

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXVII
FASCICULO II



ABRIL - JUNIO
MCMLXXIV

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción:

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de Derecho civil

ARTURO GALLARDO RUEDA
Letrado del M. de Justicia
y Registrador de la P.

JAIME GUASP DELGADO
Catedrático de D. procesal y Abogado
del I. C. de Madrid

ANTONIO HERNANDEZ GIL
Catedrático de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

SEBASTIAN MORO LEDESMA
Letrado de la D. G. de R. y Notariado
y Abogado del I. C. de Madrid

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS
Letrado de la Dirección General de Registro
y del Notariado

RODRIGO URIA GONZALEZ
Catedrático de D. mercantil y Abogado
del I. C. de Madrid

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

JUAN HERNANDEZ-CANUT ESCRIBA
Profesor A. de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

ANTONIO CANO MATA: <i>Interdicto contra la Administración</i>	271
VICENTE L. MONTES PENADÉS: <i>El modo testamentario y las prohibiciones de disponer</i>	301
HUBERTUS SCHWARZ: <i>Cuestiones actuales del daño moral en los Derechos español y alemán</i>	341

Vida Jurídica

Dictámenes.

<i>Disponibilidades de un inmueble adquirido con destino a Asilo de Ancianos por un Ayuntamiento</i> , por José Antonio Molleda	361
--	-----

Bibliografía

Libros 388

ALONSO PEREZ, MARIANO: *El riesgo en el contrato de compra-venta*, por Antonio M. Morales Moreno.—BENABENT, ALAIN: *La chance et le Droit*, por Carlos Rogel Vide.—MORALES MORENO, ANTONIO: *Poseción y usucapión*, por José Bonet Correa.—PRIETO CASTRO, GUTIERREZ DE CABIEDES, ALMAGRO NOSETE Y RUIZ DELEITO: *Tribunales españoles. Organización y funcionamiento*, por José Bonet Correa.—PRIETO CASTRO, FERRANDIEZ, LEONARDO: *Modelos para la práctica jurídica procesal civil*, por José Bonet Correa.—RICO, FRANCISCO: *La conducta de las personas en el Derecho civil*, por José Bonet Correa.—SANZ JARQUE, JUAN JOSE: *Cooperación, teoría y práctica de las sociedades cooperativas*, por Francisco Lucas Fernández.—VALLET DE GOYTISOLO, JUAN: *Estudios sobre Derecho de cosas*, por José Bonet Correa.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

José María Chico Ortiz 405

Jurisprudencia

I. Sentencias comentadas 449

1. *La distinción entre árbitros y arbitradores y el artículo 1.690 Código Civil*, por Luis Díez Picazo.
2. *Las declaraciones unilaterales de voluntad como fuente de obligaciones y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, por Luis Díez Picazo.
3. *Arrendamiento de local de negocio con cláusula estabilizadora de la renta en función del jornal base de un peón en la ciudad de Barcelona*, por José Bonet Correa.
4. *Contrato de arrendamiento de local de negocio, con pacto de elevación de la renta*, por José Bonet Correa.

II. Sentencias 480

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125.—1956.

IMPORTANTE

Todas las reclamaciones que los suscriptores de este ANUARIO deseen formular sobre retrasos o irregularidades en su distribución y recepción se ruega las dirijan directamente al

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XXVII
FASCICULO II



ABRIL - JUNIO
MCMLXXIV

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.^a

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones
sostenidas por los autores de los originales publicados**



MINISTERIO DE JUSTICIA

Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

Artes Gráficas y Ediciones, S. A.—Rodríguez San Pedro, 40.—Madrid-15

Interdictos contra la Administración

ANTONIO CANO MATA
Magistrado de lo Contencioso Administrativo
Doctor en Derecho

SUMARIO: I) *Protección interdictal de la posesión.*—II) *La Administración Pública.*—III) *Posibilidad de interdictos contra la Administración: normas positivas de aplicación.*—IV) *Acción interdictal contra actuaciones administrativas viciadas por incompetencia.*—V) *Vicios de procedimiento administrativo e interdictos.*—VI) *Otras peculiaridades jurídicas en los interdictos contra la Administración Pública.*

I. PROTECCION INTERDICTAL DE LA POSESION

La posesión, ya se tipifique como hecho o como derecho, o se les busquen nuevos caminos para configurar su naturaleza jurídica (1), es una situación fáctica, de relevancia jurídica, que nace por el simple hecho de detentar una persona una cosa o derecho susceptible de posesión (2).

Entendemos, por tanto, que la posesión es una simple situación de hecho que produce efectos jurídicos, tanto por la exigencia de que la tutela jurídica no sea sustituida por la privada (3), como en definitiva por la necesidad económico-social —dice Vallet— de mantener la relación entre el hombre y las cosas (4).

La defensa jurídica de la posesión se ha justificado tradicionalmente por estimar que es una expresión limitada del derecho de propiedad, que la sociedad no puede desconocer; tesis que tiende a debilitarse desde el momento en que, aceptando un evolucionismo

(1) En orden a la naturaleza jurídica de la posesión, consúltese el libro de Carmelo de Diego Lora: *La posesión y los procesos posesorios* (volumen I, páginas 66 a 92. Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra. Ediciones Rialp. Madrid, 1962).

(2) La susceptibilidad de apropiación viene exigida por el artículo 437 del Código civil: Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y Derechos que sean susceptibles de apropiación."

(3) Desde el momento en que las comunidades organizadas adquieren un mínimo de cohesión y poder, prohíben la tutela privada y toman a su cargo la tutela jurídica. El paso siguiente será la creación de un instrumento cual es el proceso, y la creación de unos órganos que al juzgar hacen posible el imperio de esta tutela jurídica.

(4) JUAN VALLET DE GOYTISOLO: *La concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble* (Revista General de Legislación y Jurisprudencia, año 1945, página 721).

jurídico, veamos en la posesión un hecho que pasa a convertirse paulatinamente en un estado de derecho, y como tal, productor de efectos jurídicos.

Como los derechos estimamos que son susceptibles de posesión, afirmación que encuentra apoyo en nuestro Código civil y en la jurisprudencia que —aunque a veces en forma restringida— viene admitiendo la protección sobre derechos poseídos (5), somos opuestos a la idea que recogen algunos autores de restringir la defensa posesoria de los derechos, negando —subsiguientemente— la protección interdictal al menos de los derechos que no tengan un claro carácter real (6).

Por lo expuesto, todo poseedor o detentador de cosas o derechos (7), sea su posesión natural o civil (8), en concepto de dueño o distinto al de dueño (9), por sí mismo o por otro (10), de buena o mala fe (11), exclusiva o en coposesión (12), adquirida “de facto” o por ministerio de la ley (13)... etc., se encuentra jurídicamente protegido, conforme dispone el artículo 446 del Código civil, según el cual:

“Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuera inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en su posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen”.

Estos medios son los interdictos que, sin perjuicio de terceros (14) hacen surgir una posesión jurídicamente protegida a favor del poseedor o detentador (15).

(5) La posesión de Derechos aparece admitida en artículos del Código civil, como el 430 de gran amplitud terminológica (“Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un Derecho...”), el ya citado artículo 437..., etc.

(6) CÉSAR SENTÍAS BALLESTER: *Tratado práctico de interdictos* (Colección Nereo, año 1962, I-6, página 5).

(7) Queda excluido el servidor de la posesión, precisamente por ese carácter de “servidor” que le convierte en persona subordinada a un tercero (verdadero poseedor).

(8) Artículo 430 del Código civil.

(9) Artículo 432 mismo cuerpo legal.

(10) Artículo 431 mismo texto.

(11) Artículo 433 Código civil.

(12) Artículos 445 y 450 ley citada.

(13) Posesión civilísima, artículo 466 del tan citado primer cuerpo civil.

(14) El artículo 1.658 de la Ley de Enjuiciamiento Civil referido a los interdictos de retener o recobrar, señala en su párrafo tercero, que en cualquier caso la sentencia que se dicte contendrá la fórmula de “sin perjuicio de tercero”.

(15) Obsérvese que desde el comienzo de nuestro trabajo estamos equiparando los términos de detentación y posesión, lo que si bien no es absolutamente correcto desde un punto de vista estrictamente jurídico, ayuda a lograr la idea básica de que, en nuestro derecho, uno y otro concepto son análogos a efectos de protección posesoria. Recuérdese el artículo 446 del Código civil análogo al artículo 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su sentido equiparador.

Como modalidades de acciones interdictales, nos encontramos con las siguientes, en nuestro actual ordenamiento jurídico (16):

1.º *Interdicto de adquirir*.—Protege la posesión civilísima, que viene disfrutándose a título de herencia.

2.º *Interdicto de retener*.—Tiene por finalidad mantener al demandante en la posesión o detentación de la cosa o derecho, cortando toda posible acción perturbadora.

3.º *Interdicto de Recobrar*.—Reponer al actor en la posesión de que ha sido despojado.

4.º *Interdicto de obra nueva*.—Con suspensión de la obra, reinstaurar en toda su integridad la situación posesoria modificada, restringida o anulada.

5.º *Interdicto de obra ruinosa*.—Tiene por finalidad la adopción de las medidas e seguridad necesarias para evitar los riesgos que pueda ofrecer el mal estado de un inmueble, con demolición total o parcial —en su caso— de la obra ruinosa (17).

Pues bien: con todas estas modalidades interdictales, aparece perfectamente salvaguardada, y sancionada su perturbación, despojo o modificación.

Todos los procesos que, por el ejercicio de las correspondientes acciones, pueden surgir, son por su propia naturaleza *sumarios* (18) y específicos para defender situaciones detentatorias, no siendo el cauce procesal adecuado para plantear ni resolver a través de los mismos otras cuestiones que las fácticas, en función de las alteraciones del "status posesorio". De aquí lo supérfluo de cualquier planteamiento conflictivo relacionado con posibles derechos de propiedad o de otra índole, extraños a su específica misión, que que-

(16) La formación histórica en nuestro Derecho de la posesión y su protección aparece desarrollada —entre otros— por DE LOS MOZOS, en su trabajo *Tutela interdictal de la posesión* (Madrid, 1962, página 112).

(17) El interdicto de adquirir está regulado en los artículos 1.633 a 1.650 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; los de retener y recobrar los desarrollan los artículos 1.651 a 1.662 del mismo cuerpo procesal; el de obra nueva está inserto en los procesos 1.663 a 1.675 de la Ley Procesal Civil, y el de obra ruinosa lo recogen los artículos 1.676 a 1.685 de la tan citada ley ritaria.

En relación con el interdicto de obra ruinosa, Miguel y Alonso pone de relieve que bajo un mismo nombre se encierran dos tipos de procesos. En el uno se persigue la adopción de medidas urgentes para evitar el daño temido, y con ello se agota la actividad propiamente jurisdiccional, que es ahora más bien de carácter administrativo. En el otro se ordena la demolición, actuando ya en orden estrictamente jurisdiccional. Es decir, que mientras que al adoptar medidas urgentes el juez hace uso de una función de policía, cuando dispone la demolición, ha habido una previa y verdadera declaración (CARLOS MIGUEL Y ALONSO: *Interdictos. Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*. Tomo XIII, página 206).

(18) La calificación de sumariedad de un proceso deriva de las siguientes notas: limitación de medios de ataque y defensa; limitación de conocimiento judicial y no producir, la resolución que se dicte, efecto de cosa juzgada. Todos estos requisitos se cumplen en los juicios interdictales.

dan reservados para su conocimiento en el proceso declarativo correspondiente.

II. LA ADMINISTRACION PUBLICA

La Administración Pública está formada por un conjunto de entes, enclavados dentro del poder ejecutivo, que desarrollan una función o actividad que García Trevijano califica de concreta, continua y normalmente espontánea (19) que sometida al principio de legalidad tiene por fin último la satisfacción del interés público.

Obsérvese que para que podamos hablar de Administración, con el sentido y alcance que le hemos dado, es necesario —como señala Entrena Cuesta (20)— la concurrencia de dos requisitos, político el primero y jurídico el segundo.

El requisito *Político* lo constituye la aceptación por el Estado de la teoría de la división de poderes, que atisbada por Aristóteles (21) y por Polibio (22), tiene su formulación moderna en Locke (23) y Montesquieu (24), llevándose por primera vez a la práctica en Francia y su Revolución, de donde podemos decir que fue “exportada” al mundo de la época (25).

Sin este presupuesto político no podríamos unir la Administración a uno de los tres poderes del Estado (el ejecutivo), relegando a término secundario la idea de función administrativa como eje central o nota determinante del concepto técnico-jurídico de Administración Pública; postergación necesaria si tenemos en cuenta que funciones administrativas son ejercitadas no sólo por la Administración, sino por órganos del poder legislativo o judicial, pues no en vano la teoría de la división de poderes —dice Sánchez Agesta— constituye una tendencia más o menos acusada, según el momento histórico o régimen instaurado, pero no un axioma absoluto (26).

(19) JOSÉ ANTONIO GARCÍA TREVIJANO FOS: *Tratado de Derecho Administrativo* (Tomo I, página 51. Segunda Edición. Editorial Revista de Derecho Privado).

(20) RAFAEL ENTRENA CUESTA: *Curso de Derecho Administrativo* (Editorial Tecnos, páginas 29 a 36).

(21) ARISTÓTELES: *La Política*.

(22) POLIBIO: *Análisis a la Constitución Romana*.

(23) JOHN LOCKE: *Dos libros sobre el Gobierno Civil* (fundamentalmente el segundo).

(24) MONTESQUIEU: *El espíritu de las Leyes*.

(25) No queremos decir con esto que ningún país de épocas pasadas no intentase buscar o encontrarse esta teoría de la División de Poderes. Lo que afirmamos es que, desde el nacimiento de los estados actuales que se inicia en la Edad Moderna, tras la desmembración del Universo Medieval y que se caracteriza por la nueva idea de Soberanía, no puede hablarse de División de Poderes, como concepto práctico, antes de la Revolución Francesa.

(26) Piénsese en las actividades administrativas de los órganos judiciales que abarcan materias tan diversas como el Registro Civil, la Jurisdicción Voluntaria... etc.

Tras fijar a la Administración dentro del poder ejecutivo, en consecuencia con lo que acabamos de exponer, podemos hablar de "función o actividad administrativa" (27), referida exclusivamente a la que desarrollen los entes subsumidos dentro del Ejecutivo, sin que pueda tipificarse como tal la que dimana de órganos no insertos en el citado Poder.

El segundo presupuesto que condiciona la definición dada de Administración Pública *es un requisito jurídico*, pues si ese actuar administrativo, dirigido a la satisfacción del interés público, no se ha ejecutado dentro del principio de legalidad, los actos que realiza la Administración desaparecerán de la vida fáctica y de la jurídica por su anulación (28).

Creemos que precisar lo que debe entenderse por *principio de legalidad* es una cuestión de límites; pues ni puede admitirse un sometimiento exclusivo y excluyente a la ley (norma escrita), ni puede aceptarse la antinormatividad jurídica, como base de actuación administrativa.

De aquí la fortuna del concepto de *Ordenamiento Jurídico*, del que derivará un principio fundamental: la administración no está sometida a la ley, sino al bloque de la legalidad, y este bloque no sólo está integrado por normas escritas, sino por los principios y la normatividad inmanente a la naturaleza de las instituciones.

Entre las múltiples consecuencias que la construcción del Ordenamiento Jurídico producirá —construcción magistralmente desarrollada por Santi Romano (29)— podemos apuntar —como ya señalamos en otra ocasión (30)— las siguientes:

- 1.º Recordar a los juristas la unidad sustancial del derecho, por encima de la pluralidad de ramas.
- 2.º Enriquecer el contenido del Derecho.

(27) Existe actualmente la tendencia de olvidar (o mejor sustituir) la terminología "función administrativa" por la de "actividad administrativa". En nuestra opinión, y partiendo del principio básico de adscripción de la Administración al poder ejecutivo, no encontramos razones sustanciales que justifiquen esta sustitución, salvo el querer desterrar términos que pudieran inducir a confusión, por la forma en que fueron utilizados en el pasado.

(28) Esta anulación podrá ser administrativa (revisión de oficio prevista en los artículos 109 al 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo) o judicial (en las formas que determina el artículo 81 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y por causa de infracción al Ordenamiento Jurídico, como dice el artículo 83-2 de la misma Ley, que posteriormente se transcribirá).

(29) SANTI ROMANO: *El Ordenamiento Jurídico* (Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963. Edición española sobre la reimpresión de la segunda edición italiana, editada por Sansoni Firenze en 1951. Traducción de Sebastián y Lorenzo Martínez Retortillo, con estudio preliminar del primero).

(30) ANTONIO CANO MATA: *Ejecución judicial de las relaciones Contencioso-Administrativas* (Revista de Administración Pública, número 70, páginas 30-31).

3.º Asegurar la independencia del Derecho frente al Estado, o algunos de sus poderes, puesto que quizá estos puedan modificar la norma escrita, pero lo que no podrán modificar ni vulnerar será el Ordenamiento Jurídico (31).

Por lo demás, y por lo que a nuestra patria se refiere, la idea rectora de Ordenamiento Jurídico no es teórica, sino fundamentalmente práctica. No se trata únicamente de que la Ley de lo Contencioso nos diga en su artículo 82-2 que la Sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto, o la disposición que constituya el objeto de la pretensión procesal, incurra en cualquier forma de infracción al *Ordenamiento Jurídico*, incluida la desviación de poder, que es una de las múltiples formas de infracción; sino que la Ley de Procedimiento Administrativo exigirá una perfecta adecuación por parte de la Administración al Ordenamiento, ante por lo que atañe al contenido de sus actos (artículo 40), como al fundamento de los recursos administrativos (artículo 115), anulabilidad de los actos que infrinjan el citado Ordenamiento Jurídico (artículo 48)...etc. (La aplicación jurisprudencial del concepto se viene haciendo, reiteradamente, por todas las Salas del Tribunal Supremo).

