluso que la clásica; el eclipse de las reflexiones relativas

a ficción y equidad, y el enlace, cada vez más acentuado, entre los temas de ficción y los de realidad jurídica.

* * *

Iniciábamos estas notas con una referencia a la belleza de la obra. No es posible eludir otros aspectos. Para el profesional, el civilista, es no sólo un «verde» que ilustra el solazar, sino una invitación a un autochequeo, casi a una autocrítica. Un utilísimo instrumento de «reciclaje».

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

VATTIER FUENZALIDA, CARLOS: *Concepto y tipos de empresa agraria en el Derecho español*. Colegio Universitario de León, 1978. Un tomo de 267 págs.

La idea de la empresa ha pasado de los ámbitos mercantil o laboral al agrícola con tal rapidez y general aceptación que no son pocos los que, en consecuencia, llegan a caracterizar y definir el Derecho agrario como aquel que se ocupa de las relaciones empresariales de la agricultura.

El paso no es puramente doctrinal, sino que en cierto modo responde al deseo de trasplantar a los conceptos jurídicos la transformación radical que han experimentado las realidades sociales del campo. Con los cambios fundamentales, tanto en las técnicas de cultivo como en la comercialización de los productos, se ha pasado de la agricultura de simple subsistencia a la de mercado y competencia. Ya hay cada vez menos labradores agarrados a la mancuerna del arado romano, y cada vez más verdaderos empresarios que al cultivar y vender aceptan y aplican las normas económicas, sean sencillas o sofisticadas, no sólo para salir adelante, sino intentando obtener beneficios de la tierra, por muy difícil que esto último sea. Y si por fin nos dejan entrar en el Mercado Común, que va para largo, por lo visto, tendrían nuestros agricultores que afinar más aún para estar en condiciones de afrontar la competencia.

Por eso, bien venidos sean todos los estudios sobre el tema que cooperen a configurar debidamente la empresa agraria en nuestro Derecho. Poco a poco, mientras llegamos con paciencia a la meta comunitaria, iremos preparando las bases deseables para encajar debidamente en aceptables niveles científicos respecto a nuestros vecinos continentales.

Esta vez el libro nos llega de un hispanoamericano, CARLOS VATTIER FUENZALIDA, de origen chileno, doctor por Salamanca y actualmente profesor de Derecho civil en el Colegio Universitario de León, que desde su tesis doctoral sobre las mejoras en el arrendamiento rústico ha venido mostrando su especialización agraria, y que ahora hace un estudio completo del especial mundo en que se mueven las relaciones económico-jurídicas del campo en España.

De acuerdo con su título, el estudio transcurre desde el concepto de empresa aplicable, en general, a todos los tipos hasta la específica empresa agraria, a la que se va a dedicar especialmente. Y dentro de ésta contempla al agricultor individual y los distintos tipos de empresas colectivas, bien de forma social y personalidad propia o bien de estructura simple-

mente comunitaria, en la que cada miembro conserva su identidad, y que sigue siendo la más frecuente nuestros ámbitos rurales, poco receptivos a formalidades y requisitos.

CAPÍTULO I: *La empresa en general*

Para configurar el concepto de empresa agraria—empieza diciendo el autor—es precisa una noción general de la empresa, por muy somera que sea. Pero resulta que la empresa no sólo ha originado una normativa abundante de tipo constitucional, administrativo, fiscal, laboral y privado, sino que ha agitado constantemente a la doctrina en lo que va de siglo, sin que se hayan logrado soluciones pacíficas y definitivas a su respecto. Esto impone a la doctrina la tarea de reconstruir el concepto en base a los datos normativos, jurisprudenciales y de la realidad empírica, percibida siempre de forma más o menos intuitiva, que el ordenamiento vigente sólo proporciona de modo fragmentario.

En su búsqueda, y quizá colocado en términos excesivamente mercantilistas y teóricos, VATTIER enfoca el tema contemplando la evolución histórica a través de la cual se opera el tránsito desde el comerciante tradicional al moderno empresario, deteniéndose en la polémica que ocupó en el siglo pasado a la doctrina mercantilista, que se debatía entre los sistemas subjetivo y objetivo para definir al comerciante y que perdura hasta nuestros días. Sabido es que nuestro vigente Código de Comercio acepta la fórmula objetiva al sentar en su artículo 2.º que «los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él... Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga».

Formado históricamente así el concepto de empresario, algunos vienen a identificar el Derecho mercantil con el Derecho de la empresa primero, y con el Derecho de la economía después. VATTIER repasa estas concepciones, tanto en la doctrina alemana e italiana como en la nuestra, en la cual GARRIGUES ha atemperado esa opinión afirmando que el Derecho mercantil dependerá del ordenamiento jurídico de la economía como ordenamiento constitucional previo, a la manera como el derecho de propiedad privada está condicionado por el ordenamiento constitucional de la propiedad. Y del mismo modo que no se puede identificar el Derecho mercantil con el de la empresa, ya que éste tiene un campo de actuación más amplio que aquél, el autor opina que el Derecho agrario no se identifica con el Derecho de la empresa agraria, tanto porque su normativa excede de la misma cuanto porque hay relaciones internas de la empresa agraria, como las laborales, que si bien presentan una especialidad agraria, sólo muy indirectamente pueden ser incluidas en su sistema.