Si faltase alguno de estos dos presupuestos —político o jurídico— que acabamos de estudiar, no es que no haya Administración Pública o actividad administrativa, sino que una y otra tendrían que ser tipificadas de forma distinta a como lo son actualmente en el mundo occidental.

Esta Administración Pública, tanto cuando actúa con sometimiento a Derecho Público, como cuando su función se somete al Privado (32), está investida de unos privilegios que o bien acompañan siempre a dicha Administración (independientemente de su campo jurídico de actuación), o bien se limitan unos a su actuar público y otros al privado.

Por supuesto que esta situación de superioridad no es consustancial a la Administración, aunque pudiera aparecer lo contrario, y Santamaría Pastor (33) nos lo demuestra cuando redescubre que desde la Constitución de Cádiz de 1812 hasta 1845 —como fecha más aproximada— aparecen tan debilitadas estas prerrogativas administrativas, que son casi imperceptibles dentro de un sistema jus-

(31) Véase el libro de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial* (Editorial Tecnos. Madrid, 1970), cuya obra tiene como antecedente el trabajo del mismo autor *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo* (Revista de Administración Pública, número 38, páginas 159 a 205).

(32) Por supuesto que la Administración tiene personalidad jurídica única, y una sola capacidad que se proyecta (al igual que la de los administrados) unas veces en el campo jurídico público, y otras veces en el jurídico-privado.

(33) JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR: *Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX, 1812 a 1845* (Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1973).

ticialista puro que se romperá —sigue diciendo dicho autor— con la instrumentación de cinco técnicas capitales:

- 1.º Principio de inembargabilidad de bienes públicos.
- 2.º Prohibición de interdictos contra las actuaciones realizadas por la Administración, dentro del círculo de sus atribuciones.
- 3.º Implantación de reclamación gubernativa, previa a la interposición de demandas contras entes públicos.
- 4.º Aparición de autorización previa para procesar empleados administrativos.
- 5.º Establecimiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Sin embargo, lo anterior no es obstáculo para afirmar que, en la actualidad, los privilegios administrativos son cada vez más acusados.

Por entender que el examen de las prerrogativas administrativas (34) constituye el estudio de toda la parte general del Derecho administrativo, reproducimos la magistral estructura que de los mismos hacía García Trevijano (35), quien parte de la distinción entre una *supremacía general* que actúa sobre los administrados no cualificados por una situación particular, y la *supremacía especial* que produce relaciones especiales de poder, y que nace de una relación más concreta entre particular y administración.

La *SUPREMACIA GENERAL* de la Administración produce unos privilegios “*hacia dentro*” que surgen cuando se actúa en la faceta jurídico-pública, y permiten a la Administración intervenir poderosamente sobre los administrados. Entre ellos y como más característicos:

- 1.º Declaración unilateral.
- 2.º Decisión ejecutiva.
- 3.º Actuación coactiva.
- 4.º Posición de “demandada” de la Administración.
- 5.º Potestad investigadora y de deslinde.
- 6.º Deshaucio administrativo.
- 7.º Anulación y revocación de oficio.
- 8.º Vía de lesividad.
- 9.º Presunción de legitimidad.

Como privilegios “*hacia fuera*”, dentro de esa *SUPREMACIA GENERAL*, de la que venimos hablando, que se tienen por el carácter subjetivo de la Administración, y no por su forma de actua-

(34) Frente a la posición manifestada por algunos autores, como GARRIDO FALLA (*Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I), que distinguen entre prerrogativas y privilegios para separar la actuación pública de la privada de la Administración, nos parece mucho más acertado el camino emprendido por GARCÍA TREVIJANO, y que seguiremos a continuación.

(35) JOSÉ ANTONIO GARCÍA TREVIJANO FOS. Obra y tomo citados en la nota 19, páginas 441 a 462.

ción concreta, siendo por tanto independientes de su actuación pública o privada, nos encontramos con los siguientes:

- 1.º Compensación administrativa.
- 2.º Transacción y compromiso.
- 3.º Prescripción y caducidad.
- 4.º Prelación para el cobro de créditos.
- 5.º Fuero procesal del Estado.
- 6.º Ejecución propia de sentencias.
- 7.º Confesión judicial por vía de informe.

Estos privilegios de *supremacía general* “*hacia fuera*”, que acabamos de exponer, tienen carácter absoluto, es decir independientes —como ya hemos dicho— de la actuación pública o privada del ente. Sin embargo, conectados exclusivamente con la actuación pública de la Administración, existen (dentro todavía de los “privilegios hacia fuera”).

- 1.º La decisión previa.
- 2.º Necesidad de agotar la vía administrativa.
- 3.º Aplicación del principio “*solve et repete*”.
- 4.º Acciones posesorias.
- 5.º Modalidades de pago administrativo.

Además, tan sólo en conexión con la *actuación privada* del ente administrativo, surgirá la *necesidad de reclamación en vía administrativa previa a la judicial*.

Al lado de todos estos privilegios dimanantes de la supremacía general, tenemos los que hemos denominado —siguiendo a García Trevijano— *DE SUPREMACIA ESPECIAL*, cuales son:

- 1.º Posibilidad de emanar normas internas.
- 2.º Posibilidad de emanar órdenes.
- 3.º Vigilancia.
- 4.º Potestad disciplinaria.

De lo hasta aquí expuesto llegamos a una conclusión: la prohibición de interdictos es una de las técnicas capitales que harán posible —como dice Santamaría Pastos (36)— el nacimiento en la historia de España de un nuevo Ordenamiento Jurídico, con toda su herencia pequeño-burguesa, con toda su tradición reaccionaria, pero también con todo el *dinamismo conformador* que acabará por convertirlo en el más poderoso instrumento de dominación, y, a la vez, en un verdadero signo de los tiempos nuevos.

Al estudio de la procedencia o improcedencia de interdictos contra la Administración, a sus manifestaciones jurídicas y a las peculiaridades que presentan está limitado nuestro trabajo.

(36) JOSÉ ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. Obra citada en nota 33, página 152.

III. POSIBILIDAD DE INTERDICTOS CONTRA LA ADMINISTRACION: NORMAS POSITIVAS DE APLICACION

La prohibición de interdictos contra la Administración Pública, aunque no de forma tan absoluta que imposibilite en todo caso su ejercicio, se implanta para los entes locales por Real Orden de 8 de mayo de 1839, extendiéndose al resto de la Administración por Ordenes de 26 de abril de 1841 y 8 de junio de 1843 (37).

Desde estas fechas la técnica prohibitiva implantada subsiste en toda su integridad encontrándola recogida en la actualidad en diversos textos legales.

El artículo 38 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado dice:

“Contra las providencias dictadas por las autoridades administrativas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, no procede la acción interdictal”.

El artículo 103 de la Ley de Procedimiento Administrativo cuyo texto legal es supletorio de las normas que regulan el procedimiento administrativo de las Corporaciones Locales y de los Organismos Autónomos (38), dispone:

“No se admitirán interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido”.

Por su parte y en relación con los entes locales, la vigente Ley de Régimen Local ordena en su artículo 403:

“No se admitirán interdictos contra las providencias administrativas de las autoridades y corporaciones locales en materia de su competencia”.

La lectura de los textos transcritos nos lleva a una apreciación inicial, cual es la de que la prohibición de interdictos que en ellos se establece no es absoluta, sino condicionada a que se trate de actuaciones acordadas por la Administración Pública *“en materia de su competencia”*, y con observancia del *“procedimiento legalmente establecido”*, de tal modo que, si estos dos requisitos o condiciones no se cumplen de forma concurrente, la prohibición no existe, y el interdicto tiene plena viabilidad.

(37) Ordenes dictadas durante la regencia de Espartero.

(38) Artículos 1-4 de la citada Ley de Procedimiento Administrativo.

Esta tesis se refuerza y confirma tras el estudio de otros textos legales como el contenido en el artículo 252 de la vigente y antigua Ley de Aguas (39), que dice:

“Contra las providencias dictadas por la Administración dentro del círculo de sus atribuciones, en materia de aguas, no se admitirán interdictos por los Tribunales de justicia...”

Sin embargo, donde de forma más tajante se menciona y admite la posibilidad del ejercicio de interdictos —en sus modalidades de Retener y Recobrar— contra la Administración Pública, la encontramos en el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa:

“Siempre que sin haberse cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, según proceda, en los términos establecidos en esta Ley, la Administración ocupare o intentare ocupar la cosa objeto de expropiación, el interesado podrá utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes los interdictos de retener y recobrar para que los jueces le amparen, y en su caso le reintegren en su posesión amenazada o perdida”.

Acorde con el principio de jerarquía de normas, el artículo 139 del Reglamento de Expropiación Forzosa, dispone:

“Si la Administración Pública intentase la expropiación con infracción de lo dispuesto en las Leyes, el expropiado podrá utilizar, ante la Jurisdicción correspondiente, las acciones previstas en el Título V de la Ley de Expropiación Forzosa” (40).

En los dos últimos preceptos, últimamente citados, vuelve a destacar y precisar el legislador que la intervención de la Administración Pública en las posesiones de los particulares, sin competencia o sin cumplimiento de las normas de procedimiento aplicables, justifica y legitima el ejercicio de la acción interdictal por el particular agraviado o despojado; y en tal sentido hay que interpretar la regla general dispositiva de que la Administración Pública no iniciará ninguna actuación material que limite derechos de los particulares, sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirva de fundamento jurídico; decisión que tan sólo podrá ser considerada como

(39) Ley de 13 de junio de 1879.

(40) En el título V se encuentra inserto el artículo 125 que ya hemos transcrito.

tal si se han cumplido las normas mínimas de competencia y procedimiento (41).

Por lo demás, el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa es fundamental, dado el amplio juego que de él hace la Jurisprudencia de Conflictos, tanto para señalar que dicho precepto no está en contradicción con el artículo 403-2 de la Ley de Régimen Local, sino que lo aclara y puntualiza, al entender que la Administración no obra dentro de su competencia si prescinde de las normas reguladoras de su actividad (42), como para insertar dicho artículo dentro de los que se expusieron con anterioridad, sacando de él como interpretación general la posibilidad de interdictos por defectos de procedimiento (43).

La única excepción a la doctrina que acabamos de exponer la impone el artículo 66 del Reglamento de Montes, aprobado por Decreto de 22 de febrero de 1962, al disponer:

“La presunción de posesión que otorga la inclusión en el Catálogo (44) no podrá ser destruida por medio de interdictos o de procedimientos especiales seguidos ante los Tribunales de Justicia, que en su consecuencia, carecen de competencia para conocer de ellos en relación con los montes catalogados. Mientras no sean vencidos en juicio ordinario declarativo de propiedad, el Estado o las entidades a cuyo nombre figuren montes en el Catálogo serán mantenidos en la posesión y asistidos para la recuperación de sus montes por los gobernadores civiles, en todos los casos”.

Prescindiendo de la cita de los gobernadores civiles, como órgano que puede plantear el oportuno Conflicto a los Tribunales, observamos que para promulgar esta prohibición absoluta de Interdictos, **LIMITADA EXCLUSIVAMENTE A LOS MONTES CATALOGADOS**, el legislador establece una presunción legal “iuris et de iure”: que la inclusión de un monte en el Catálogo presupone la posesión administrativa, prohibiendo —a continuación— la impugnación interdictal de la presunción sentada.

Ni siquiera puede pensarse en la inoperancia de este artículo por aplicación del principio de jerarquía normativa (45), pues el pre-

(41) Artículos 100-1 de la tan citada Ley de Procedimiento Administrativo.

(42) Decreto de Competencia de 22 de octubre de 1959.

(43) Decretos de Competencia de 7 de septiembre de 1960.

(44) El artículo 6 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 dispone en su artículo 6 que “El Catálogo de Montes es un Registro público, de carácter administrativo, en el que se incluirán todos los montes que hubieren sido declarados de utilidad pública pertenecientes al Estado, o a las Entidades Públicas territoriales y a los establecimientos públicos de beneficencia o enseñanza.

(45) Es decir, que no cabe la afirmación de que el particular citado del texto reglamentario es inaplicable, por su oposición a las Leyes generales,

cepto reglamentario transcrito es una fiel reproducción —casi literal— del artículo 10 de la Ley de Montes, que dice:

“La inclusión de un monte en el Catálogo otorgará la presunción de su posesión por el Patrimonio Forestal Forestal del Estado o por la Entidad Pública a cuyo nombre figure, sin que esta posesión pueda ser combatida ante los Tribunales de Justicia por medio de interdictos o de procedimientos especiales. Uno y otros serán mantenidos en la posesión y asistidos para la recuperación de sus montes por los gobernadores civiles en todos los casos”.

Al lado de esta excepción, podemos encontrar en nuestras vigentes disposiciones algún supuesto de prohibición intrdictal *limitada en el tiempo*.

En tal sentido el artículo 13 de la Ley de Patrimonio del Estado, y en concordancia con él el artículo 44 del Reglamento para su aplicación, tras reiterar la facultad de deslinde que tiene la Administración respecto a sus bienes patrimoniales, dice:

“Iniciado el procedimiento administrativo de deslinde, no podrá instarse procedimiento judicial con igual pretensión, ni se admitirán interdictos sobre el estado posesorio de las fincas del Estado, mientras no se lleve a cabo dicho deslinde”.

A “contrario sensu”, el precepto transcrito autoriza la acción interdictal finado el deslinde, con aplicación de las disposiciones que anteriormente se han expuesto (46).

Por lo demás no hay ninguna innovación en el precepto citado, pues esta limitación temporal de interdictos contra la Administración, en caso de deslinde, la encontramos ya en el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales *que prohíbe la interposición de acciones interdictales cuando las fincas estuviesen en estado de deslinde administrativo* (47).

Por el contrario, no surge limitación alguna a la doctrina general, el hecho de que los artículos 8 de la Ley y Reglamento de Patrimonio del Estado, ya citados (48) digan, tras declarar la potestad

pues a su vez —como se expone— este precepto reglamentario no es sino reproducción de otro legal.

(46) Acerca del deslinde puede verse el libro de VÍCTOR MENDOZA OLIVÁN: *El deslinde de los bienes de la Administración* (Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos).

(47) Artículo 53, párrafo 2.º, del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 27 de mayo de 1955.

(48) Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 y Reglamento para su aplicación de 5 de noviembre mismo año.

recuperatoria de la Administración sobre bienes o derechos de su patrimonio, indebidamente perdidos, antes de que transcurra un año, contado desde el día siguiente al de la usurpación, que:

“No se admitirán interdictos contra las actuaciones de los agentes de la autoridad en esta materia.

Estimamos que esta regla está subordinada a las generales de realización del acto por agente competente que —además— siga el procedimiento legal.

De todo lo expuesto en el presente capítulo podemos sentar las siguientes conclusiones:

Primera: Caben interdictos contra la Administración Pública, limitados a los casos en que ésta no actúe en materia de su competencia, o no siga el procedimiento establecido (ambos supuestos con el sentido y alcance que luego fijaremos), constituyendo esta permisión un régimen especial de protección frente a las “vías de hecho”, que priva a la Administración de su privilegio de fuero y subsiguiente posición favorable.

Segunda: Para que se apliquen estas limitaciones interdictales, es preciso que la parte contra quien se dirija el presunto procedimiento sea la Administración Pública; es decir, una Persona Jurídica Público-Administrativa, y éstas sólo lo son —como señala la Ley de lo Contencioso-Administrativo, en su artículo 1— la Administración del Estado en sus diversos grados; los entes que integran la Administración Local y las Corporaciones e Instituciones que a más de ser públicas sean también administrativas por su sometimiento a la tutela del Estado o de una Entidad Local (49).

Consecuentemente, nada tiene que ver con la Administración, ni con limitaciones interdictales las personas jurídico-públicas a las que les falta la nota de Administrativas, como ocurre con los Sindicatos, Hermandades... etc.

Tercera: El fundamento de la restricción interdictal contra la Administración está en la necesidad de que la actuación administrativa no se vea continuamente paralizada —algunas o muchas veces de forma arbitraria— por la acción de los particulares, con los subsiguientes perjuicios no para la propia Administración, sino para la comunidad (50).

Cuarta: El ejercicio de acciones interdictales contra la Administración presenta diversas peculiaridades jurídicas, que en su momento expondremos.

Quinta: Las peculiaridades que acabamos de apuntar, en la an-

(49) TRUJILLO QUINTANA BOLEA: *Comentarios a la Ley de lo Contencioso Administrativo* (Tomo I, páginas 27 a 77. Comentario de Juan Antonio Bolea Foradada. Editorial Santillana. 1.^a Edición).

(50) Añádase si se quiere la potestad de “imperium” y el principio de presunción de legitimidad.

terior conclusión, no alteran para nada las reglas de competencia.

Así pues, el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que:

“La jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer de los negocios civiles que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros”.

En armonía con este principio el artículo 1.632 de la misma Ley dice:

“El conocimiento de los interdictos corresponde exclusivamente a la jurisdicción ordinaria”.

Acorde con ambos preceptos el artículo 403-1 de la Ley de Régimen Local ordena que:

“Contra los actos o acuerdos de las Autoridades y Corporaciones Locales que lesionen derechos de carácter civil podrán ejercitar los interesados las acciones correspondientes en vía civil ordinaria” (51).

Por tanto, la competencia para conocer viene atribuida a los órganos judiciales ordinarios, conociendo en primera instancia el Juzgado de igual nombre en donde esté sita la cosa sobre la que se ha proyectado la perturbación posesoria (52), con apelación ante la Audiencia Provincial respectiva, y sin posibilidad de casación.

IV. ACCION INTERDICTAL CONTRA ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS VICIADAS POR INCOMPETENCIA

La competencia —dice D'Alessio (53)— *“es la medida de la potestad que pertenece a cada órgano”*, o —en frase de García Trevijano (54)— *“el conjunto de facultades, poderes y atribuciones que corresponden a un órgano administrativo frente a los demás”*.

Por tanto, si el órgano administrativo a través del cual actúa el Ente (55) no obra en materia de la competencia que le ha sido atri-

(51) Concuere da con el artículo 342-1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales.

(52) Artículo 63-15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(53) D'ALESSIO: *Instituciones de Derecho Administrativo* (volumen I, página 230. Torino, 1932).

(54) JOSÉ ANTONIO GARCÍA TREVIJANO FOS. Obra citada en la nota 19, tomo II, página 380 (Madrid, 1967).

(55) Los entes administrativos se descomponen y actúan a través de sus órganos, a los que podemos calificar de unidades administrativas menores, con

buida lo está haciendo en “vías de hecho” (56), y si con actuar incompetente se perturba la posesión de un tercero, éste puede defender su situación detentatoria mediante el ejercicio de los Interdictos (57).

En consecuencia, el interdictante puede fundar su pretensión en que la Administración Pública que perturba su “status posesorio” no obra con la competencia que tiene atribuida.

Sólo queda, pues, fijar normas generales que, aplicadas al caso concreto, nos sirvan de pauta para saber cuando el Ente Público actúa en materia de su competencia, y cuando falta ésta.

Cierto que pueden darse esas normas de general aplicación, pero no se olvide que en la práctica nos encontraremos con una casuística, que sólo a la luz de las circunstancias muy concretas del caso nos conducirá a la estimación o desestimación de la demanda interpuesta.

Como normas generales pueden darse las siguientes:

1.^a Debemos afirmar de forma categórica e indubitada, que el órgano administrativo actuante obra en “vía de hecho”, cuando con su actuación se interfiere en funciones propias de los poderes legislativo o judicial, en cuyos supuestos queda expedita la vía interdictal, *por falta de competencia interfuncional*.

Si bien es difícil que este tipo de incompetencias provoque entre Administración y Cortes, es relativamente frecuente que la misma se produzca entre órganos administrativos y judiciales. Ciertamente que pueden construirse bonitas fórmulas teóricas para sentar los justos y precisos límites entre las actuaciones propias del poder ejecutivo y las que competen al judicial, pero la realidad nos demostraría (58) que en el actuar cotidiano se seguiría actuando —en algunos casos— por uno u otro de los poderes del Estado, con falta de esta Competencia interfuncional de la que estamos hablando en supuestos tan vidriosos, que ninguna fórmula previa podría servirnos para su aclaración.

El supuesto más típico de falta de competencia interfuncional, por parte de la Administración, lo encontramos en todos aquellos casos en que la perturbación posesoria del Ente Administrativo *está dirigida a resolver cuestiones entre particulares*; resolución que —por esencia— sólo puede estar atribuida a los Tribunales de Justicia.

2.^a Si la Administración actúa con competencia interfuncional, el siguiente paso será examinar si la actuación del órgano por el que

competencia propia, integradas por elementos personales, reales, económicos e informativos, adscritos a esa unidad para la realización del fin para el que fue creado.

(56) JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ: *Los interdictos y la vía de hecho* (notas de Jurisprudencia. Revista de Administración Pública, número 22, enero-abril 1957, páginas 188 a 191).

(57) Esta afirmación está reiterada por el bloque de la Jurisprudencia de Conflictos. Quizá por su precisión pueden consultarse el Real Decreto de Competencia de 19 junio 1885 y el de 16 de junio de 1934, en los que se observa —pese al tiempo transcurrido entre uno y otro— posición jurídica análoga.

(58) Formule el lector, por curiosidad, las fórmulas teóricas que quiera. Aplíquelas a continuación a casos concretos que ofrezcan cierta singularidad y servirá de comprobación demostrativa de la nulidad de las mismas.

el Ente ejerce su actividad es ajustada a la competencia material o funcional de que todo órgano está investido.

Falta esta competencia en aquellos casos en que las perturbaciones posesorias van ligadas a la defensa de unos bienes sobre los que no tiene justificación alguna de derecho el Ente perturbador, que ni tan siquiera puede ofrecer al Tribunal indicios reveladores de apariencia jurídicamente protegible.

Así, una persona administrativa no puede acordar, ni llevar a efecto, interferencias posesorias frente a bienes que ni siquiera puede justificar que sean parte integrante de su patrimonio; pues las prerrogativas exorbitantes y típicamente administrativas que la Ley le otorga (muy especialmente a la Estatal y Municipal), para acordar y llevar a cabo, de modo coactivo y fuera de la vía judicial civil, por sus propios medios y procedimientos netamente administrativos tal clase de actuaciones, presupone ineludiblemente que se trate de defender su patrimonio municipal, según se desprende no sólo de la "ratio legis" de la citada prerrogativa, sino del texto expreso de las especiales normas que regulan su ejercicio.

Otro supuesto que, según deriva del estudio de los Decretos de Competencia, se da con frecuencia —quizá excesiva (59)— nace cuando en Ente Público pretende recuperar bienes que aun siendo parte integrante de su patrimonio (60), han sido y siguen siendo detentados durante más de un año por terceras personas.

Cierto que cuando a la Administración se le despoja de algo tiene en sus manos la posibilidad de ejercer su potestad recuperatoria, prevista tanto en la Ley de Patrimonio del Estado como en su Reglamento, Ley de Régimen Local, Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales... etc. (61), pero lo que la Administración no puede olvidar es que esta potestad declina —o desaparece— tras cumplirse un año, contado desde el día siguiente al de la usurpación. Los textos legales son sobradamente claros:

"La Administración del Estado podrá recuperar por sí la posesión indebidamente perdida sobre los bienes o derechos del patrimonio, antes de que se cumpla un año, contado desde el día siguiente al de la usurpación..." (Artículo 8, párrafo 1.º de la Ley de Patrimonio del Estado).

"Las Entidades Locales podrán recobrar por sí mismas los bienes de su pertenencia que se hallen indebidamente"

(59) Pese a esta frecuencia (consúltense los decretos de competencia), las resoluciones de conflictos son absolutamente coincidentes entre sí, una vez que quede probado el transcurso de plazo superior al año.

(60) Si los bienes no son patrimoniales, sino de dominio público, la potestad recuperatoria de la Administración no está sujeta —en principio— a limitación temporal alguna, dada la imprescriptibilidad del dominio público.

(61) Artículo 8 de la Ley de Patrimonio del Estado y de su Reglamento, artículo 404 de la Ley de Régimen Local y artículo 55 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales.

en posesión de particulares, durante plazo que no exceda de un año" (Art. 404 de la Ley de Régimen Local).

La consecuencia de cuanto antecede sólo puede ser una: transcurrido el plazo señalado, no cabe ejercitar la potestad recuperatoria y la Administración deberá recurrir a los Tribunales Ordinarios ejercitando la acción correspondiente; y si no lo hace y perturba la posesión, el interdicto que se plantee y su sentencia evitarán el que continúe la interferencia a terceros.

Las prerrogativas de carácter recuperatorio que acabamos de exponer, explican el porqué la Administración *NO SERA NUNCA DEMANDANTE EN UN PROCESO INTERDICTAL*, pues si bien teóricamente no hay obstáculo alguno a que la Administración fuera actora en estos procesos, contra los perturbadores de la detentación administrativa; en la práctica este supuesto sería absurdo, dado que o el propio Ente Administrativo puede recuperar o impedir la perturbación de que es objeto, o si ha pasado ya más de un año desde esa alteración posesoria el interdicto carece de viabilidad, y a lo que tiene que acudir el Ente es al proceso declarativo ordinario que corresponda.

3.^a Tras el examen de la competencia o incompetencia funcional del órgano administrativo actuante, debe pasar a examen el estudio de la *competencia jerárquica*.

Cierto que es difícil el que la falta de competencia jerárquica pueda hacer prosperar un interdicto, pero ello es factible, y por tanto debe preverse. En este punto podemos afirmar que —en principio— la incompetencia jerárquica *absoluta* legitima pasivamente a la administración para ser demandada en una acción interdictal, en tanto que la *relativa* no podrá hacer prosperar esta acción.

Existe incompetencia jerárquica *relativa* en todos aquellos supuestos en que es posible la Convalidación, a realizarse cuando el órgano competente sea superior jerárquico del que dictó el acto convalidado, convalidación que producirá efectos desde su fecha, sin perjuicio de su retroactividad, cuando se dicte en sustitución de otros anulados (62).

4.^a Finalmente ha de entrarse en el estudio de la *competencia territorial* del perturbador, tipo de competencia que si bien carece de importancia en relación con la Administración Estatal, dada su extensión a todo el territorio nacional, tiene —por el contrario— gran aplicación en relación con los demás Entes.

Quizá sea sobre la Administración Municipal sobre la que más se proyectará el estudio de su competencia o incompetencia territorial, y la normativa a aplicar en estos casos es simple:

El artículo 11 de la Ley de Régimen Local establece que "Se

(62) Artículo 53 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en relación con el 45-3 del mismo texto.

entenderá por término municipal el territorio a que se extienda la jurisdicción de un Ayuntamiento" (63). Por ello cuando los Ayuntamientos posean bienes patrimoniales en territorio de municipio ajeno, no ejercen sobre los mismos facultades jurisdiccionales, y sobre tales predios se encuentran en situación análoga a la de dueños o condueños de Derecho privado (64).

Hasta tal punto es esto terminante, que le está vedado a un Ayuntamiento el deslindar administrativamente bienes situados fuera de su municipio, debiendo en este caso acudir al auxilio del Ayuntamiento de "situación" para que éste sea quien practique —en su caso— el deslinde (65).

Por eso es antigua, reiterada y unánime la jurisprudencia conflictual que, acorde con lo expuesto, sostiene de modo invariable el principio de que ni los Ayuntamientos ni las Juntas Vecinales pueden ejecutar sus acuerdos más allá del límite jurisdiccional (66).

V. VICIOS DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO E INTERDICTOS

El segundo supuesto en que entra en juego la "vía de hecho", deriva del incumplimiento por la Administración del procedimiento legalmente establecido, con cuyo término ("procedimiento") se hace referencia al administrativo, que vienen a justificar el actuar del Ente del Ente.

Los vicios de procedimiento pueden ser muy diversos, pudiendo distinguir los siguientes:

1.º El supuesto más notorio —dice García de Enterría (67)— se produce cuando la perturbación posesoria se efectúa por la Administración en forma fáctica, es decir, sin mediar declaración expresa *NI PROCEDIMIENTO ALGUNO*. Es —sigue diciendo el autor citado— la hipótesis prototípica.

Ante tal falta procedimental, la única consecuencia posible será la estimación de la demanda de interdicto que hipotéticamente se interponga, con condena a la Administración perturbadora.

2.º Vicio de procedimiento legitimador de interdicto surge

(63) Reproducido por el artículo 2-1 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales de 17 de mayo de 1952.

(64) Sin perjuicio naturalmente de esos privilegios que acompañan siempre a la Administración. Piénsese —ad exemplum— en la inembargabilidad del inmueble.

(65) Artículo 56 del Reglamento de bienes de las Entidades Locales.

(66) Reales Decretos de Competencia de 26 de mayo de 1884, 20 de marzo y 7 de junio de 1890, 1 de febrero de 1916, Sentencia del Tribunal Supremo —Contencioso-Administrativo— de 28 de febrero de 1906..., etc.

(67) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, página 101).

—también— cuando aun existiendo actuación administrativa *se ha precindido total o absolutamente del procedimiento legalmente establecido, o en caso de que el órgano actuante sea colegiado se prescindiera de las normas que cotienen las reglas esenciales para la formación de su voluntad.*

Nos encontramos —en estos casos— ante actos con simple apariencia de legalidad, o mejor, ante un acto nulo de pleno derecho (68) en la esfera administrativa, que mal puede servir de escudo a la Administración para impedir que prospere la petición formulada en un proceso posesorio.

3.º El verdadero problema en orden a los vicios de procedimiento —a los efectos que estamos estudiando— surge en aquellos casos en que existe la infracción procedimental, pero no es esta de las calificadas como nulas de pleno derecho.

Las dudas desaparecerán cuando el legislador haya tipificado ciertos vicios de procedimiento como *sustanciales*, y fije sus efectos, pero esto sólo ocurre en algunos textos muy concretos como el contenido en el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa.

Esta Ley se refiere a algunos de estos vicios en casos prefijados: cuando sin haberse cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito —según proceda— la Administración ocupe o intente ocupar las cosas objeto de expropiación, el expropiado estará protegido —además de los medios de defensa ordinarios— por el ejercicio posible de interdictos (69).

Sin embargo, lo apuntado ni siquiera quiere decir que, fuera de los supuestos que contempla el legislador, no quepan otras causas que hagan viable las acciones posesorias, pues el hecho de que otros vicios —aún sustanciales— del procedimiento expropiatorio parezcan estar excluidos de defensa interdicte (70) no impide el que puedan encontrarse otros casos justificativos del ejercicio de dicha acción, como son los que apunta García de Enterría de:

— Omisión del requisito de interposición de ley formal e intento de suplirla por simple resolución administrativa.

— Fijación unilateral del justiprecio, al margen del jurado de expropiación.

— Cumplimiento tan sólo aparente de cualquiera de los requisitos apuntados ...etc. (71).

Lo que sí revela la Ley de Expropiación Forzosa, en el precepto siguiente al citado (artículo 126), es la idea del legislador de que no

(68) Artículo 47-c de la Ley de Procedimiento Administrativo.

(69) El legislador parece —incluso— que excita al particular perjudicado para que sin dilación se defienda con el ejercicio de la acción posesoria.

(70) El artículo 126-3 de la citada Ley de Expropiación pretende excluir de esta defensa los demás vicios —aun sustanciales— de forma.

(71) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. Obra citada en la nota 67, página 102.

se amplíe excesivamente el campo de los interdictos con base en vicios de procedimiento (72).

Por nuestra parte, estimamos que para que pueda hablarse de vicios graves de procedimiento, legitimadores del ejercicio de acciones posesorias, es necesario la concurrencia de dos requisitos:

A) *Que exista infracción grave de procedimiento*, cuya calificación jurídica tan sólo podrá determinarse a la luz de las circunstancias del caso concreto, con base en el procedimiento que la Administración debió seguir.

Si la Administración carece de cauces procedimentales específicos se aplicará la Ley de Procedimiento Administrativo (73), en la que los principios de unidad, eficacia, anticonformismo (74) oficialidad y respeto por las garantías de los administrados, son algunas de sus notas más características.

Si hay procedimiento marcado por el legislador, a él deberá atenerse la administración en su actuación.

Uno de estos caminos que, por su incumplimiento, ha provocado el ejercicio de numerosos interdictos lo encontramos en materia de deslinde administrativo de bienes —sobre todo— de las Entidades Municipales; supuesto que exige del Ente Administrativo el que cumpla con las reglas procedimentales que fijan los artículos 45 al 56 (ambos inclusive) del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales (75).

En estos casos, si no se ha seguido el procedimiento establecido, los Decretos de Competencia declaran que estas graves infracciones procedimentales, por constituir normas de procedimiento establecidas en garantía de los derechos de los particulares, son de derecho público, y por tanto, de observancia ineludible.

B) *Que el vicio grave provoque indefensión*. Creo que el formalismo excesivo en materia administrativa puede causar graves da-

(72) Obsérvese lo expuesto en la nota 70, y confróntese el artículo 126 de la Ley citada.

(73) Con mayor precisión podemos decir que la Administración Estatal aplicará la Ley de Procedimiento Administrativo. La Local su propio texto legal y Reglamentos de aplicación, rigiendo subsidiariamente la Ley de Procedimiento.

Los Organismos Autónomos dependientes del Estado subordinarán su actuación a la Ley de Procedimiento, sin perjuicio de que puedan dictarse Reglamentos de Régimen interior. Los Entes Institucionales que dependen de la Administración Local carecen de normas específicas de aplicación, por lo que se regirán —sucesivamente— por sus Reglamentos, Legislación Local y Ley de Procedimiento Administrativo.

(74) La supresión en la Ley de Procedimiento del principio procesal de preclusión, de tradición histórica en nuestro ordenamiento jurídico, pone de relieve manifiestamente ese anticonformismo que hemos mencionado.

(75) Reales Decretos y Decretos de la Presidencia del Gobierno sobre competencias. Entre otros los de 21 diciembre 1924, 13 febrero 1895, 30 abril mismo año, 31 enero 1957, 5 diciembre mismo año, 8 febrero 1962, 8 mayo 1969.... etc.

ños, no sólo al interés público, sino al de los mismos particulares. De aquí que creamos que debe rechazarse, y, consecuentemente con ello, hemos de defender la postura de que los vicios de procedimiento —aún graves—, si no han causado indefensión y sirven para alcanzar su fin, no pueden servir de base para una posible acción interdicial (76).

Por el contrario, si con ese vicio se provocó indefensión, puede el administrado interponer demanda posesoria (77).

Por esto no puede decirse que la falta —sin más— de un trámite sustancial (78) pueda provocar con éxito el ejercicio de una acción posesoria. Tan sólo la provocará cuando —conforme hemos expuesto— se cause esta indefensión al administrado, de la que venimos hablando.

4.º Finalmente, sólo nos resta añadir que sobre actos administrativos simplemente irregulares, en cuanto a su tramitación, no puede intentar montarse el ejercicio —con fortuna— de interdictos.

VI. OTRAS PECULIARIDADES JURIDICAS EN LOS INTERDICTOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA

A más de las peculiaridades que a través de este trabajo hemos venido exponiendo, el ejercicio de interdictos contra la Administración Pública presenta otras que vamos a intentar recoger a continuación.

En nuestra opinión las más notables son las siguientes:

1.º Exención del previo "recurso de reposición"

Tratándose de demandas civiles, y aunque uno de los demandados sea un Ente administrativo, su interposición no requiere la utilización del Recurso de Reposición, que tan sólo es exigible en los casos en que para impugnar acuerdos o actos de la Administración haya de seguirse la vía jurisdiccional a través del oportuno recurso contencioso-administrativo (79).