La naturaleza jurídica de la empresa es enfocada de diversos modos por las distintas concepciones conocidas:

- Un primer grupo de opiniones hacen de la empresa un sujeto de derecho en sentido técnico, diciendo que ella no es una reunión inerte de medios de producción, sino un nuevo sujeto con vida propia.

- En la línea de concebir la empresa como objeto, otros la identifican con la hacienda o explotación y la definen como un organismo vivo compuesto de trabajo, cosas materiales y bienes inmateriales y destinada a los fines de la economía social.
- Un tercer grupo de teorías ve en la empresa un hecho derivado de la situación del empresario, un *status* generado por la cualidad de éste, que en nuestra doctrina LUNA SERRANO ha acogido bajo el concepto de titularidad de explotación.
- Y el último grupo de opiniones está compuesto por aquellos que conciben la empresa como un supuesto complejo de actos, como un procedimiento o, de forma más genérica, como una actividad.

Tras repasar las críticas a estas concepciones, el autor recoge los datos normativos fragmentarios existentes en el Derecho mercantil o la legislación de arrendamientos con los que la doctrina o la jurisprudencia han inferido el concepto positivo de la empresa. Estudia como requisitos de la empresa en general los establecidos en el Código Civil italiano, que son la economicidad, organización, profesionalidad, añadiendo él la imputabilidad, que significa que la actividad económica implica necesariamente la existencia de un sujeto, el empresario, que la realiza en propio nombre.

En suma, el autor concibe la empresa como una actividad económica organizada, profesional e imputable a un sujeto en cuyo nombre se realiza; en su ejercicio se emplea generalmente una organización de bienes instrumentales, que no puede ser confundida en el plano dogmático con dicha actividad ni con la realidad de la empresa en su totalidad.

CAPÍTULO II: *La empresa agraria*

Estudiado el concepto unitario de empresa como categoría general en nuestro sistema jurídico positivo, aquél es aplicable, en principio, a la empresa agraria al extenderse a su objeto, que es la actividad económica agraria típica basada en el *fundus*.

La disciplina de la empresa agraria en nuestro Derecho está encuadrada por un doble cauce: De una parte, la que regula el sujeto, el empresario agrícola y el régimen jurídico que le sea aplicable según la estructura individual o colectiva que adopte. De otra, la que regula la composición, circulación y reforma de su elemento objetivo, la explotación, hacienda o establecimiento agrícola. El libro contempla sólo el primer aspecto.

¿Y cuáles son los criterios que delimitan la tipicidad de la empresa agraria? Son cuatro, a juicio del autor:

1. Territorial, o sea, la vinculación de la empresa agraria a la tierra.
2. Biológico, pues la actividad productiva agrícola consiste en el desarrollo de un ciclo biológico, vegetal o animal, que se resuelve económicamente en la obtención de frutos.
3. Existencia de una problemática y normativa especiales.
4. La existencia de formas asociativas propias.

A la hora de abordar el concepto de empresa agraria, VATTIER acude primero a los escasos datos normativos que proporciona la legislación

sobre arrendamientos rústicos, el Derecho mercantil y las legislaciones fiscal, laboral y agraria. De su conjunto resulta que en la empresa agraria se distingue, por una parte, la explotación agraria, que, a semejanza del establecimiento mercantil, es una organización de elementos productivos, y, por otra, la empresa agraria así concebida no se confunde con el titular individual o social—el empresario agrícola—que la ejerce.

En su consecuencia, el concepto de empresa agraria resulta de la conjunción de dos elementos variables. De una parte, la actividad desarrollada por el sujeto ha de reunir las condiciones generales de la empresa para poder ser calificada como tal; de otra, ha de corresponder a los comportamientos que el ordenamiento configura como típicamente agrarios.

Para saber cuál es esta actividad agraria típica, ante la carencia en nuestro Derecho de una definición como la del artículo 2.135 del Código italiano, el autor bucea en diversas disposiciones positivas y de ellas deduce que puede consistir en actividades puramente agrícolas, ganaderas, forestales y mixtas. Contempla las discusiones sobre la agrariedad de las actividades conexas, especialmente las de transformación, comercialización y la de las actividades auxiliares de la agricultura.

CAPÍTULO III: *El agricultor individual*

La empresa agraria es objeto de un tratamiento abundante en el Derecho positivo español, aunque sea fragmentario e inorgánico, y entre los diversos aspectos posibles, el autor se centra en el referido al empresario agrícola y su tipología varia, opinando que entre el agricultor y el comerciante individuales hay un paralelismo estrecho, siendo extrapolable, según él, en gran parte, el régimen jurídico de uno a otro, pues ambos responden en su ámbito respectivo a la idea del empresario unipersonal.

Bajo este prisma contempla la aptitud legal y la representación, la profesionalidad y el ejercicio de la actividad económica por cuenta propia. Sin embargo, el propio autor reconoce que este paralelismo no es total; así, los efectos legales derivados de la cualidad de comerciante individual, que son, en síntesis, la obligación de llevar libros de contabilidad, un tratamiento especial de su insolvencia y la extensión subjetiva de la mercantilidad a los actos en que intervenga: tales efectos no se dan en la figura del agricultor individual. Además, tiene el agricultor su regulación en la legislación especial, que contempla los tipos no comparables del cultivador directo, del personal y del empresario a quien se ha adjudicado un «lote» del IRYDA.

El cultivador directo es uno de los supuestos más característicos del agricultor individual, que introducido por la normativa especial de arrendamientos rústicos tiene ya carácter general en nuestro Derecho agrario. Este tipo de agricultor individual, normalmente unido a la idea *standard* del «buen labrador», ha sido fomentado como principio rector de nuestra política agraria con la finalidad de hacer coincidir la titularidad de la propiedad de la finca y de la empresa agraria ejercida sobre la misma.

Si al cultivo directo se añade la nota de «personal», se entiende que el titular de la empresa agraria realiza materialmente las operaciones de la actividad agraria típica, bien en forma personal o mediante la cooperación de los familiares que viven bajo su dependencia económica, con limitacio-

nes al trabajo asalariado ajeno. También es concepto que se va generalizando, aunque naciese igualmente en la legislación arrendaticia.

La explotación familiar contemplada en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario es sintéticamente estudiada en este libro, enfocando el entramado de derechos y deberes que configuran al titular de estas explotaciones en dicha ley. Para pasar de simple «concesionario» a verdadero propietario de las explotaciones adjudicadas hay que cumplir unas condiciones de cultivo directo y personal, acreditar profesionalidad y correcta explotación a lo largo del período establecido como prueba.

CAPÍTULO IV: *La empresa colectiva de estructura societaria*

Siempre partiendo de su preocupación mercantilista, dice el autor que el fenómeno del asociacionismo agrario se explica por la tendencia capitalista de conseguir empresas de grandes dimensiones.

Esta racionalidad preponderante en el ámbito mercantil es la que también mueve al *homo economicus* agrícola a asociarse, y la que sirve de base a la tendencia moderna de la agricultura de grupo, que pretende la unión de los empresarios agrícolas en esas nuevas unidades de producción en común que son las empresas agrarias colectivas.

En una primera aproximación, el autor la define como la empresa ejercida por un grupo organizado de personas con la finalidad de desarrollar en común una actividad agraria típica, cualificada por el hecho de que el ejercicio de la misma se haga en nombre y por cuenta de la pluralidad de sujetos.

De entre los diversos criterios sustantivos, formales o eclécticos para clasificar y tipificar las empresas agrarias colectivas, VARTIER acepta la clasificación sustantiva, según la cual en estas empresas, de acuerdo con su régimen jurídico, pueden distinguirse dos clases de grandes categorías: una formada por aquellos supuestos en los que el titular pluripersonal adopta una estructura societaria por cuanto tiende a asimilarse con el esquema típico del contrato de sociedad, y otra compuesta por los casos en los que la estructura orgánica del titular obedece al esquema típico de la comunidad.

A las empresas agrarias de categoría societaria se les aplica el Derecho común, gozan de personalidad jurídica distinta de las de sus componentes y pueden obtener la cualidad de cultivadores directos a los efectos legales.

Dentro de esta categoría societaria, el autor estudia, de cara a nuestro Derecho positivo, las siguientes posibles figuras:

- La *sociedad civil agraria*, acogida al artículo 1.665 del Código Civil, y cuyo régimen, no formalista, es bastante similar al de la sociedad colectiva mercantil, en cuanto al sistema interno de administración y al externo de responsabilidad. No es muy frecuente en la práctica rural.
- La *sociedad civil, pero de forma mercantil*, cuyo régimen está previsto en el artículo 1.670 del Código Civil, al decir que a ésta les serán aplicables las disposiciones del Código de Comercio en cuanto no se opongan a las del Civil. Parece, pues, que aquí el criterio de diferenciación entre la sociedad civil y la mercantil es la de su

objeto, la actividad económica o empresa a la que la sociedad se dedica. Al no ser mercantiles estas sociedades, no están sujetas al régimen de suspensión de pagos y quiebra, sino al concurso de acreedores, ni están obligadas a llevar libros de contabilidad, salvo a efectos fiscales, como el agricultor individual.