(76) Algunos dictámenes del Consejo de Estado vienen revelando durante estos últimos años un anticonformismo procesal —que a veces choca con la propia doctrina jurisprudencial— que está provocando beneficios tanto jurídicamente, por la oposición que revelan al formalismo jurídico como de hecho por evitar la reproducción de trámites y plazos que en definitiva se revelarían como inútiles.

(77) Acorde esta tesis con el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

(78) Piénsese en el trámite de Audiencia. Pese a que el artículo 91 de la Ley de Procedimiento tan sólo permite que se prescinda de tal trámite cuando no sean tenidos en cuenta la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, su falta —salvo que produzca indefensión— no autoriza a montar tan sólo sobre esta omisión un interdicto.

(79) Este recurso está regulado —fundamentalmente— en los artículos 52 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con el artículo 126-1 de la Ley de Procedimiento.

Esto es meridiano hasta tal punto que podemos afirmar que el recurso de reposición es *IMPROCEDENTE*, y, de interponerse, a lo único que puede conducir es a que la administración declare su inadmisibilidad.

2.º *Exención del trámite de "Reclamación administrativa previa" a la vía judicial civil*

Tampoco creemos necesario que el actor de un futuro proceso interdictal, inicie su actuación con la interposición de la Reclamación Administrativa Previa.

Obsérvese que decimos que *NO ES NECESARIO*, lo cual quiere decir que potestativamente la parte puede hacer reclamación administrativa previa, si por cualquier causa lo estima oportuno.

Las razones que nos llevan a declarar la no exigencia de este trámite son las siguientes:

La reclamación es necesaria —como dice Abella (80)— cuando la acción civil a ejercitar contra la Administración surge a favor del particular, sin que aquélla haya tomado la iniciativa o producto la provocación, por acuerdos o resoluciones que directamente afecten a los derechos civiles del administrado, siendo esta persona privada la que decide actuar "motu proprio". Por el contrario no será necesario el cumplimiento de este requisito previo, en todos aquellos supuestos en que lo único que hace el particular, es defenderse contra una actuación de la administración que atenta a los derechos civiles de los particulares.

Es claro, por lo expuesto, que si lo que se pretende evitar con la Reclamación Administrativa Previa a la vía judicial es que pueda sorprenderse a la administración por la imprevista actuación de un particular, como no cabe hablar de "sorpresa" cuando es la Administración la que actúa, la reclamación —en estos casos— es superflua.

En relación con los procesos interdictales la tesis formulada todavía adquiere mayor solidez, pues la propia naturaleza de los interdictos está en oposición con cualquier clase de dilación, como la que provocaría la reclamación previa. Por eso la ley procesal civil excluye del trámite previo de conciliación a los juicios interdictales.

Jurisprudencialmente el problema se ha resuelto en forma análoga a la expuesta, declarando el Tribunal Supremo que la finalidad de la reclamación previa es la misma que la del acto de conciliación, y por tanto, cuando se inste una acción civil contra la Administración para la que no se exija conciliación, no es necesaria la reclamación previa (81).

Si queremos precisar todavía más nuestra afirmación diremos: es jurisprudencia reiterada el declarar que la falta de reclamación pre-

(80) ABELLA: *Manual de Régimen Local* (Comentarios al artículo 376 de la Ley).

(81) Sentencia de 29 mayo 1962.

via en vía gubernativa, se equipara a la ausencia de Conciliación, pues la finalidad de ambas instituciones es la misma, por lo que disponiendo el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento civil que los interdictos están exceptuados de conciliación, es innecesaria en este caso la reclamación administrativa previa cuando la parte demandada —o uno de los codemandados— sea la Administración Pública, ya Estatal, Local o Institucional (82).

Finalmente, aunque en oposición a la tesis mantenida, se estimase necesaria la interposición de previa reclamación, y esta no se hubiese formulado antes de la iniciación del interdicto, *tal omisión sería de naturaleza meramente formal* y, por tanto, no susceptible de afectar a la validez y eficacia de la relación jurídico procesal. De aquí la intrascendencia de su inobservancia y las posibilidades de remedio o subsanación, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 462 de la Ley de Enjuiciamiento civil (83).

3.º *Legitimación activa*

Reproducimos lo expuesto en el capítulo I) del estudio, reiterando la amplitud del término poseedor —equivalente a detentador— y subsiguientemente la extensión de la legitimación activa para ser actores del procedimiento interdictal.

Por ello está legitimado para el ejercicio de este tipo de acciones el *CONCESIONARIO* del dominio público, en caso de perturbación o despojo por vía de hecho.

Por el contrario, no existen vías de hecho, ni por tanto podrá prosperar un interdicto, en los supuestos de revocación, anulación o caducidad de la concesión administrativa.

4.º *Legitimación pasiva*

La pretensión procesal se dirige contra el Ente Público-Administrativo (84) que es quien tiene personalidad jurídica. El órgano actuante es un simple instrumento del Ente, y como tal carece de personalidad (85).

Lo anterior, con independencia de que en la demanda se mencione al órgano a través del cual actúa la Persona Administrativa, e incluso se mencionen los nombres y apellidos de los funcionarios, empleados u obreros que han ejecutado la alteración posesoria.

(82) Lo expuesto no contradice lo dispuesto en el artículo 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo (que parece exigir en todo caso la reclamación previa en vía administrativa), ni lo previsto en el artículo 376 de la Ley de Régimen Local, por aplicación de la doctrina y jurisprudencia recogidas.

(83) Sentencias del Tribunal Supremo de 17 febrero 1954, 23 marzo y 12 mayo 1961, 20 febrero 1962, 3 junio 1964..., etc.

(84) A efectos de lo que debe entenderse por Administración Pública —o mejor por Ente Administrativo— nos remitimos a lo expuesto en la conclusión SEGUNDA del epígrafe III del presente trabajo.

(85) Ni tan siquiera cabe el calificar al órgano administrativo de instrumento dotado de semipersonalidad jurídica o personalidad jurídica limitada.

5.º Se aplicará la doctrina general ya estudiada que permite la protección interdictal no sólo de las cosas, sino de los derechos.

Que esa doctrina general es de aplicación, lo ratifica el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa que extiende esa expropiación a cualquier forma de privación singular de la propiedad privada, o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, con la subsiguiente protección interdictal de derechos, a enor de la disposición expresa del artículo 125 de la citada Ley.

6.º *Ampliación de las cuestiones a debatir en los interdictos contra la Administración*

Cuando el interdicto se dirige contra la Administración (86) el juzgador ampliará su campo de conocimiento, resolviendo sobre si la actuación administrativa es o no conforme a derecho (87). Esto lo realizará en una doble proyección:

A) Juzgando sobre si la Administración ha actuado o no con competencia, y —en su caso— con señalamiento del vicio padecido y sus efectos.

B) Investigado y declarando si ha seguido o no el Ente Público el procedimiento legalmente establecido, y efectos de las faltas procedimentales padecidas (88).

Por esta extensión de conocimiento hay también una ampliación del campo de la prueba, que exigirá del Tribunal el examen del expediente administrativo (89), pedido por una u otra parte en la fase probatoria, sin perjuicio de lo que para mejor proveer pudiera acordar el Tribunal.

7.º *Iniciación de interdicto y cómputo de plazos*

Para que se inicie una demanda interdictal es preciso que se haya producido una anormalidad posesoria, la cual —en relación con la Administración Pública —puede revestir dos modalidades:

A) *Fáctica*, que se inicia cuando la administración de hecho perturba, despoja, inicia una obra...etc.

B) *Jurídica*, cuando el poseedor tiene conocimiento de la existencia de una resolución administrativa que modifica su situación posesoria, ya haya precedido o no, notificación en forma.

Además, es necesario que no haya transcurrido un año desde el acto perturbador, pues que, como señala nuestra Ley Procesal Civil, el Juez sólo admitirá la demanda si aparece presentada antes de haber transcurrido un año desde el hecho origen del interdicto, rechazándola (sin recibir ni siquiera la información testifical previa) si

(86) Es indiferente que sea estatal, local o institucional.

(87) Esta ampliación no hace perder al proceso su carácter de sumariedad, pues en todo caso nunca habrá cosa juzgada.

(88) El señalar los fallos de procedimiento no será nunca para sancionar a la administración, sino para fundar en dichos defectos la estimación de la demanda.

(89) El examen se producirá ya mediante remisión del original, ya mediante testimonio del mismo.

ha transcurrido este plazo, pero... ¿A partir de qué momento se inicia el cómputo del tiempo?

En el interdicto de recobrar será necesario que la Administración haya iniciado la ejecución material a través del despojo, y sólo a partir de este momento se inicia el cómputo del plazo.

Por el contrario, en el de retener será suficiente con que conste la intención perturbadora conocida ya de facto por hechos exteriores constitutivos de la perurbación, ya jurídicamente con la existencia de un acto administrativo procedimental del que derive la perturbación, aunque de hecho no se haya materializado (90).

8.º Consideración final

Las normas que a través de nuestro estudio hemos expuesto, son de aplicación a todos los interdictos, sin perjuicio de que las especialidades de alguno de ellos pueda hacer introducir modificación en algún punto muy concreto.

Lo que sí se observa del estudio de los Decretos de Conflictos es que son frecuentes estas resoluciones en relación con los interdictos de retener, recobrar y obra nueva, y excepcionales cuando de obra ruinosa se trata.

Esto no quiere decir que no quepan esta clase de interdictos (los de obra ruinosa), sino que la administración en estos casos toma simples medidas de policía para las que —salvo supuesto muy excepcional— siempre es competente, no existiendo tampoco dificultades de procedimiento en casos urgentes, sin perjuicio de la utilización del expediente contradictorio de ruina... etc. (91).

(90) CARMELO DE DIEGO LORA. Obra citada en la nota 1, volumen II, páginas 144 y 145.

(91) Artículo 170 de la vigente Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956.

El modo testamentario y las prohibiciones de disponer*

VICENTE L. MONTES PENADES
Profesor adjunto de Derecho Civil

INTRODUCCIÓN: I. *Configuración y estructura del modo testamentario como vehículo de las prohibiciones de disponer*: 1. Modo y Condición. Jurisprudencia. 2. Modo y Legado: a) Criterios de distinción. b) Modo, Legado y Sucesión. c) La afección de los bienes de la herencia.—II. *El contenido de la disposición modal y las prohibiciones de disponer*: 1. El contenido del modo. 2. Las prohibiciones de disponer como contenido del modo: a) Carga real y obligación personal. b) Tipos de prohibiciones de disponer. 3. Régimen de las prohibiciones de disponer en sentido estricto: a) Causa. b) Límites. c) Inscripción registral. 4. Régimen de las obligaciones de no disponer: a) El cumplimiento del modo. b) La revocación de la disposición modal. c) Modo y Registro.—III. *El contenido de la disposición modal y los derechos de adquisición preferente (prohibiciones impropias de enajenar)*: 1. Los derechos de adquisición preferente como derechos reales. 2. Doctrina de la Dirección General de los Registros.

INTRODUCCION

El objeto del presente estudio pudiera centrarse en una sola cuestión: la eficacia que puede —o debe— atribuirse a una disposición testamentaria que limite la facultad de disposición del instituido sobre el bien transmitido.

Tal limitación de la facultad dispositiva puede operarse detrayendo sin más esta posibilidad, es decir, cercenando la propia facultad de disposición, a través de lo que suele llamarse “prohibición de disponer”, o bien atribuyendo el “ius disponendi” a otra persona, distinta del beneficiario de la atribución o institución. Pero es claro que en cualquier caso se produce una bilateralidad de posiciones, ya que alguien va a beneficiarse, en último extremo, de la carencia del poder de disposición: los herederos del mismo causante, los del beneficiario, o terceras personas, que en el caso de la simple detracción del “ius disponendi” no estarán especialmente designados por el propio testamento, y, en cambio, deberán estarlo en el caso de concesión de

(*) Trabajo publicado en el libro homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro.

tal facultad de disposición, generalmente a través de un derecho de adquisición preferente, a persona distinta del instituido.

Cuando por testamento se establece, sobre uno de los bienes comprendidos en la sucesión, una prohibición de disponer, propia o impropia, de alguna manera se “modaliza” la institución, en cuanto se impone una suerte de obligación accesorias de “no hacer”, que, sin embargo, no condiciona la eficacia de la institución. Así ocurre más claramente en los casos en que el deber de no enajenar es reflejo del derecho concedido a otra persona.

Pero si hay alguien que directamente es titular de un derecho que deriva del propio testamento, ¿no estaremos ante un auténtico legado? O, en otras palabras —y en conexión con cuanto veníamos diciendo— ¿Cuál es la posición del favorecido por la carencia del “ius disponendi” que sufre el instituido?

Los problemas de calificación en estos supuestos son, en la práctica, difíciles, aún cuando pueda partirse de una tipología técnica en principio clara.

Configurado el derecho que viene atribuido por testamento —en un llamamiento a título universal o a título particular— como una titularidad que no comprende la facultad de disposición. ¿Estaremos ante la figura del “modo testamentario”? ¿Qué eficacia habrá de concederse a la limitación impuesta? En parte, según entendemos, dependerá de la presencia y de las posibilidades de actuación del que resulte favorecido. Y ello, aun cuando no se trate de una “obligación de no enajenar”, sino de una verdadera “limitación” o “prohibición de disponer”.

Intentamos responder a estas cuestiones, partiendo de la configuración del “modo” y de su relación con el legado, para llegar a saber si cabe ver en la “prohibición de disponer” el contenido de un modo o si, por el contrario, no guardan relación ambas figuras, quedando el “modo” como vehículo o instrumento, en su caso, de las llamadas “obligaciones de no disponer”.

I. CONFIGURACION Y ESTRUCTURA DEL “MODO” TESTAMENTARIO COMO VEHICULO DE UNA PROHIBICION DE DISPONER

1. *Modo y condición. Criterio de la Jurisprudencia*

Las disposiciones testamentarias, según el criterio prevalente en la doctrina y en la Jurisprudencia, son condicionales cuando lo que se debe hacer, dar o simplemente esperar que suceda, decide la eficacia o ineficacia del llamamiento. Por el contrario, son modales las disposiciones, cuando lo que se hace (o lo que no debe hacerse) requiere la eficacia previa de la institución de heredero o del legado (1).

(1) Así, MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, t. XIII, 5.^a ed., revisada por ORTEGA LORCA, Madrid, 1944, págs. 846 y sig.

Ni siquiera cabe la confusión en tema de condición resolutoria potestativa, por cuanto que la condición pondría en trance de ser o no ser un efecto del legado, mientras que, se trata de añadir a tales efectos una obligación nueva, que precisamente encuentra su apoyo en la previa producción de aquellos efectos (2).

Claramente se observa en estos casos que el testador no ha dispuesto que el legatario deje de serlo si no cumple la carga establecida. Más bien parece que ha querido que permanezca la institución (atribución principal), pero que también permanezca y se cumpla la determinación accesorias en que la carga consiste (3).

Son aplicables a estos supuesto, además, dos de los clásicos criterios de distinción entre condición y modo:

a) De una parte, el testador ha querido que su disposición se cumpliera después de haberse recibido la atribución.

b) De otra parte, no ha suspendido la eficacia de la institución, ni la somete a pendencia de ningún género respecto del principio o final de sus efectos, sino que, antes bien, parece que el cumplimiento de lo dispuesto carece de sentido si no se recibe la atribución ordenada por el testador (4).

Estamos ante supuestos en que se obliga al instituido, pero no se suspende su cualidad de tal, porque no hay ni aplazamiento ni pendencia de su titularidad.

Todo parece llevarnos al terreno del modo (5).

Incluso puede invocarse la norma (a nuestro juicio más interpretativa que presuntiva), del artículo 797, párrafo 1.º del Código civil, a cuyo tenor "la expresión de objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya que darse a lo dejado por el testador, a la carga que el mismo impusiere no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad".

Hay, desde luego, otros criterios de distinción entre condición y modo, pero se basan en la distinta eficacia que producen, por lo que no pueden servir para una calificación, ya que precisamente suponen que se ha calificado previamente la figura (6). Así no vale decir que condición y modo se distinguen por los efectos del incumplimiento (según quepa o no la resolución) cuando lo que se trata de saber es,

(2) ALBALADEJO, M., *Condición, término y modo*, en Revista de Derecho Notarial, números XVII-XVIII (1957), 45 y sig., pág. 88.

(3) PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. V, vol. 2.º, Barcelona, 1963, págs. 326-327.

(4) En este sentido, véase VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio y 18 de diciembre de 1965*, en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 458 (1967), págs. 166 y sig., esp. págs. 170-172.

(5) Cfr. OSSORIO MORALES, *Manual de Sucesión Testada*. Madrid, 1957, págs. 230 y 231 y también LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones*, t. I, Barcelona, 1971, págs. 586 y sig.

(6) Pueden verse en VALLET DE GOYTISOLO, *Op. cit.*, págs. 170 a 172 y en TORRALBA SORIANO, *El modo en el Derecho Civil*. Alicante, 1966, páginas 76 y sig.

precisamente, si cabrá o no la resolución, en virtud de que se trate de un modo o de una condición (7).

Se debe, pues, proceder a la interpretación de la voluntad del testador, auténtico árbitro de la situación, en los términos del artículo 675 y del ya citado 797, párrafo 1.º, ambos del Código civil.

La distinción, a nuestro juicio neta, entre modo y condición, y la posibilidad de aplicar esta distinción a los supuestos que nos ocupan puede apoyarse en una doctrina jurisprudencial bastante clara.

Además de las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1910, de 2 de enero de 1928, de 4 de junio de 1936, de 2 de noviembre y 14 de diciembre de 1944 (8), pueden verse las que a continuación exponemos.