- La *sociedad mercantil agraria*, que en sus formas típicas de colectiva, comanditaria y anónima, junto a las de responsabilidad limitada, es perfectamente aplicable a la empresa agraria. Constituye un supuesto claro de cultivador directo colectivo, siendo de gran aplicabilidad en el campo del Derecho agrario para reconvertir los latifundios tradicionales en empresas agrarias eficientes sobre la base de explotaciones agrarias de grandes dimensiones, bien por la reunión de socios capitalistas en la gestión de una explotación única o bien por la aportación de las mismas por los socios en propiedad o en disfrute al fondo común de la sociedad titular de la nueva explotación agraria así configurada.
- La *sociedad familiar agraria*, que se da cuando las acciones o participaciones se retienen dentro del círculo restringido de la familia, ampliada sucesivamente por las generaciones posteriores. Tiene su causa en la voluntad de mantener indivisa la titularidad inmobiliaria. La constitución de tales sociedades familiares queda entregada a la autonomía contractual articulada en los estatutos dentro de los márgenes del *ius cogens* que rige en nuestro Derecho.
- La *sociedad cooperativa agraria*, fórmula de enorme virtualidad para la constitución de empresas agrarias colectivas de gestión agrícola o ganadera en común, ya sea en la producción, transformación o venta. Se rigen por la Ley General de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974 y el Reglamento de 16 de noviembre de 1978, posterior a la publicación del libro que comentamos. El carácter agrario de la empresa cooperativa se determina por la actividad económica que constituye su objeto. La cooperativa de explotación comunitaria de tierras o ganados tiene una consideración especial por parte de nuestro Derecho agrario positivo: ser titular de una explotación comunitaria, percibir los beneficios de la ordenación de explotaciones, concentración parcelaria preferente, así como otras hipótesis que contempla la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.
- Por último, la *empresa agraria pública*, caracterizada por la participación estatal en ella para controlar sus actividades, que se rige por la Ley de 26 de diciembre de 1958. Apenas se da este supuesto, aunque sería recomendable para la realización de ciertas actividades conexas y para los regadíos. Dentro del apartado de entidades administrativas de tipo corporativo, se estudian en el libro las comunidades de regantes, los consorcios forestales y las empresas nacionales de transformación agraria.

CAPÍTULO V: *La empresa colectiva de estructura comunitaria*

Es aquella en la que la titularidad pluripersonal de la empresa agraria no está personalizada en una entidad distinta de sus miembros, sino que se encuentra atribuida a todas y cada una de las personas que la forman.

Si en el capítulo anterior se estudiaban las empresas configuradas en torno al esquema del contrato de sociedad, ahora giran en torno a la figura tradicional y típica de la comunidad de bienes.

No todos están de acuerdo en esta distinción ni aparecen claras las diferencias entre comunidad y sociedad agrarias. El autor configura la tipología de la empresa comunitaria a base de los criterios de la organización y la profesionalidad; según esto, la sociedad se forma por la reunión de algunos cultivadores directos y otros que no lo son, y la comunidad en sentido estricto está compuesta exclusivamente por cultivadores directos y personales.

En definitiva, se trata de una cotitularidad del derecho de empresa que conlleva una comunidad de bienes de carácter agrario o más bien una unión circunstancial que no produce técnicamente una comunidad. Ejemplos pueden ser la comunidad en el arrendamiento, bien por pactarse colectivamente o por sucesión de varios herederos del arrendatario, así como la aparcería.

Se estudian como figuras empresariales comunitarias:

- La *empresa familiar*, que es un supuesto que ha persistido en la tradición jurídica latina; la familia se organiza en empresa para el ejercicio de la actividad agraria típica. Se caracteriza por las notas siguientes: estructura asociativa entre los miembros de la familia, organización interna estable, consistencia patrimonial mínima, actividad de trabajo en común y carencia de formalidades jurídicas y contables.
- Los *Grupos Sindicales de Colonización*, aún recogidos con ese nombre por el autor, cuando el Real Decreto 1336, de 2 de junio de 1977, ya les había cambiado la denominación por la de Sociedades Agrarias de Transformación. Por supuesto, siguen vivos y con sus nombres y personalidad el gran número de Grupos ya existentes.
- Los *consorcios personales*, que son uniones de empresarios agrícolas para algún interés común relacionado con la producción, comercialización o industrialización agrarias. Sus supuestos principales son las asociaciones de explotación en común, las agrupaciones cerealistas y las agrupaciones de productores agrarios.
- Y la *empresa comunitaria*, que regula la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario en diversos preceptos, teniendo como último resultado la llamada empresa comunitaria técnico-laboral contemplada en el Decreto de 9 de marzo de 1972, cuya gestión se encomienda a un técnico agrónomo, socio o no.

Como se ve, el libro contiene un panorama completo del aspecto subjetivo de la empresa agraria en el Derecho español, cuya sistemática es perfectamente expuesta por el autor. Es un libro de carácter doctrinal, de alto nivel, que está escrito más para doctores que para labradores. Es, por supuesto, un magnífico libro. Si hay que hacerle algún reparo, sería el del tono mercantilista con que enfoca la empresa agraria, dejando un tanto de lado el entorno humano y entrañable, que es quizá la verdadera esencia de esta clase de empresa.

REVISTAS

I. REVISTAS COMENTADAS

DE NUEVO SOBRE LA VENTA CON PACTO AL MAS VIVIENTE, por José MARÍA CABRERA HERNÁNDEZ. *Revista Jurídica de Cataluña*, julio-septiembre de 1980.

Este trabajo es continuación o ampliación de otro sobre el mismo tema publicado en el año 1966. Obedece esta reincidencia, según el autor, a que la institución del pacto de sobrevivencia, une a su vigencia y utilidad en Cataluña, la defectuosa redacción de los artículos que le dedica la Compilación, que han motivado la errónea tendencia de Tribunales y Dirección General en su aplicación práctica y ha llevado a una equivocada estructura de la carga fiscal que sobre esta figura se ha hecho recaer sin ninguna razón.

Este pacto, nacido de la costumbre popular, para la protección del cónyuge supérstite (normalmente la esposa) frente a las consecuencias del sistema matrimonial de separación de bienes, mereció el espaldarazo legal, pero en este trasvase de la costumbre a la ley, se desnaturalizó la institución hasta el punto, según el autor, de quedar inservible para la finalidad que le hizo nacer. La clave del error está en considerar comunidad romana o por cuotas, lo que a todas luces es una comunidad germánica. La comunidad de tipo germánico es la que mejor se adapta al propósito del pacto, pues no se trata de crear cuotas inmediatamente negociables, con un valor incorporable directamente al patrimonio de cada uno de los cónyuges. Además, y frente a lo que opina O'CALLAGHAN en otro trabajo sobre el mismo tema, que habla de la existencia de dos negocios jurídicos: una compraventa y el pacto entre los cónyuges; para el autor, en la venta con pacto de sobrevivencia, hay un solo contrato mixto, el de compraventa, con una causa única, pero al que se añade determinado contenido propio de otro negocio aleatorio y atípico.

¿Ha respetado la Compilación la institución, en el sentido de recogerla de la tradición o costumbre local con el significado dicho, de basarse en la protección del cónyuge? El primer error aparece, a juicio del autor, en el artículo 61, que habla de las adquisiciones hechas «conjuntamente y por cuotas iguales», cuando precisamente de lo que se trata es de excluir las cuotas. No hubiera estado demás silenciar toda referencia a cuotas y hablar claramente de una titularidad compartida.

Además hay otros dos aspectos en la Compilación que, a juicio del autor, son criticables. Uno, es el párrafo final del artículo 61, del que resulta que, fallecido uno de los esposos, su participación en el bien adquirido con este pacto se computará en la herencia. La norma es nefasta, pues nuevamente

se refiere a una parte, a una cuota, que al computarse en la herencia da lugar a la desdichada interpretación del texto refundido del Impuesto (artículo 63, párrafo 4.º), que le hace tributar como herencia a favor del supérstite por el valor de la mitad que se presupone corresponde al premuerto. En realidad, se trata de una compra (contrato único) que se grava en su momento, y cuyo titular definitivo queda momentáneamente indeterminado entre dos posibles dueños; no hay ninguna transmisión hereditaria, y donde no hay transmisión, no debe haber impuesto que la grave. También dice la ley que se imputará la participación del premuerto a efectos del cálculo de legítima, e incurre así en el gravísimo error de suponer que tal supuesta parte ingresó en el patrimonio del causante, cuando en realidad sólo tenía una expectativa. Se ordena, asimismo, la imputación en la herencia del premuerto a efectos de la cuarta marital, norma que tiene aún menos razón de ser que las anteriores, pues si el sobreviviente es la esposa, como ya es suya la cosa adquirida con el pacto, ¿qué más da computar la mitad como suyo y la otra mitad como procedente de su marido, que la totalidad como suyo, que es la verdad?

El otro aspecto criticable de la legislación catalana es el del párrafo final del artículo 62, que habla de renuncia de derechos procedentes del pacto. Es correcta la renuncia recíproca; no creo, dice CABRERA HERNÁNDEZ, que pueda admitirse la renuncia de uno solo en vida de ambos, pero aún resulta más inadmisibles la renuncia por el supérstite, como proclama el párrafo aludido. En definitiva, la equivocación está en considerar al derecho derivado de este pacto como formando parte del patrimonio de ambos cónyuges, cuando la realidad es que sólo tienen una esperanza de derecho, esperanza que se desvanece con la muerte y que no puede considerarse en ningún momento como formando parte de la herencia del premuerto.

Analiza a continuación la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1971, y muy especialmente la Resolución de la Dirección General de los Registros de 29 de diciembre de 1977, referida a un supuesto en el que un acreedor del marido embarga la mitad indivisa, que se dice pertenece a éste, en el inmueble adquirido con el pacto objeto de este estudio. No entramos aquí en más detalles sobre las alegaciones de los distintos implicados en este recurso, por ser sobradamente conocidas; baste sólo añadir que después de un examen en profundidad, el autor considera muy desafortunado este fallo e impropio de la altura alcanzada por otras resoluciones de este Centro, al limitarse a ordenar la inscripción al Registrador, a pesar de la desnaturalización que supone.