En la *Sentencia de 18 de diciembre de 1953*, el Tribunal Supremo estimó que se establecía un modo en la institución de heredero en la nuda propiedad (consolidable más tarde con el usufructo) verificada por el testador en favor de su sobrina "con la obligación de que esté en su compañía, cuidándole y asistiéndole, hasta la muerte del testador y de su esposa". Se solicitaba la revocación de la disposición por entender que la heredera designada no había cumplido lo que se calificaba por el recurrente de "condición".

En sus CONSIDERANDOS, el Tribunal Supremo establece que: "Ni el propio testamento ni los hechos coetáneos o posteriores tenidos por ciertos en la sentencia recurrida revelan que el cumplimiento de esa obligación sea la causa de su designación como heredera, y que esté, por tanto, supeditado a su cumplimiento su derecho a la herencia, siendo, por el contrario, más natural creer... que la obligación impuesta no tiene más valor que el de una institución "sub modo", de los que no supeditan el derecho a la herencia a su cumplimiento, si bien sujetan a quien se imponen a determinadas obligaciones".

Sin embargo, de la lectura de los antecedentes resulta que podría entenderse que la instituida habría cumplido la obligación, puesto que tía y sobrina dejaron de vivir juntas cuatro días antes del nuevo matrimonio de aquélla (9).

La doctrina sentada por esta sentencia se confirma en la de *27 de septiembre de 1961* (Barrera García contra García Escudero). En este caso, se debatía el alcance de una cláusula testamentaria del tenor literal siguiente:

"Lega a su sobrina J. B. G. la mitad de la casa que en la actualidad habita la testador, cuyo legado se entiende en nuda propiedad hasta el fallecimiento del esposo de la testadora, y con la obligación

(7) En este sentido, LACRUZ, *Op. cit.*, pág. 588.

(8) Estas sentencias están recogidas por PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, págs. 326 y sig. y por RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina Civil del Tribunal Supremo*, t. II, 2.ª ed., Madrid, 1961, págs. 2726 y sig.

(9) Cfr. PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, págs. 328-329.

de abonar a cada uno de los herederos restantes la suma de 250 pesetas”.

Con base en esta disposición, y sin haber cumplido la obligación impuesta, la legataria entabla demanda de retracto legal de comuneros contra el adquirente de la otra mitad de la finca, que lo era en virtud de contrato de compraventa celebrado con el esposo de la testadora poco antes del fallecimiento de éste.

El demandado alegó que la legataria tenía sólo un derecho expectante y que carecía de título legítimo para accionar el retracto. La demanda fue estimada en ambas instancias.

En casación se alegó la aplicación indebida del artículo 797 del Código civil, estimando que la obligación de abonar 250 pesetas, constituía una verdadera condición potestativa suspensiva.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar, y dice en sus considerandos que: “...por la redacción dada a la cláusula estudiada no se deduce en modo alguno que la adquisición del inmueble se haga depender del pago de las cuotas de referencia, ni se supedita tal adquisición de la cosa legada a dicho pago... (por lo que)... parece evidente que el legado no tiene el carácter de condicional y debe estimarse como una circunstancia modal... autorizada por el artículo 797 del Código civil...”.

Es importante subrayar que, en este supuesto, el legatario que aún no ha cumplido la obligación impuesta no se resiente por ello de ningún defecto de titularidad en orden al ejercicio de las acciones contenidas en su derecho.

En la *Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1965* se considera “modal” la disposición que establecía que el legado de una finca a la nieta de la testadora se reduciría a la mitad, acreciendo la otra mitad a la heredera universal, en el caso de que la legataria “no sirviera a la testadora en todas las necesidades, tanto en caso de salud como de enfermedad, y conviviera con ella personalmente”. Pero en este supuesto, en realidad, el Tribunal “a quo” razonaba que se llegaría al mismo supuesto aplicando el artículo 795 (y considerándolo como condición) que aplicando los artículos 797 y 798, puesto que la supuesta “condición” que constaba en testamento abierto, era ignorada por la legataria con anterioridad al fallecimiento de la testadora, y después del óbito era de imposible cumplimiento.

El Tribunal Supremo, en su CONSIDERANDOS, decía:

“En el primer motivo se combate, con extensa argumentación doctrinal, la aseveración de la Sala sobre la base de la existencia del legado con carácter modal; ciertamente, en el terreno científico la diferencia entre *condición* y *modo* es clara, pues el evento de que depende constituye condición cuando vivifica o extingue, según su clase, el propio derecho hereditario y no implica obligación o carga para el sucesor potencial o actual, al paso que en el *modo* no hay obstáculo ninguno para que el heredero o legatario entren en posesión de los bienes que le correspondan y de los que adquieren el dominio aunque

deban cumplir el fin, destino o carga que impuso el testador, sin otra previa obligación que la de afianzar el cumplimiento de lo ordenado, o en otro caso, la devolución de lo percibido; en el terreno legal la distinción puede no resultar tan clara, pues, en definitiva, el artículo 797 Código civil hace a la voluntad del testador árbitro del carácter condicional o modal de la institución... el modo implica siempre una actividad del sucesor, a realizar después de la muerte del causante...".

Finalmente, hay que destacar la doctrina de la *Sentencia de 28 de mayo de 1969* (Alvarez Domínguez contra Ruiz Alvarez).

En el caso, el testador, fallecido en 1929, había instituido herederas a su sirvienta M. O. A. D. y a la sobrina de ésta, M. A. R. A. "con las siguientes limitaciones y condiciones":

A) Han de vivir precisamente juntas, poseyendo y usufructando todo su haber en comunidad.

D) Durante la vida de las dos no podrán vender lo que hereden del testador, excepción hecha de que M.^a O. A. D. podrá disponer en venta lo que sea preciso a satisfacer las necesidades de la vida de ambas, importe de sus funerales y sufragios, y otras deudas legítimas, conservando todo lo demás hasta la muerte de una de ellas.

C) Al ocurrir el fallecimiento de una de las dos, todo lo subsistente o remanente lo hará suyo en pleno dominio aquella que de las mismas sobreviva

D) Si los padres de M.^a A. la obligan a vivir en la casa y compañía de los mismos y accediese a ello, dejando a la tía, perderá entonces la M.^a A., por este solo hecho, toda participación en la herencia".

Al parecer, contrajo matrimonio doña M.^a Olimpia A. D., y abandonó la casa. Después se produjo la separación (en 1936) y volvió a vivir con su sobrina. Más tarde, la sobrina contrajo matrimonio y abandonó a su vez la casa. Entonces su tía entabla el litigio, solicitando que se declare que la demandada ha perdido su derecho a la herencia, por incumplir lo dispuesto en el testamento, que estimaba había establecido una condición resolutoria.

La demanda fue estimada en primera instancia, pero esta sentencia fue revocada en apelación, absolviéndose a la demandada.

Se recurre en casación alegando la violación del artículo 675 y la indebida aplicación a los artículos 797, 792 y 793 Código civil.

El Tribunal Supremo entiende que se trata de una institución modal y por ello declara no haber lugar al recurso:

"...la voluntad del testador fue dirigida a que ambas disfrutaran de la herencia comunitariamente, y la sobreviviente adquiriera todo lo existente a la muerte de la otra, con preferencia a otros herederos, ninguno de cuyos supuestos indica que fuera esta voluntad supeditada a la permanencia de vida común que sólo establece como accesoria y modal...".

A los efectos que aquí nos interesan, hay que destacar que, para

el Tribunal Supremo, parece que hay modo —y no condición— en todos los casos en que el testador no ha manifestado con absoluta claridad la voluntad de suspender los efectos de la institución hasta el cumplimiento o de poner fin a la eficacia de la institución cuando se verifique un determinado evento. Así, la norma del artículo 797, párrafo 1.º del Código civil se ve reforzada y convertida en una verdadera presunción, que sólo puede ser destruida por el tenor literal del testamento, o por una redacción que, aún sin decirlo expresamente, no deje lugar a dudas sobre el condicionamiento de la atribución.

El testamento debe indicar claramente que se suspende la eficacia, o que los efectos se resolverán. De otro modo, lo más probable es que se entienda como “modo”, con la consecuencia, que después examinaremos más a fondo, de que el incumplimiento del modo no debe tener efectos resolutorios.

Parece más seguro que en el último de los casos examinados se tratase de una condición resolutoria, si bien habría que ver, como apuntaba con acierto la Sentencia del Tribunal “a quo”, si no se trataba de una condición contraria a las buenas costumbres (art. 792 Código civil) o no se encubría una condición de no contraer matrimonio (art. 793 C. c.). Plantea ello el problema de hasta qué punto es respetable la voluntad, a veces caprichosa, del testador. Muchas veces, hay que buscar en el fondo de una disposición un interés digno de protección.

Las prohibiciones de disponer suelen tener siempre un matiz modal (10), por lo que habremos de ver si cabe aplicar en estos supuestos íntegramente el régimen de cumplimiento del modo.

2. *Modo y legado*

Ahora bien, cuando, como ocurre en los casos en que limitando la facultad de disposición, se establece algo que parece un MODO en beneficio del propio legatario o de terceras personas, se plantea inmediatamente la cuestión de distinguirlo del legado. Y la cuestión se presenta más claramente cuando al menos “prima facie”, se atribuye a terceras personas un derecho de adquisición preferente emanado de un testamento y que tiene por objeto bienes de la herencia.

¿Puede tratarse de un sublegado, y estamos en el campo de aplicación de los artículos 858 y concordantes del Código civil?

A) *Criterios de distinción*

Para distinguir las figuras del MODO y del LEGADO, especialmente en los casos de cargas impuestas a los sucesores en beneficio de terceras personas determinadas, la doctrina ha avanzado una serie

(10) LACRUZ, *Op. cit.*, pág. 599. Vide también MARTÍNEZ SARRIÓN, *Las obligaciones de no vender y las prohibiciones de disponer*, en la Revista de Derecho Privado (1964), págs. 89 y sig., 101.

de criterios, pero no ha logrado, en absoluto, ni la unanimidad ni un "consensus" mayoritario. Entre los criterios apuntados, destacamos los siguientes, de aplicación a los casos que nos ocupan:

a) Se ha dicho que sólo el legado, a diferencia del modo, dará lugar a una sucesión a título particular (11), y se ha rebatido esta doctrina demostrando que en ocasiones los legados no implican ni siquiera sucesión (12).

b) Para otros (13), hay que atender a la intención del testador, de manera que si el testador ha querido hacer adquirir directamente del patrimonio hereditario a un tercero un derecho patrimonial, estaríamos ante un legado y si la atribución se produce indirectamente a través de la obligación del gravado, ante un modo. En tal caso, el modo tendría siempre eficacia obligatoria y el legado eficacia real.

No es, en cambio, enteramente exacto afirmar que el legado es una disposición autónoma, mientras que el modo es una disposición accesorias, a menos que se matice lo que se quiere decir con ello.

En realidad, el artículo 858 del Código civil está indicando que el gravamen impuesto al legatario, que se configura como una obligación perfecta, puede vivir también como accesorias de una atribución principal.

Y, de otra parte, el artículo 984 indica la existencia de una cierta "ambulatoriedad" del modo (como del legado).

El criterio de la accesoriasidad no resulta, pues, claramente diferenciador entre ambas figuras.

Realmente, como ha puesto de relieve entre nosotros VALLET DE GOYTISOLO (14), el modo y el legado son figuras que se cruzan, pero que se desenvuelven en distintos planos.

El legado puede expresarse de distintas maneras: directamente (como atribución directa) sea sin determinar especialmente el heredero o legatario, sea determinándolo, o indirectamente, disponiendo que tal heredero o legatario vendrá obligado a dar, hacer o no hacer algo. En esta segunda hipótesis la prestación podrá imponerse ya sea como condición de la atribución principal, haciéndola depender del cumplimiento de la prestación, o bien simplemente como modo, que no suspende, pero obliga.

El modo puede tener un contenido muy diverso abarcando toda prestación que modalice sin condicionar una atribución principal.

En este sentido, concluye el autor citado, cuando la disposición que modaliza la atribución principal consiste en el deber de realizar una prestación en favor de personas determinadas, será un legado

(11) COVIELLO, *Successioni*, t. II, Nápoles, 1915, pág. 758.

(12) Así, por todos, CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*. Milán, 1965, pág. 195.

(13) CICU, *El testamento*, Madrid, 1959, pág. DE SIMONE, *Il legato a carico del legatario*, en la Rivista di Diritto Civile, 1956, págs. 102 y sig. De esta opinión, GANGI y POLACCO, en las obras que se reseñan más adelante.

(14) VALLET DE GOYTISOLO, *Op. cit.*, págs. 167-168.

(que actuará como modo de otro legado o de una institución de heredero).

Así explicado, el contenido del modo puede ser un legado, cuando se trate de una atribución patrimonial en favor de un tercero determinado, y puede consistir en una simple obligación que no presente los caracteres del legado, por carecer de beneficiario en concreto. Y, a la inversa, el legado o la obligación pueden ser modales o condicionales respecto de la atribución principal. Este, y no otro, es el sentido de la "accesoriedad" del modo, como relación funcional entre dos atribuciones.

No nos parece, en cambio, correcta la opinión de quienes encuentran el criterio distintivo en el derecho que asiste al titular o beneficiario de la prestación para reclamarla. PUIG BRUTAU (15) opina que en el legado lo directamente atribuido es el derecho a exigirlo, y dice que "en el legado, el legatario siempre adquiere el derecho subjetivo correspondiente, que la legitima materialmente para instar la protección judicial del beneficio que tiene atribuido. En el modo, en cambio, la acción correspondiente para exigir el cumplimiento de la obligación que pesa sobre el heredero o legatario gravado, corresponde a terceros sólo formalmente legitimados".

Esta teoría, probablemente basada en un intento de trasladar a nuestro derecho la regulación del derecho alemán contenida en los párrafos 1.940 y 2.194 del B. G. B., no puede ser acogida (16).

En primer lugar, porque los mismos autores alemanes no son unánimes en la interpretación. Mientras unos creen que los que pueden exigir el cumplimiento del modo (pgf. 2.194: el heredero, los coherederos que se beneficiarían de la decadencia del derecho gravado, y la autoridad competente cuando se persiga una finalidad de interés público) actúa en virtud de una legitimación formal que no deriva de un derecho subjetivo (17), para otros autores son titulares de un derecho de crédito (18) o actúan en virtud de una legitimación "per officium", semejante a la de los ejecutores testamentarios (19).

En segundo lugar, porque, en nuestro derecho, si el causante impone por testamento a un heredero o legatario la obligación de realizar una prestación, sin atribuir al tercero un derecho a esa prestación (pgs. 1940 B. G. B.), no impone un modo, sino una recomendación o "nudum praeceptum".

Y, finalmente, porque este efecto presupone el haber averiguado

(15) PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, cit., V-2, págs. 330 y sig.

(16) Vide, no obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1965, de que hablaremos más adelante.

(17) KIPP-COING, *Erbrecht*, en ENNECERUS-KIPP-WOLF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. Tübingen, 1960, pgf. 64, págs. 271 y sig.

(18) SCHULTZE, *Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht*, en los IHERINGS JAHRBÜCHER, 43 (1901), págs. 90 y sig.

(19) BINDER, *Erbrecht, en Bürgerliches Recht*. Berlín, 1930, pgf. 38, páginas 338 y sig.

previamente, en el caso concreto, la naturaleza de la disposición contemplada (20).

Por ende, a nuestro juicio, tampoco es totalmente exacta la afirmación, sostenida por una opinión muy autorizada, de que "si el beneficiado con el gravamen impuesto al heredero está facultado para exigir personalmente y en su propio interés el cumplimiento, se tratará de un legado" (21). Por lo menos, no es enteramente precisa la formulación, aunque tiene un fondo de verdad.

B) *Modo, Legado y Sucesión*

Lo cierto es que el modo impone una obligación al heredero o al legatario gravado, de tal manera que el cumplimiento de esa obligación no suspende ni resuelve automáticamente la eficacia de la atribución.

La prestación que contiene esa obligación puede implicar o no una segunda atribución en favor de una persona determinada.

En el segundo caso, no se plantea el problema de la distinción entre modo y legado. Así, en los casos de obligación modal impuesta en favor del testador o del propio gravado.

En el primer caso (afirmativo), sólo planteará la cuestión el supuesto de prestación en favor del tercero cuando éste sea persona determinada. No los casos de prestación en favor de personas indeterminadas, ya que en tal caso no podrá hablarse de un derecho subjetivo (que carecería de titular) a menos que se tratara de un titular *sólo transitoriamente indeterminado*.

Cuando se establece una obligación que modaliza la institución de heredero o la atribución de un legado, cuyo contenido consista en una prestación en favor de una persona determinada, no podremos recurrir, para decidir si estamos en presencia de un modo o de un legado, al derecho que asista al beneficiario. En ambos casos, como veremos, el beneficiario será titular de un derecho subjetivo para reclamar la ejecución de la prestación. Los criterios deberán ser otros. Lo que, en cambio, podrá decirse es que la atribución se presumirá legado (sublegado en su caso) y no modo, cuando no esté claro. O que la determinación de una atribución en beneficio de un tercero determinado, gravando sobre un concreto heredero o legatario, se entiende como un legado o sublegado, en general.

En este sentido, es cierto que mientras el legado en general implica sucesión del causante (aunque puede no producirla), el modo, dotado de eficacia obligatoria, no la implica nunca.

Como también es exacto que el modo pertenece de alguna manera a la categoría de los legados, cuando con ello se quiere decir que pertenece al género de atribuciones a título singular que en último término derivan del causante (22).

(20) LACRUZ, *Op. cit.*, pág. 588.

(21) OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, pág. 231.

(22) CRISCUOLI, *Le obbligazioni test.*, cit., 199 a 205.