MODIFICACIONES DEL DERECHO DE PROPIEDAD POR RAZON DE LAS ACTUACIONES URBANÍSTICAS, por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. *Anuario de Derecho civil*, enero-marzo de 1980.

A los juristas formados en los modelos teóricos del Derecho codificado se les hace muy difícil comprender el significado de ciertas situaciones que han venido a incorporarse al ordenamiento jurídico como una consecuencia de las transformaciones operadas, por lo que durante algún tiempo se ha llamado el Derecho nuevo: tal sucede con la singular posición que ocupa el derecho de propiedad privada en el proceso urbanístico, cuya dificultad principal hay que encontrarla en el propio ordenamiento urbanístico, que

como tantos ordenamientos del *derecho de reforma*, es un ordenamiento incompleto, cuyas características fundamentales, a juicio del autor, son las siguientes:

- Su carácter mixto, que contempla aspectos publicísticos y aspectos privatísticos.
- El desfase entre el urbanismo como técnica, que se halla indudablemente más desarrollado, y el Derecho urbanístico, que ha irrumpido con su fuerte personalidad en un sistema normativo no del todo preparado para recibirle.
- Estar formado fundamentalmente por normas procesales, que se mueven muchas veces dejando atrás un vacío sustantivo.

Divide el autor su trabajo en cuatro apartados: la propiedad privada desde la perspectiva del Derecho público; la propiedad urbana y la función social de la propiedad; la propiedad urbana como «propiedad funcional», y modelos de incidencia de las actuaciones urbanísticas sobre la propiedad privada.

a) *La propiedad privada desde la perspectiva del Derecho público*

El urbanismo moderno constituye una verdadera *función pública*, pero aun siendo una función pública, no se puede llevar a cabo sin una decidida colaboración de los particulares. Pero, ¿qué sucede cuando la normativa del planeamiento se desenvuelve inadecuadamente? En estos casos, el derecho de propiedad se atrinchera tras de su régimen común y se parapeta en su protección constitucional, volviendo a aparecer como derecho absoluto «sin más limitaciones que las establecidas en las leyes», lo que nos viene a recordar que la división del Derecho, en público y privado, sólo tiene un sentido instrumental que no puede servir para explicar, en todas sus dimensiones, la trascendencia de un fenómeno normativo. Con todo, la incidencia del urbanismo respecto del derecho de propiedad no es la misma en todos los modelos de la planificación urbanística, ni se produce con la misma intensidad o perdurabilidad, y a pesar de que cada vez más, una serie de fórmulas técnicas, tanto en la vieja como en la nueva Ley del Suelo, tratan de aplicar un reparto equitativo de los beneficios y de las cargas de la urbanización, no se puede decir que por ese camino se vaya a llegar a una reforma duradera del derecho de propiedad, sino que lo que tiene lugar es algo ocasional, ya que los derechos de propiedad, unos antes, otros después, atravesado el túnel más o menos largo del proceso urbanístico, reobrarán casi por completo su contenido pleno en virtud de la idea pandectista de la elasticidad del dominio. Esto aparece más patente cuando se tiene en cuenta la extrínseca dimensión patrimonial de la propiedad, es decir, su valor.

Así vistas las cosas, no en función de la invasión del Derecho público sobre el Derecho privado, o de conflicto entre ambos ordenamientos, se está en camino de entender y de hacer operativo el ordenamiento jurídico del urbanismo.

b) *La propiedad urbana y la «función social» de la propiedad.*

En nuestra primitiva Ley del Suelo se establecía que la propiedad ha de ejercerse conforme a su *función social*, referencia que no es meramente programática. Pero, ¿en qué consiste el significado dogmático de la función

social de la propiedad? Este significado se ha explicado por la doctrina de muchas maneras. Para unos supone que el concepto de propiedad a que se acoge el Código Civil queda como una propiedad insular, cercada por gran número de limitaciones. Para otros no se trata sólo de limitaciones del dominio, sino de establecer su propia configuración normal. Una postura todavía más avanzada entiende que la transformación de la propiedad se opera en virtud de la instrumentación de la función social, no sobre la «relación jurídica» en sí misma considerada, sino sobre uno de sus elementos: el objeto sobre el que recae el derecho. La consecuencia de estas mutaciones sobre el objeto vienen a sustituir la propiedad como una categoría abstracta sobre una cosa que atribuye una plenitud de derechos o facultades a su titular, por un derecho que recae sobre «cuerpos ciertos» en sentido funcional.

c) *La propiedad urbana como «propiedad funcional».*

Como consecuencia del urbanismo, la propiedad urbana, de ser una pura propiedad abstracta, como la contempla el Código Civil, pasa por un proceso de concreción, a través del Plan o de las normas subsidiarias de planeamiento, para transformarse en una *propiedad funcional*. En este sentido, la propiedad urbana vendrá a ser lo que diga el Plan. La normativa legal, dice el autor, utiliza fórmulas un poco sobrecogedoras para el derecho de propiedad, si se toman en toda su generalidad. Así, por ejemplo, el artículo 76 del texto refundido dice que: «Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley, o en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación, con arreglo a la *calificación urbanística* de los predios.» Esta calificación no supone en modo alguno la negación de la propiedad, sino su mera funcionalización. Lo que se trata de evitar es un beneficio arbitrario, sustituyéndolo por un beneficio programado, de acuerdo con el Plan, y, por ello, más justo, al tratar de armonizar intereses privados entre sí, y éstos en relación con los intereses sociales. Ello se materializa en la clasificación del suelo (urbano, urbanizable, no urbanizable, etc.).

d) *Modelos de incidencia de las actuaciones urbanísticas sobre la propiedad privada.*

El fundamental es, como ya se ha dicho antes, la calificación urbanística, que tiene lugar por medio de la clasificación del suelo. Junto a éste, y como derivación del mismo, en cierto modo, cita: el *concepto de solar*, la técnica del *aprovechamiento medio* y un tercer grupo en el que se incluye todos aquellos supuestos que pueden integrarse bajo el común denominador de *limitaciones*. Dentro de este tercer grupo y por vía de ejemplo cita, dentro del suelo *urbano*, las limitaciones al *ius aedificandi*; la *cesión gratuita* para viales, zonas verdes, servicios, etc.; los *costes* de la urbanización; los *usos* o destino de los terrenos y construcción; la imposición de obligaciones reales sobre los predios aunque no se cierre el tráfico de las fincas, y dentro del suelo *urbanizable*, otro modelo de incidencia es la *cesión* obligatoria y gratuita del 10 por 100 restante del aprovechamiento medio del sector en que se encuentre la finca. Por último, una pieza importante de todo el sistema de la incidencia del urbanismo sobre la propiedad privada se halla en el papel esencial de la *expropiación forzosa*.

Termina su trabajo el profesor DE LOS MOZOS con las siguientes conclusiones:

- El derecho de propiedad, como consecuencia del urbanismo, cambia. Sin embargo, este cambio no es suficiente para satisfacer las necesidades concretas de una *justicia distributiva* que ha de contemplar a propietarios y no propietarios.
- La Ley del Suelo, a pesar de su prolijidad, no es más que un ordenamiento *adjetivo o procesal*, que no aborda en profundidad la verdadera reforma de los derechos subjetivos que utiliza.
- Todo modelo de planificación económica requiere para su eficacia la creación de unos *nuevos moldes* donde encajar los derechos y las manifestaciones de la iniciativa privada, si no se quiere caer en la estatalización del sector y de la riqueza afectada. De modo que a la exigencia de *justicia social* que implica la necesidad de adaptar la *función social*, más allá de sus originarios límites, se añade el criterio de *racionalidad*.

II. NOTICIA DE REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Enero-marzo de 1980

Modificaciones del Derecho de propiedad por razón de las actuaciones urbanísticas, por José Luis de los Mozos, págs. 3 a 28.

Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma, por Justino F. Duque Domínguez, págs. 29 a 103.

Abril-junio de 1980

De nuevo sobre la posesión de bienes muebles. Tres estudios en torno al artículo 464, 1, del Código Civil, por Juan Vallet de Goytisolo, págs. 243 a 333.

La explotación agrícola familiar: su conservación en la sucesión «mortis causa» del titular, artículo 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, páginas 335 a 388.

El pacto al más viviente en la compilación del Derecho civil especial de Aragón, por Angel Cristóbal Montes, páginas 389 a 397.

Asociaciones de agricultores en áreas de montaña y la función de las Cámaras Agrarias, por José López de Sebastián, págs. 31 a 60.

La transformación del brezal a la pradera en Galicia, por Odón Fernández Lavandera y Antonio Pizarro Checa, páginas 61 a 81.

La rigidez de la demanda de alimentos y el proceso de sustitución de los factores de la producción agraria, por Julián Pérez García págs. 83 a 102.

Núm. 111. Abril-junio de 1980

España en la estructura de la CEE, por Luis V. Moro Díaz, págs. 7 a 34.

Situación y problemas actuales de la industria agroalimentaria española, por Jorge Jordana y Jaime Pulgar, páginas 35 a 61.

Análisis de las transformaciones económicas y de los sistemas de tenencia en las grandes explotaciones arroceras del Guadalquivir, por José María Sumpsi Viñas, págs. 63 a 122.

Criterios jurídicos para la solución del problema de explotación de acuíferos en España, por Emilio Pérez Pérez, páginas 123 a 162.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Núm. 110. Enero-marzo de 1980

Análisis energético y socioeconómico de los sistemas de riego en la zona del canal bajo del Alberche, por José Ignacio Trueba Jainaga, págs. 7 a 30.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 432. Septiembre de 1980

Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar, por Jaime Vidal Martínez, págs. 1042 a 1057.

La intervención judicial en la suspensión de pagos, por Pedro Navarro Villarocha, págs. 1058 a 1071.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Julio-septiembre de 1980

Cotejo con la Escuela Histórica de Savigny (5.ª parte), por Juan Vallet de Goytisolo, págs. 567 a 596.