Y, asimismo, que el modo se une a la institución de heredero o al legado por una relación funcional, más que de accesoriedad, ya que viene a redimensionar la institución de heredero o el legado, imponiendo una limitación económica que se realizará a través de la ejecución de una obligación, de modo semejante a lo que ocurre con el sublegado.

En conclusión: Llamamos "*modo*" a la relación funcional que existe entre una institución de heredero o una atribución a título singular y una obligación impuesta por el testador de la que es sujeto pasivo el heredero o legatario. Por extensión, también llamamos "*modo*" a esa misma obligación, cuando no reúne los caracteres del legado. Pero no hay, a nuestro juicio, inconveniente en que un legado auténtico *modalice* una institución de heredero u otro legado.

¿Cuándo hay, pues, modo —en sentido amplio— y cuándo hay legado o legado modal?

Por de pronto, la doctrina ha resaltado la dificultad de la cuestión, sobre todo en los casos de obligación modal consistente en una prestación de dar en beneficio de un tercero determinado, y ha apuntado, desde luego, la referencia a la voluntad del testador como criterio básico de distinción. Es legado la atribución patrimonial que en el testamento se hace directamente —y no a través de una obligación personal de carácter accesorio impuesta a otra persona— al beneficiario (23).

Se reconoce el indudable valor práctico del criterio que señala la presencia del legado obligatorio cuando el contenido del gravamen que se impone a la liberalidad testamentaria lo sea en beneficio de un tercero determinado, mientras que estaremos ante un modo cuando los intereses que el testador quiera satisfacer beneficien a personas sólo genéricamente determinadas.

Pero la distinción entre legados obligatorios y modos en favor de tercero, como se ha reconocido autorizadamente, es particularmente difícil, pues en ambos supuestos el beneficiario recibe una ventaja del "*de cuius*" a través del cumplimiento de un gravamen; y en uno y otro caso, la atribución patrimonial se puede conducir a la esfera del difunto, el cual ha previsto para su realización el mismo instrumento: la prestación del gravado (24), y no cabe duda de que cuando el interés del modo afecta a una persona determinada nos acercamos sensiblemente a la figura del legado (25).

C) *La afección de los bienes de la herencia*

La clave de la distinción estriba, probablemente, en que el legado,

(23) En este sentido, Vide: LUNA SERRANO, *Disciplina del modo testamentario imposible*, en Anuario de Derecho Civil, 1968, págs. 109 y sig., esp. página 116. También LÓPEZ VILAS, *Sobre la distinción entre legados e instituciones modales*, en A. D. C., 19 (1966), págs. 575 y sig., esp. 597.

(24) GIORGIANNI, *Il "modus" testamentario*, en la Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1957, pág. 894.

(25) CICU, *El testamento*, cit., pág. 293.

y no el modo, implica una sucesión directa del difunto. El legatario es un "habiente causa" del disponente; el beneficiario del modo lo es del gravado. Por tanto, el modo es un beneficio indirecto, una carga accesoria (en el sentido que hemos apuntado) de la institución de heredero o del legado. Así se desprende del artículo 797, 1.º del Código civil.

El legado, en cambio, aun cuando haya un heredero o legatario encargado de cumplirlo, es una carga o gravamen de la herencia misma.

La relación entre legado y sublegado se limita al aspecto económico, en el sentido de que el sublegatario no se puede considerar como un legatario subordinado, como si adquiriera a través del legatario gravado, de manera que habría una transmisión de segundo grado (del testador al legatario y de éste al sublegatario). Por el contrario, hay siempre una adquisición directa y autónoma, de tal manera que el sublegatario tiene todos los medios para salvaguardar su derecho frente a la herencia, bien que en definitiva la carga económica del sublegado grave al legatario.

En consecuencia, el beneficiario del modo tiene derecho desde que el gravado recibió la liberalidad. El sublegatario desde la muerte del testador.

Lo indican, a juicio de algunos autores, los artículos 858 del Código civil, del que se deduce que el legado es un gravamen de la herencia, y 888 del Código civil: "cuando el legatario no pueda o no quiera admitir el legado, o éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia..." (26).

El régimen del artículo 888 parece claro al respecto: si el beneficiario del sublegado no quiere o no puede aceptarlo, o si el sublegado deviene ineficaz, se refundirá en la masa de la herencia. Si el beneficiario del modo no llega a adquirirlo, o la obligación en que el modo consiste deviene ineficaz, el legado se depura, y el legatario conserva la titularidad, ahora sin cargas, de su legado. No se refunde en la masa de la herencia.

En el caso del sublegado, el legatario gravado lo deberá cumplir siempre: frente al sublegatario o frente a los herederos. En el caso de las obligaciones modales, la imposibilidad de la prestación libera sencillamente al gravado, como la ineficacia de la obligación modal no imputable al gravado.

(26) TORRALBA, SORIANO, *El modo*, cit., págs. 184-187. De acuerdo, LACRUZ (op. cit., pág. 589), pero apuntando que esto no impide que el cumplimiento del modo pueda reclamarse contra el heredero, sin dejar por ello de ser modo. Esta opinión confirma cuanto venimos diciendo, puesto que si el modo puede también reclamarse contra el heredero, como el legado, la diferencia entre ambas figuras se debe encontrar en la relación funcional entre atribución principal y atribución accesoria y podrá entenderse que el modo tenga por contenido un legado o una obligación, si se quiere, que funcione "como un legado".

Tendremos que determinar los criterios que nos permitan calificar una determinada disposición de legado o de simple obligación modal.

Debemos volver, para ello, casi al punto de partida: la voluntad del causante. Para algunos autores se tratará de determinar, examinando caso por caso la voluntad del testador, si quiso establecer el gravamen directamente sobre sus propios bienes, aunque encargando de su cumplimiento a un heredero o legatario o si, por el contrario, quiso imponer un gravamen accesorio sobre las personas beneficiadas con la institución o el legado, y en tanto en cuanto han sido enriquecidas a través de la disposición principal. En el primer caso, habrá un legado; en el segundo, un modo (27).

Pero, tal y como venimos diciendo, para nosotros es más correcto el siguiente planteamiento: dado que el testador, tanto en el caso del modo cuanto en el del legado, quiere la efectividad de la disposición, y por tanto, que el beneficio llegue a su destinatario, la diferencia entre legado y obligación modal sólo puede encontrarse en la configuración o estructura jurídica de la disposición.

El artículo 797 del Código civil dice claramente que la carga impuesta al heredero o legatario no condicionará su cualidad de tal, a no parecer que ésta era la voluntad del testador. Pero no se opone en absoluto a que esta carga consista incluso con un auténtico legado.

Hemos visto que no sirve el concepto estricto de "sucesión" para diferenciar el legado de la obligación modal. No hay sucesión en los legados de perdón o liberación de deudas (artículos 870 a 872 Código civil). Tampoco la hay en el supuesto del llamado legado de reconocimiento de deuda.

Pero hay más: en los casos de legado de cosa ajena (artículo 861), además de que no se ve la "sucesión", se impone al heredero una obligación que se acerca a la estructura de las modales.

Y más claramente aún, en el caso del legado hecho a un tercero de una cosa propia del heredero o legatario, contemplado por el artículo 863 Código civil.

¿Cómo funciona en estos casos el régimen del artículo 888 del Código civil?

Si el testador, v. gr., ha dispuesto que un determinado legatario debe entregar a un tercero (sublegatario, en los términos del artículo 863) una cosa propia del legatario, y el tercero no quiere admitir esa atribución, según el artículo 888, debería refundirse en la masa de la herencia.

Ahora bien, este precepto regula de modo claro otro supuesto: el de que el legatario gravado no llegue a serlo. Entonces, el sublegatario podrá pedir a los herederos el cumplimiento de su legado.

También dice claramente el precepto contemplado que los bienes que eran objeto del legado pasarán a los herederos (28).

(27) TORRALBA SORIANO, *Op. cit.*, pág. 189.

(28) Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1894, de 22 de septiembre de 1891, de 11 de febrero de 1903, de 7 de abril de 1920, etc., etc.

El legado no caduca, pues, cuando el heredero o legatario gravados no llegan por cualquier causa a suceder. En tal caso, lo pagarán los herederos o el sustituto (29).

Pero, volviendo la oración por pasiva. ¿Qué ocurrirá cuando deviene ineficaz el legado que grava a otro legado? Caben dos soluciones: que suceda el heredero en el derecho del sublegatario, o bien que el legatario quede liberado de su deuda.

El artículo 888 parece inclinarse por la primera solución, entendido al menos según su tenor literal, en cuanto régimen normal respecto de la relación entre legado y herencia. Si el legado no llega a tener efecto, vuelve a la herencia y lo percibe el heredero, sin abrirse entonces la sucesión abintestato. El heredero que debe entregar una casa legada, la recibe en defecto de eficacia del legado. Si la misma casa la debe entregar un legatario a un tercero (sublegatario) y el legatario no acepta el legado, o ha premuerto, el tercero sublegatario la podrá reclamar del heredero. Pero si es el tercero sublegatario el que no la quiere, o el que ha premuerto. ¿La deberá entregar el legatario al heredero, o quedará liberado?

El artículo 888, dado su tenor y la referencia que en el inciso final hace a los casos de sustitución o acrecimiento, no resuelve directamente este problema, sino los anteriormente expuestos. Veámoslo en el caso de legado de cosa propia del heredero. Si el legatario no llega a serlo, el heredero no parece que quede obligado a nada más.

Pero si son varios los herederos ¿No podrán pedir que el heredero gravado les entregue la parte proporcional, sobre la base del precepto que contemplamos?

En realidad, cuando el artículo 888 dice que “*se refundirá en la masa de la herencia*” debe entenderse que adquirirán los herederos el derecho que correspondía al legatario. Así lo da a entender claramente la Resolución de la Dirección General de Registros de 7 de enero de 1904, en que se debatía si renunciado por el legatario el legado de unos bienes que le habían sido atribuidos con la condición de que no los enajenara, al pasar tales bienes a los herederos deberían éstos cumplir la mencionada condición. El Centro Directivo resuelve que no, por tratarse de una condición de carácter personal, pero establece que, en principio, por analogía con lo dispuesto en el artículo 780 Código civil, el “sustituto” del legatario debe cumplir los gravámenes y condiciones impuestos.

Con ello, se indica que los herederos son en este caso unos “sustitutos” del legatario. Por ello, de la misma manera que han de cumplir los gravámenes y condiciones, han de disfrutar de las ventajas.

Cuando el testador ha dispuesto de la cosa propia del heredero o legatario, esta cosa pasa a formar parte, en cierto modo, de la masa

(29) LACRUZ, *Op. cit.*, pág. 549.

de la herencia. Si no llega a adquirirla el legatario, la adquirirán los herederos, sustituyendo al legatario beneficiado.

Esta doctrina fue ya sustentada por MUCIUS SCAEVOLA (30).

El artículo 858 del Código civil, en su segundo párrafo, limita la responsabilidad del legatario gravado al valor del legado. La del heredero gravado que ha aceptado pura y simplemente la herencia se extiende, según el artículo 1.003 del Código civil, *ultra vires hereditatis*, tanto respecto de los legados cuanto de las obligaciones modales, aunque el tema es discutido (31).

El artículo 858 podría ser un obstáculo a cuanto veníamos diciendo: Si el legatario sólo responde dentro del valor del legado ¿Cómo va a ser el sublegado una carga de la herencia, y el modo una obligación personal del gravado? Digamos, ante todo, que también por el modo la responsabilidad no puede afectar al gravado más allá del límite establecido. En este punto acaso no haya diferencia entre ambas figuras.

La hay, en cambio, en el terreno del régimen que hay que aplicar cuando el legatario gravado no puede o no quiere aceptar el legado.

SCAEVOLA se pregunta si en este supuesto los sublegados quedan ineficaces y concluye que no es así. Ante todo, por lo dispuesto en los artículos 764 y 743 del Código civil y, además, por lo que establece el artículo 888.

El artículo 764 ordena la validez del testamento aunque no contenga institución de heredero, y dispone que en los casos de defecto de institución, de no comprender ésta la totalidad de los bienes o de falta de aceptación "se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes...".

El artículo 743 dispone que sólo en los casos expresamente prevenidos en el Código "serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias".

En ninguna parte se establece que será ineficaz un sublegado por no aceptar el legatario gravado.

¿Quién satisfará en tal caso esas mandas? Del artículo 888 se deduce que lo harán los herederos, salvo que haya legatarios sustitutos (artículo 780) o que acrezcan (artículo 984 y 987) y en último término, dice SCAEVOLA, si no hubiese herederos (caso difícil, porque en último término estará el Estado) la misma herencia como patrimonio unificado.

Y cuando, a la inversa, devenga ineficaz el sublegado, tal y como veníamos diciendo anteriormente, el artículo 888 impone que se refundan en la herencia esas mandas ineficaces, por lo que no se liberará el legatario gravado, sino que de esta utilidad disfrutarán los here-

(30) MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil...*, t. XV, 4.^a ed., Madrid, 1945. Comentario al artículo 858, págs. 237 y sig.

(31) En contra, TORRALBA SORIANO, *Op. cit.*, págs. 227 y sig. A favor, LACRUZ, *Op. cit.*, pág. 591, nota 7.

deros aun en el supuesto de que se trate de un legado de cosa propia del gravado. El Código civil no distingue (32).

De este modo, el legado es siempre una carga o gravamen de la herencia, mientras que la obligación modal simple es una carga del heredero o del legatario gravado.

Y ésta es, a nuestro juicio, la característica central que nos permitirá distinguir entre legado y modo: que el testador haya dispuesto la afección a la masa hereditaria del bien o derecho relictos, y su perpetuación a pesar de que se verifique la imposibilidad de recepción por parte del beneficiario. El modo es siempre obligatorio; el legado trasciende, en sus efectos, la pura relación obligatoria personal.

En un sentido —diríamos— formal o amplio o funcional es modo todo gravamen o carga que pesa sobre herederos o legatarios sin condicionar su cualidad de tal.

En un sentido sustantivo —o estricto— es modo todo gravamen o carga no condicionante que grava a un sucesor como obligación personal, que no puede transferirse a la masa hereditaria, sino que, aun concediendo derecho a un beneficiario determinado, agota su eficacia sobre la persona —y los bienes— del gravado.

Los legados pueden ser funcionalmente modales. Pero el modo en sentido estricto es una obligación que sólo en determinados aspectos —muy concretos— sigue el régimen del legado (en cuanto, v. gr., confiere un derecho de reclamación al beneficiario, pero no sobre la herencia, sino sobre el gravado, aun cuando dentro de los límites de lo recibido).

Para que haya un legado modal se requiere, pues, fundamentalmente, lo siguiente:

a) Ante todo, la designación de un beneficiario, aun cuando no se trate de una determinación perfecta. Pero, al menos en principio, una atribución en favor de persona incierta no debe seguir el régimen del legado (33).

b) La afección de la responsabilidad al caudal hereditario, y no al patrimonio del gravado (34).

En este punto, es interesante examinar la *Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1961* (Congregación Hermanistas de los Ancianos Desamparados contra Sánchez Alcaraz).

El marido de la demandada falleció en 1942 bajo testamento ológrafo, en el que disponía, entre otras cosas, lo siguiente: “Mando y

(32) Lo duda, en cambio, LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, cit., pág. 589, nota 4.

(33) TORRALBA SORIANO: *El modo*, cit., pág. 191. GIORGIANNI, *Op. cit.*, págs. 895 y sig.

(34) Vide CLEMENTE DE DIEGO, F., *El prelegado en el Derecho Romano y en el Derecho Moderno*. Madrid, 1927, pág. 123. En la Sentencia de 2 de marzo de 1935, el Tribunal Supremo entiende que no es legado (prelegado) y sí modo, el encargo impuesto a unos herederos de comprar unas casas para otros herederos, “ya que no se ve clara la atribución patrimonial directa que podría dar a la disposición el carácter de prelegado”.

quiero que mi esposa O. Sánchez, mientras viva conservando mi nombre, sea usufructuaria de todos mis bienes mientras viva, y no podrá hacer corta de monte, ni árboles, ni vender nada de cereales, leguminosas; tampoco quiero que tenga más que un criado y una criada, y que lo que sobre cada año de hacer los pagos al Estado y al Municipio y de dichos criados, y ella de lo que corresponda de ración y ropas de su uso, que sea para el Asilo de Albacete”.

La actora reclamaba la rendición de cuentas y la entrega de sobrantes, calificando la disposición como legado.

La demandada, esposa del testador, entendía que la manda sólo afectaba a la mitad de los bienes en usufructo, sobre los que había que cargar las “deudas legítimas” citadas en el testamento, quedando enteramente libre la otra mitad.

La demanda se estimó en ambas instancias.

Se recurrió en casación, negando la condición de legataria de la Institución demandante y sobre la base de que el testador no concede ningún derecho al Asilo de Albacete.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso y dice: “Que la cláusula transcrita configura la institución hereditaria del usufructo de modal, por referirse a un negocio jurídico gratuito “mortis causa”, con expresa carga de cumplir una prestación patrimonial a favor de tercero, cuyo derecho nace frente al instituido desde el momento en que éste aceptó la disposición de última voluntad, que persiguió un fin específico de indudable protección en derecho por ser posible y lícito, como agregado y accesorio al acto principal que lo soporta en su mayor dimensión...”.

“...muy lejos de contemplarse en el caso la existencia de un legado damnatorio impuesto como obligación por el testador al heredero, aunque guarde con él marcada analogía, ni menos percibirse un simple consejo o admonición... pues el derecho se atribuye inmediatamente al titular designado fuera de todo evento condicional... y esa calificación hállase abonada por el artículo 797 del Código civil...”.

En esta Sentencia se percibe con claridad la anfibología con que se utiliza la palabra *modo*. Es evidente que la atribución en favor del Asilo de Albacete no era condicional, sino “modal” o, como antes hemos dicho, “funcionalmente modal”. Pero no es menos cierto que en el caso presenta los caracteres de un legado del que se responde con los bienes de la herencia. Desde luego, en este supuesto, el beneficiario puede reclamar y es titular de un derecho subjetivo (contra lo que decía la recurrente). Y, a nuestro juicio, se trata de un verdadero legado “per damnationem” sobre el usufructo. Lo que ocurre es que sólo podrá funcionar en la medida en que la sucesora usufructuaria llegue a serlo, ya que los nudos propietarios adquirirán los bienes libres de esta carga, porque el usufructo es aquí presupuesto del legado.

No es, en cambio, criterio seguro de distinción entre modo y le-

gado el contenido de la disposición, aunque puede constituir un indicio en los casos dudosos (35).

Parece, sin embargo, muy difícil concebir un legado que consista en una obligación negativa impuesta a un heredero o legatario, en favor de personas indeterminadas.

Creemos que no se plantea el problema cuando se trata de una limitación a la facultad de disposición que no contiene atribución patrimonial directa. Se plantea, en cambio, cuando se intenta establecer un derecho de adquisición preferente en favor de una categoría de personas.

II. EL CONTENIDO DE LA DISPOSICION MODAL Y LA PROHIBICION DE DISPONER

1. *El contenido del modo*

El contenido del modo, según lo que venimos diciendo, es siempre una obligación de dar, de hacer o de no hacer. Y, además, como recuerda la mayor parte de la doctrina, una obligación a la que son aplicables, en principio, las reglas generales sobre las obligaciones. Por ello, la prestación contenida en la misma puede consistir en cualquier conducta que pueda ser objeto de obligación (36).

En este sentido hay que resolver, en nuestro derecho, la vieja polémica de la doctrina italiana —de la que después diremos— sobre posibilidad de que derive del modo una obligación o no, según se pueda individualizar un sujeto activo como titular de un interés propio (37).

Parece que el interés del acreedor puede ser satisfecho por el cumplimiento de la prestación por parte del deudor, aunque el resultado económico de tal cumplimiento produzca una ventaja en un tercero beneficiario y no en el mismo acreedor (38). Así entendido, siempre habrá uno o varios acreedores.

Por tanto, y en términos generales, hay que aceptar que de la disposición modal surge un derecho de crédito para reclamar el cumplimiento de la obligación.

(35) Sobre el tema, TORRALBA SORIANO, *El modo*, cit., págs. 191-192. GIORGIANNI, *Il modus*, cit., 896. En contra, ESPINAR LAFUENTE, *La herencia legal y el testamento*. Barcelona, 1956, pág. 161.

(36) Por todos, LACRUZ, *Sucesiones*, cit., 591. También ALBALADEJO, *Op. cit.*, pág. 90, aunque este autor cree que es una obligación especial "con débito", pero en la que el lugar de la responsabilidad lo ocupa la revocabilidad. Vide TORRALBA SORIANO, *Op. cit.*, págs. 208 y sig.

(37) Lo habían negado, entre otros, CICU, *Op. cit.*, 206. GANGI, *Successioni*, II, pág. 228. Lo aceptan BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, 13.^a ed., Milán, 1947, pág. 418. BRUNORI, *Appunti sulle disposizioni testamentarie modali e sul legato*, en la Riv. Dir. Civile, 1961, I, pág. 478. DE SIMONE, *Il legato...*, cit., 102.

(38) GIORGIANNI, *Il modus*, cit., 205. CRISCUOLI, *Le obbligaz.*, cit., 206 y sig.

Otra cosa es si, además, puede surgir un derecho de naturaleza real en favor de las personas beneficiarias, que tenga por objeto los bienes atribuidos e, incluso, si cabe que la institución o el legado gravados con un modo no generen en realidad ningún derecho ni personal ni real en los beneficiarios. Y hasta cabe plantear, si puede hablarse de un modo establecido sin que haya un beneficiario ni directo ni indirecto.

Este tema se presenta claramente cuando el modo consiste en una de las llamadas *prohibiciones de disponer*.

2. *Las prohibiciones de disponer como contenido del modo*

Será conveniente que antes de adentrarnos en el estudio de la materia examinemos la solución aportada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1965.

El testador había ordenado lo siguiente: "Aquel o aquellos a quienes se adjudique la casa número 5 de la Plaza Mayor de esta ciudad, en la que actualmente habito y en la cual se halla el oratorio dedicado a la Purísima Concepción, habrá de adjudicarse también éste y sus alhajas, que conservará en el oratorio con el decoro y decencia adecuados al sano fin a que se halla destinado, y tendrá obligación de aplicar una misa todos los días del año con el correspondiente estipendio y por la intención del testador... Si se vendiere dicha casa, pública o privadamente, lo que no podrá ser sin la expresada obligación, está sujeta en todo tiempo a ser retraída por los instituidos herederos y sucesores y entre dos o más, el primero que lo solicite, en cuyo caso éste o éstos tendrán siempre la ineludible obligación de cumplir con lo que dejo mandado, quedando en otro caso sujetos a las consecuencias de la falta de puntual ejecución".

La casa se adjudicó a los sobrinos del testador, con la carga expresada que se transcribió en la inscripción correspondiente del Registro de Propiedad.

Tras varias vicisitudes se agrupó después con otro inmueble y se edificó sobre la nueva finca. Queda constancia registral de la carga a que está sometida la parte de finca (nueva) procedente de la primitiva.

Después de más de treinta años en que no se cumplía lo ordenado, el señor Obispo de la diócesis demanda a la actual propietaria reclamando el cumplimiento de la carga.

La propietaria demandada se opone alegando que la carga en cuestión no comprime ni afecta a las facultades dominicales, sino que estableció una obligación personal, sin afectar a su cumplimiento masa alguna de bienes, ni crear ningún beneficio eclesiástico, estableciendo tan sólo un retracto familiar, que no había sido utilizado durante más de 30 años.

La demanda se desestima en ambas instancias.

Se recurre en casación alegando que el testador vinculó la casa

al cumplimiento de la obligación piadosa, que era una obligación "prop'et rem", sancionada con un retracto.

Se decía, además, que el artículo 797 del Código civil contraponen modo a condición, pero no a carga real y que, a juicio del recurrente, se trataba de una limitación del derecho de dominio y no de una obligación piadosa.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. En los considerandos decía:

... "que la institución modal es aquella en que el testador impone al heredero instituido o al legatario designado la obligación de hacer u omitir algo para una finalidad determinada, pudiendo consistir en una carga real o meramente personal, pero sin atribuir a un tercero el derecho a exigir para sí la prestación, pues en este caso se está ante un legado... (se apoya en los artículos 797 y 788 —carga real— del Código civil).

La calificación del Tribunal "a quo" ("obligación personal") fue correcta dado que no se contiene elemento alguno que revele la intención del testador de sujetar bienes concretos y determinados al cumplimiento de dicha obligación —sin otra sanción para el caso de incumplimiento que la de atribuir a cualquiera de los demás herederos el derecho de retraer dicha casa".

Dejando aparte si había prescrito el derecho de reclamar la ejecución (y también el derecho de retracto establecido), parece que del texto de la cláusula en cuestión deduce el Tribunal Supremo que no hay bienes concretos sujetos al cumplimiento, lo que sólo puede entenderse en el sentido de que el incumplimiento no genera lo que el artículo 1.623 llama "acción real".

Pero esto es muy dudoso. Ante todo, hemos de recordar que según los más autorizados comentaristas, la "acción real" del artículo 1.623 del Código civil implica, de una parte, que el censalista puede reclamar contra el poseedor actual de la finca, quienquiera que fuese. De otra parte, que de la deuda responde la finca acensada (39). Por esto FEBRERO y GÓMEZ DE LA SERNA decían que la finca censada está "hipotecada" para asegurar el pago de las pensiones.

A) *Carga real y obligación personal*

Actualmente, es básica la regulación de los artículos 116 en relación con los 114 y 115, 1.º y 2.º párrafos de la Ley Hipotecaria. Y es bien claro que por la parte de las pensiones que establece el artículo 114, y con el sistema de prioridad de los artículos 115 y 116, el censo funciona como una hipoteca.

Pues bien, lo que caso quiera decir el Tribunal Supremo, en la

(39) Vide MANRESA, Comentario al artículo 1623 del C. C., en *Código Civil Comentado...*, tomo X. SCAEVOLA, *Código Civil*, cit., tomo XXIV, 2.ª ed., revisada por L. RODRÍGUEZ-ARIAS, Madrid, 1951, págs. 482 y sig.

Sentencia que comentamos, es que, en el supuesto debatido no se había establecido esa "afección real" de la finca.

Pero parece que el modo impuesto en este caso genera una obligación ambulatoria, "propter rem" si se quiere, en el sentido de que el beneficiario lo podría reclamar de cualquier propietario de la finca.

Es dudoso, si se quiere, que la disposición modal pueda implicar carga real, pero lo que no puede admitirse es la afirmación de la sentencia sobre que el modo no genera acción para reclamar, ni cuando establezca una carga real, ni cuando establezca una obligación personal.

Más correcto, según nuestro criterio, sería decir que el modo, en principio, genera una obligación personal del gravado y que precisamente por esta razón el artículo 797, en su segundo párrafo, ordena que los sucesores del gravado que vayan a recibir la atribución, presten fianza de que cumplirán, quedando así obligados más por la caución prestada que por la virtualidad del gravamen impuesto.

El artículo 788 no es, por otra parte, generalizable, puesto que contempla una disposición de interés público, y por ello no recoge los límites del artículo 785 (especialmente párrafo 3.º) y, además, la carga regulada, como indica en su último párrafo, acaso debería llevarse al terreno de los legados ("manda benéfica") (40).

En todo caso, lo que parece cierto es que de "carga real" sólo se puede hablar cuando claramente el testador ha sujetado una o más fincas al cumplimiento de la prestación, en términos similares o análogos a los del artículo 1.623 del Código civil y concordantes.

En estos supuestos, más que generarse un derecho real auténtico se produce un derecho mixto, mal definido en nuestro sistema, cuya verdadera naturaleza en términos generales es la de una obligación *propter rem*", puesto que son ambulatorias, pero no producen la *afección real* típica, por ejemplo, de los censos. Y, además, salvo la excepción del artículo 788, siempre dentro de los límites del artículo 785 del Código civil.

Como quiera, por otra parte, que la determinación del sujeto en la relación jurídico-real se exige con mayor rigor que en las relaciones obligatorias y que, además, la afección típica del derecho real funciona como una carga de la herencia, más que del gravado, nos encontraremos casi siempre con un verdadero legado o con una disposición ineficaz.

B) *Las prohibiciones de disponer. Tipos*

Cuando, en consecuencia, nos encontramos con una disposición testamentaria que ordena que un determinado heredero o legatario no pueda disponer de una cosa, ¿con qué criterios determinaremos si

(40) LACRUZ cree que se trata de una disposición sub modo, con base en la Sentencia que hemos comentado. *Op. cit.*, pág. 597.

estamos ante una obligación modal o ante una situación de distinta naturaleza?

Ante todo, hemos de deslindar los supuestos, ya que cabe que el impedimento puesto por el testador a la libre disposición del bien tenga su origen en la concesión a un tercero de esa facultad de disposición, excluyente o compartida, según tenga que codisponer con otra persona o pueda disponer sólo el tercero. O bien cabe que el impedimento se actúe mediante la simple limitación o autolimitación del "*ius disponendi*" por su titular originario, sin desmembración en favor de otra persona.

En el primer caso, las restricciones a la libre disponibilidad de los derechos derivan para su titular de la atribución de un derecho correlativo a otra persona. Este segundo derecho, que confiere normalmente una facultad de adquisición preferente (opción, tanteo, retracto), debe aparecer legalmente tipificado y recayendo sobre los bienes objeto de la restricción. No hay, entonces, prohibición de disponer en sentido estricto, sino eficacia concurrente de un derecho ajeno.

En el segundo caso, ya por transmitir el titular su derecho a un tercero impidiendo o condicionando su enajenación, ya por producir con la transmisión una diversidad entre la titularidad del derecho y la titularidad plena del poder de disposición (v. gr., usufructo con facultad de disponer), estamos ante una verdadera prohibición de disponer, siempre que no coexista un derecho subjetivo en otra persona (41).

Las primeras son prohibiciones impropias o reflejas, que se producen cuando se configura el contraderecho con su titular, porque se produce una suspensión del "*ius disponendi*". (Tales, la sustitución fideicomisaria, la opción y el tanteo). En las verdaderas prohibiciones no surge un derecho subjetivo independiente con sujeto determinado o determinable, sino que queda retenida o comprimida la facultad de disponer, para bien del heredero, o de sus sucesores, o de un fin justificado (42).

Desde otro punto de vista, hemos de distinguir las prohibiciones de disponer que actúan objetivamente, como limitación del contenido del derecho, de las obligaciones de no disponer, que suponen la existencia de dos relaciones jurídicas distintas e independientes entre sí (el dominio o derecho real de una parte, y la relación obligatoria que constriñe al actual titular a no verificar actos de disposición, de otra parte).

(41) MOXÓ RUANO, *Propiedad limitada: prohibiciones de disponer*, en el volumen "Propiedad y matrimonio", publicado por el Col. Notarial de Barcelona, 1956, págs. 9 y sig., 22. AMORÓS GUARDIOLA, *Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente* (comentario a la Sentencia de 12 de noviembre de 1963), en A. D. C., 18 (1965), págs. 953 y sig., 965-967.

(42) CÁNOVAS COUTIÑO, *Comentario a la Resolución de 21 de abril de 1949*, en la R. C. D. I., 1949, págs. 500 y sig., 504-505.

La facultad de disposición contenida en un derecho subjetivo puede venir disminuida, o incluso borrada en algunos supuestos, o bien puede ocurrir que, conservando en principio la facultad de disponer, el titular se haya comprometido a no verificar actos de disposición. En el primer caso los actos de disposición serán nulos. En el segundo, serán eficaces, sin perjuicio del deber de indemnizar a los acreedores —perjudicados. Tal limitación puede derivar de la ley, de una resolución judicial o administrativa, o de un negocio jurídico, al amparo del artículo 1.255 del Código civil, y dentro de los límites de los artículos 785 y 781 del Código. Hay que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria.

¿Cuándo estamos ante una limitación de la facultad de disposición y cuándo ante una obligación de no disponer?

Desde luego, puede entenderse que hay limitación auténtica en los casos de restricción legal, administrativa o judicial. En los supuestos de restricción negocial la cuestión es más compleja.

De los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria puede deducirse que no habrá limitación — y sí sólo obligación personal— cuando la prohibición de disponer tengan su origen en negocios o actos a título oneroso (artículo 27), restringiendo con ello el campo de aplicación del régimen de las limitaciones a los actos citados en el artículo 26, regla 3.^a de la Ley Hipotecaria: actos a título gratuito, entre los que claramente se comprenden las disposiciones de última voluntad. Sólo las del artículo 26, 3.^a podrán oponerse a terceros adquirentes, porque sólo éstas serán inscribibles. Pero, dado su carácter “odioso” y el que, como se ha dicho, rozan la capacidad de obrar, parece que una verdadera y auténtica limitación sólo podrá encontrarse en la situación jurídica que media entre el transmitente y el adquirente de los bienes (43).

Ahora bien, así entendida, una verdadera limitación o prohibición de disponer, que no refleje el derecho de ninguna otra persona, no tiene carácter modal. Aunque imponga de alguna manera un destino, pese como una carga y actúe como una limitación, como se ha dicho ingeniosamente, una prohibición de disponer es sencillamente una disminución que experimenta el derecho transmitido, pero no implica una obligación (44).

Modo puede haberlo en el caso de las obligaciones de no disponer, o en el caso de las prohibiciones reflejas o impropias, producidas por la concurrencia del derecho de otras personas.

Mejor dicho: las prohibiciones de disponer pueden ser efecto de un legado funcionalmente modal (prohibiciones reflejas o impropias)

(43) CASTÁN, *Derecho Civil español, común y foral*, tomo II, vol. 1.º, 10.^a ed., Madrid, 1964, págs. 176 y sig. SANZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, II, Madrid, 1955, págs. 438 y sigs., 440 a 442.

(44) MARTÍNEZ SARRIÓN, *Las obligaciones de no vender...*, cit., páginas 101 y 102.

o de una obligación modal (y entonces son sólo obligaciones de no enajenar).

Por otra parte, no cabe duda de que en nuestro derecho las verdaderas prohibiciones de enajenar gozan de poca simpatía y deben ser interpretadas restrictivamente. Así lo dan a entender las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 18 de enero de 1963 y de 18 de abril de 1952, entre otras (como veremos).

Esta última resolución citada declara inscribible una escritura de préstamo con garantía hipotecaria sobre fincas legadas al deudor con prohibición de venderlas durante el plazo de 40 años a partir del fallecimiento del causante, porque el acreedor hipotecario se había obligado en la escritura a no instar la ejecución para el cobro hasta después de transcurrido el plazo.

En sus considerandos, el Centro Directivo señala que las prohibiciones de disponer a que se refieren los artículos 785, 2.º del Código civil y 26 de la Ley Hipotecaria suelen emplearse por los testadores para asegurar las disposiciones modales.

Con ello viene a decirse que la disposición modal puede —suele— ser distinta del modo, y parece que viene a confirmar cuanto veníamos diciendo: al legatario se impone una limitación de disponer para asegurar el cumplimiento de un modo. Limitación y modo son conceptos distintos, pero a nuestro juicio puede ocurrir que el modo consista en una obligación de no disponer.

3. Régimen de las prohibiciones de disponer en sentido estricto

A) Causa

Quando en testamento se impone una verdadera prohibición de disponer. ¿Cuál es su eficacia?

La doctrina recuerda que la facultad de disponer de los derechos subjetivos es algo consustancial en la mayoría de ellos, de suerte que la prohibición de disponer de los mismos es en principio inadmisibile, como si fuese contra natura.

Por tanto, sólo cuando haya un motivo justificado puede admitirse. La prohibición de disponer se halla supeditada a una causa motivadora justa y no caprichosa.