De nuevo sobre la venta con pacto al más viviente, por José María Cabrera Hernández, págs. 597 a 610.

Sobre el origen y desarrollo del concepto de Doctrina Legal, por Miguel Coca Payeras, págs. 611 a 658.

La prueba del derecho extranjero, por Francisco Ramos Méndez, págs. 659 a 676.

La oposición de tercero a la cosa juzgada, por Eduardo Font Serra, páginas 677 a 698.

Notas sobre el derecho de información del consumidor, por José Antonio Gómez Segade, págs. 699 a 724.

La normativa andorrana sobre nacionalidad, por Ramón Viñas Farré, páginas 725 a 756.

Octubre-diciembre de 1980

L'abast jurídic de l'Estatut de Catalunya, por José María Vilaseca Marcet, páginas 821 a 836.

El futuro de la letra de cambio, por Antonio Polo Díez y Eduardo Polo Sánchez, págs. 837 a 863.

El usufructo viudal abintestato en Cataluña, por José Manuel García García, págs. 865 a 926.

La jurisprudencia sobre el divorci derivada dels decrets de la Generalitat de Catalunya (1936), por Eduard Bajet y Royo, págs. 927 a 956.

Las secciones de las Cooperativas en el Derecho español, por Vicente Santos, páginas 957 a 1009.

La prueba de documentos en el proceso laboral, por Federico Sanz Tomé, páginas 1011 a 1055.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núm. 155. Enero marzo de 1980

En torno al concepto, evolución y fuentes del Derecho bursátil en el sistema jurídico español, por Aníbal Sánchez Andrés, págs. 7 a 68.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Núm. 107. Enero-marzo de 1980

Cuestiones sobre la comunidad de Derecho romano y la facultad de pedir la división, por Enrique L. Brioso Escobar, págs. 7 a 116.

Integración del negocio jurídico, por Manuel García Amigó, págs. 117 a 144.

La vida jurídica de la empresa individual, por Luis Roca-Sastre Muncunill, págs. 145 a 253.

El Notario: Función privada y función pública. Su inescindibilidad, por Antonio Rodríguez Adrados, págs. 255 a 409.

REVISTA DE DERECHO PROCESAL

Núm. 1, de 1980

El Derecho procesal en los Estatutos de Autonomía, por José Almagro Noste, págs. 7 a 26.

Exposición sistemática de las fazañas como fuente de derecho medieval, por Salvador Domínguez Martín, páginas 27 a 68.

Incidencia de las quiebras y suspensiones de pagos en el proceso de ejecución laboral, por María Teresa Fernández de la Vega Sanz, págs. 69 a 104.

La justicia penal por jurados, por Gustavo López-Muñoz y Larraz, págs. 105 a 130.

Aproximación a la biografía de Francisco Beceña, por Juan Montero Aroca, págs. 131 a 164.

Introducción a una semiótica probática, por Luis Muñoz Sabaté, págs. 165 a 198.

La admisibilidad de los actos procesales, por Alfonso Pérez Gordo, páginas 199 a 249.

Núms. 2 y 3, de 1980

El Secretariado de la Jurisdicción laboral, por Rafael Luis Alcázar Carrillo y José Luis García Ezcurdia, págs. 295 a 352.

Influencia del Derecho de la Iglesia en el Derecho Procesal, por Manuel Gallego Morell, págs. 353 a 368.

Origen y evolución de la declaración indagatoria, por Juan Luis Gómez Colomer, págs. 369 a 414.

La Ley Orgánica del Consejo General del poder judicial y la independencia del juez, por Luis Fernando Martínez Ruiz, págs. 415 a 422.

El perfeccionamiento del derecho por la jurisprudencia, por Robert Fischer, páginas 423 a 442.

En torno al procedimiento de urgencia. Especial consideración del atribuido a los Juzgados de Instrucción, por Ernesto Pedraz Penalva, págs. 443 a 508.

El sistema español de competencia judicial internacional, por Rodrigo Ricondo Porrúa, págs. 509 a 555.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Julio-agosto de 1980

La protección de la intimidad de la persona en el ordenamiento positivo es-

pañol, por Jaime Vidal Martínez, páginas 755 a 774.

Cláusulas de valor indexadas, por E. Hirschberg, págs. 775 a 781.

Caracteres fundamentales de la solidaridad pasiva, por Francisco Soto Nieto, págs. 782 a 806.

Septiembre de 1980

El matrimonio canónico en el proceso de reforma del título IV del libro I del Código Civil, por Mariano López Alarcón, págs. 883 a 911.

El juego en el Derecho. Consideraciones sobre el elemento lúdico del proceso, por Sergio Valzania, págs. 912 a 938.

Aspectos conflictuales de dos recientes leyes (AGBGESETZ alemana y UCTA británica) en materia de protección del consumidor, por Francisco J. Zamora Cabot, págs. 939 a 946.