Así se desprende de modo claro del artículo 117 de la Compilación de Cataluña, que recoge el espíritu del fragmento de Marciano, Digesto 30, 114, 14. Según este precepto, vigente en Cataluña hasta hace poco, es nula la prohibición de disponer, en que no se exprese la causa, salvo que se encuentre una persona en cuyo favor o beneficio se establece.

En el Derecho castellano, era similar la exigencia de que la prohibición fuera causal. Lo disponía la Ley 44, título V de la Partida

Quinta, y la Ley XII, título XVIII, libro X de la Novísima Recopilación, que no fueron recogidas por el Código civil (45).

Después del Código civil, la doctrina no es unánime. Unos han prescindido del elemento causal (46). Otros, en cambio, siguen exigiendo el interés legítimo digno de protección (47).

Finalmente, dado que el Código civil no lo menciona, algunos autores piensan que basta con que exista esta razón o interés digno de protección, pero que no hace falta que se mencione (48).

El tema ha sido suscitado muchas veces ante el Tribunal Supremo y ante la Dirección General de los Registros, pero la mayor parte de las veces se trataba de la aplicación del Derecho especial de Cataluña.

En general, puede decirse que la Dirección General de los Registros intenta aproximar el régimen del derecho común al especial de Cataluña, exigiendo la causalización y la existencia de un interés legítimo o de un motivo justificado.

Pueden verse las Resoluciones de 25 de junio de 1904, de 9 de septiembre de 1913, de 9 de junio de 1914, de 15 de enero de 1918, de 3 de julio de 1924, de 26 de junio de 1928, de 16 de octubre y 20 de diciembre de 1929, de 25 de abril de 1931, de 11 de marzo de 1932, y otras que citaremos más adelante.

El Tribunal Supremo ha examinado la cuestión, entre otras, en las Sentencias de 6 de febrero de 1884, de 12 de enero de 1907 y de 25 de junio de 1945. En todas ellas aplicaba el Derecho catalán.

En la Sentencia de 24 de noviembre de 1958 (Sala García contra Sala y Sala) establece el principio de interpretación restrictiva y dice que la libre circulación de los bienes económicos, por ser principio general del tráfico, no puede quedar entorpecida fuera de los casos determinados expresamente por el causante de la cuestión y siempre dentro de la medida legal.

La Resolución de 21 de abril de 1949 declaró no inscribible la venta judicial del derecho de usufructo vitalicio de que era titular don Antonio V. L. Z., por tener el usufructuario inscrito su derecho como legatario, con sustitución y prohibición de enajenar y disponer.

En sus considerando decía que "bien supongan las prohibiciones

(45) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo II, 6.^a ed., Barcelona, 1968, págs. 776 y sigs., 804 y sig. MARTÍNEZ SARRIÓN, *Op. cit.*, págs. 93 a 97. CERES, E.: *Valor de las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, en la R. D. P., núm. 348 (1946), págs. 179 y sigs., 183-184.

(46) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, tomo VI, vol. 1.º, Madrid, 1910, pág. 700. VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil*, V, Valladolid, 1916, pág. 202.

(47) ROCA SASTRE, *Ult. loc. cit.*, pág. 787. CASTÁN, *Op. cit.*, págs. 176 y siguientes. CLEMENTE DE DIEGO, *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuos*, pág. 73. LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, cit., 599.

(48) SANZ, *Op. cit.*, pág. 423. ALPAÑES, *Aportación al estudio de las prohibiciones de disponer*, en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, núm. 188 (1950), págs. 34 y sigs., 74.

de disponer una alteración interna del derecho, una falta de capacidad o una limitación de facultad de disponer de la finca, en cuanto entrañan una restricción sancionada por la ley al ejercicio de un derecho subjetivo, han gozado de escasa simpatía en las modernas leyes civiles, por lo cual los Tribunales solamente admiten su validez cuando *sean temporales y estén justificadas por una finalidad seria y legítima*, sancionando los actos realizados en contra de las mismas con la simple nulidad y *excepcionalmente con la resolución del derecho del favorecido*. En el caso debatido, la venta judicial no podía considerarse como infracción de la prohibición de enajenar, pero la voluntad subrogatoria de la autoridad judicial en el proceso de ejecución no puede traspasar los límites del derecho subjetivo del obligado ni de su poder dispositivo. Finalmente, exige que los Tribunales declaren cuál sea el alcance y preferencia de la discutida prohibición.

Así, puede verse que la existencia de un motivo serio sigue exigiéndose por la Dirección General de los Registros, como presupuesto de eficacia de la prohibición de enajenar.

¿Qué ocurre cuando una determinada disposición prohibitiva no puede tener eficacia como auténtica limitación de enajenar? Del artículo 27 de la Ley Hipotecaria podría llegar a deducirse que valdrá como obligación de no enajenar. Pero ello entraña un grave defecto de lógica y de sistemática. Partiendo de la distinción entre ambas figuras, antes expuesta, hemos de concluir, que cuando una prohibición de enajenar no reúne los requisitos de validez, es simplemente nula, y no se convierte en obligación de no enajenar (49).

B) Límites

Además de cuanto hemos dicho, las prohibiciones de enajenar se hallan sometidas a los límites establecidos por los artículos 785, 2.º y 781 del Código civil. No podrán pasar del segundo grado, a menos que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo de fallecimiento del testador.

El límite del segundo grado ha sido aclarado, por la Jurisprudencia más moderna y por la doctrina, en el sentido de que grado es igual a llamamiento, y parece lo más probable que se refiera a los sustitutos, dejando aparte al instituido. Así se desprende de los antecedentes (Partidas, Leyes de Toro, artículo 629 del Proyecto de García Goyena) y de la atenta lectura de los preceptos de los artículos 781, 785, 3.º y 787. Y así lo ha dicho el Tribunal Supremo (Sentencias de 23 de junio de 1940, de 6 de marzo de 1944 y de 28 de febrero de 1949 (50).

(49) En este sentido, ROCA SASTRE, *Derecho Hipot.*, cit., II, pág. 811.

(50) Vide LACRUZ, *Op. cit.*, págs. 620-621. OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, 286 y sigs. ALPAÑES, *Op. cit.*, 71 a 73.

C) *Inscripción registral*

Rige lo dispuesto en los artículos 26, 3.º y 27 de la Ley Hipotecaria. La prohibición que reúna los requisitos que hemos examinado es plenamente eficaz dentro de los límites antes expuestos. En consecuencia, será nula la disposición efectuada contra la prohibición, y, una vez inscrita, se producirá un efecto muy semejante al del cierre registral, e impedirá el juego del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (51).

4. *Régimen de las obligaciones de no disponer*

Como hemos visto, las obligaciones de no disponer, distintas de las auténticas prohibiciones de disponer, pueden ser obligaciones contenidas en un modo, o bien reflejo de la eficacia de un derecho concurrente (prohibiciones impropias).

En realidad, cuando se impone una obligación de no disponer típica, estamos en presencia, generalmente, de un modo, y hay que referir su régimen de eficacia al del modo.

A) *El cumplimiento del modo*

Sabemos que la obligación contenida en el modo puede haberse establecido, a diferencia de lo que ocurre con el legado, en favor de un grupo o clase de personas, de un tercero determinado o del propio favorecido e incluso, del mismo testador. Pero cuando haya un sujeto determinado beneficiario, parece que siempre estaremos en presencia de un legado (52).

Y ello, a menos que pudiéramos decir que el tercero beneficiario no puede, en ese caso, reclamar el cumplimiento. Es decir, que no cabe diferenciar modo de legado por razón del derecho que asista al beneficiario para reclamarlo, porque en principio tanto en un caso como en otro el beneficiario lo puede reclamar, y únicamente nos podríamos apartar del legado si en un determinado supuesto, no pudiera. Pero entonces, más que a la figura del modo nos acercaríamos a la de la recomendación o "nudum praeceptum".

El único supuesto en que, a nuestro juicio, cabría ver un modo y no un legado, a pesar de encontrarnos con un tercero beneficiario determinado, sería el de que la responsabilidad por incumplimiento de la obligación no recayese en la herencia, sino en el patrimonio del gravado.

Ahora bien, esto supuesto, la doctrina se ha planteado siempre quiénes son los legitimados para exigir el cumplimiento de la obliga-

(51) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., págs. 790 y 803 y sigs. LACRUZ, *Sucesiones*, cit., pág. 599.

(52) LACRUZ, *Loc. cit.*, págs. 590-591. LÓPEZ VILAS, *Op. cit.*, 597. OSSORIO MORALES, *Manual de la sucesión testada*, cit., pág. 231. PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, cit., V-2, pág. 334.

ción “ex modo”. Este es un problema conexo con la difícil cuestión, antes esbozada, de la exigencia de un sujeto determinado que puede reclamar la prestación, ya que tampoco la obligación modal podría funcionar con normalidad sin un acreedor (o varios acreedores).

La doctrina dominante, empero, entiende que la aceptación de la liberalidad o atribución “sub modo” produce una obligación del gravado, cuyo cumplimiento puede exigirse coactivamente (53).

Esta opinión puede resultar clara y sólida en los casos en que el beneficiario del modo está determinado (si es que entonces no estamos ante un legado, como hemos dicho). Pero la cuestión se complica cuando se trata de un modo en favor de un grupo de personas e incluso puede decirse que no queda claro si el beneficiario del modo es el único legitimado para reclamar su cumplimiento. La doctrina apunta diversas soluciones: para unos (54), precisamente el beneficiario es quien no tiene acción para reclamar el cumplimiento, porque de entender lo contrario se estaría ante un legado, mientras que el modo sólo provoca una legitimación formal de ciertos sujetos para pedir el cumplimiento (de modo semejante a lo que ciertos autores alemanes dicen comentando el parágrafo 2.194 del BGB). Tales personas serían los coherederos del heredero gravado, los albaceas, las personas expresamente facultadas por el testador, los propios herederos y, en ciertos casos, las autoridades administrativas.

Para otros autores, están legitimados para pedir el cumplimiento las personas antes citadas, y también el beneficiario si se halla individualizado, sin que requiera previa aceptación, como en el contrato en favor de tercero, “dada la sustantividad y fuerza vinculante de las obligaciones testamentarias una vez muerto el testador, y la posibilidad de aceptación tácita” (55).

Según otro sector de opinión, pueden pedir el cumplimiento el interesado, en cuyo favor se estableció la obligación modal, y otros interesados (como los herederos del beneficiario) (56).

Finalmente, con base en el artículo 798, párrafo 2.º (“el interesado en que se cumpla”) se ha defendido la opinión de que sólo pueden pedir la realización de la obligación “ex modo” los interesados, es decir, los que tengan un interés propio y no los herederos, ni los sustitutos, ni en general los que recibirían una ventaja de la decadencia del derecho gravado, pues no tienen ningún interés en el

(53) LACRUZ, *Sucesiones*, cit., 59. L. TORRALBA SORIANO, *Op. cit.*, 208 y 211. ALBALADEJO, *Op. cit.*, pág. 94, si bien este último autor entiende que no cabe el cumplimiento forzoso, sino solamente la revocación. Vide la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1961, en el sentido del texto.

(54) PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, 334. OSSORIO MORALES, *Loc. cit.*, pág. 231.

(55) VALLET DE GOYTISOLO, *Loc. cit.*, 173. Le sigue LACRUZ, *Op. cit.*, pág. 592.

(56) ALBALADEJO, *Op. cit.*, pág. 94. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil español*, III, Madrid, 1932, pág. 136 “aquellas personas a quienes interese”. SCAEVOLA, *Op. cit.*, t. XIII, pág. 849.

cumplimiento, salvo cuando sean interesados por otra razón, como, por ejemplo, como parientes del testador (57).

Cuando el modo se ha establecido en favor de una categoría de personas, algunos autores se inclinan por aplicar las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el "juicio de adjudicación de bienes a que están llamadas varias personas sin designación de nombres", contenidas en los artículos 1.101 y siguientes. Concretamente podrían promover este juicio las personas citadas en el artículo 1.103 LEC: "los que se crean con derecho a los bienes, o cualquiera de ellos y el Ministerio Fiscal en representación del Estado" (58).

Los esfuerzos que realiza la doctrina para aproximar el régimen de la obligación modal al de la obligación normal no se ven perfectamente correspondidos. No hay, en general, un derecho de crédito ni un acreedor típico que pueda pedir el cumplimiento. Parece aceptable la legitimación formal de las personas que están encargadas de ejecutar la voluntad del testador, para pedir el cumplimiento del modo, aunque no actúen en virtud de un derecho de crédito, en ningún caso. Y parece también aceptable que pueda pedir el cumplimiento el interesado. Pero en ocasiones, determinar quién es el interesado se presenta como un grave problema. Sobre todo cuando se impone una obligación de no hacer y, más aún, cuando el gravado ha transmitido la atribución "sub modo" por ejemplo, a sus herederos por sucesión mortis causa.

Es el supuesto de una obligación de no disponer, en general, y de todas las obligaciones "ex modo" cuando pasa la cosa que fue transmitida "sub modo" a los sucesores del gravado.

¿Quién tiene interés en que se cumpla una obligación de no disponer?

Cuando se trata de una obligación de las que hemos llamado "prohibiciones impropias o reflejas" los titulares del derecho correlativo. Pero cuando es una verdadera obligación de no disponer, sólo puede reconocerse un interés "per officium" en las personas encargadas de ejecutar la voluntad del testador (aunque no les alcance una mejora o beneficio patrimonial, tal como ha dicho GIORGIANNI y hemos apuntado anteriormente) o bien un interés en aquellas personas que recibirían la cosa en el supuesto de la decadencia del derecho del actual titular. Y con ello concretamos con una cuestión delicada: si el incumplimiento del modo da lugar a revocación de la atribución. Porque si el incumplimiento no da lugar a revocación, tampoco habrá ese interés. Y no vale decir que los interesados podrán siempre pedir indemnización por daños, porque precisamente

(57) TORRALBA SORIANO, *El modo*, cit., pág. 211. Se apoya, entre otros, en GIORGIANNI, *Il modus*, cit., pág. 903. LACRUZ, sobre la base de lo dispuesto en el art. 911 del C. c. cree legitimados en todo caso a los herederos. *Ibidem*.

(58) TORRALBA, *Op cit.*, pág. 216. De la misma opinión era ya SCAEVOLA, *Código civil*, XIII, cit., págs. 849-850.

se trata de saber si hay alguien a quien el incumplimiento pueda dañar.

En todos estos supuestos, cuando no haya un interesado, verdaderamente no se podrá hablar de obligación en sentido estricto, y estaremos ante una recomendación o "nudum praeceptum", ya que nadie podrá exigir el cumplimiento.

Cuando la obligación "ex modo" tenga por contenido una prestación positiva (de dar o hacer) en favor de sujetos no determinados o de sujetos individualizados (en la hipótesis de que no sea un legado), la cuestión se plantea en la subsistencia de un acreedor interesado.

Desde luego, son aplicables a todos estos supuestos los límites del artículo 785 del Código civil.

Y en el caso de las obligaciones negativas, como antes decíamos, de la posibilidad de revocación depende el que haya o no un interesado en el cumplimiento e, incluso, el que pueda haber una obligación sentido técnico.

B) *La revocación de la disposición modal*

Ahora bien, que la atribución "sub modo" puede ser revocada o resuelta ni está claro en el Código, ni la doctrina se muestra unánime al respecto.

Parece correcta la opinión de quienes señalan que la obligación modal no se puede llevar al terreno de las obligaciones sinalagnáticas o recíprocas, ni regirse por el artículo 1.124 del Código civil. Ni, de otra parte, la relación de interdependencia entre liberalidad y modo es tal que pueda verse en el incumplimiento del modo una causa suficiente para la revocación a la manera del artículo 647 del Código civil.

De ahí que sea lógico pensar que la revocación, en principio, no es admisible. Sin embargo, algunos autores la aceptan cuando concurren causas que la justifiquen, como son: que lo haya dispuesto así el testador, o que el gravamen haya sido motivo determinante de la disposición principal (59).

Pero en estos casos, como ha señalado certeramente OSSORIO MORALES respecto de la primera de las causas citadas, el testador ha impuesto una condición resolutoria (60).

Algún autor cree que la revocación es posible en los casos de culpa cualificada y dolo y que pueden pedirla quienes recibirían los bienes como consecuencia de la ineficacia de la institución modal

(59) TORRALBA SORIANO, *El modo*, cit., pág. 250. LÓPEZ VILAS, *Op. cit.*, pág. 611.

(60) OSSORIO MORALES, *Loc. cit.*, págs. 231-232. Le siguen los autores citados en la nota anterior. El párrafo final del art. 111 de la *Compilación Catalana* niega la posibilidad de efectos resolutorios del modo. LÓPEZ VILAS (*Ibidem*) cree inaplicable el art. 647 al modo testamentario, por las especiales características de los negocios mortis causa.

y —acaso— los interesados en el cumplimiento de la obligación modal (61).

Ya conocemos la opinión de ALBALADEJO, quien defiende que la revocación se dará siempre (y no el cumplimiento forzoso).

Finalmente, LACRUZ cree que el artículo 647 del Código civil es aplicable, porque así lo da a entender el artículo 797 del Código civil. Por ende, será revocable la atribución, y podrán pedirla quienes ocupan el puesto del causante y deben vigilar el cumplimiento de su voluntad y quienes, eventualmente, pueden llegar a ser herederos o aumentar sus emolumentos.

No la podrían pedir, en cambio, los terceros favorecidos, que ni pueden alegar interés en la revocación ni pueden apoyar su derecho en texto alguno (62).

Ahora bien, observemos que el artículo 647 habla de “condiciones” y que el artículo 797, 2.º del Código civil establece la “fianza” como presupuesto para que los herederos del gravado puedan adquirir los bienes transmitidos “sub modo”, dejando entrever que su obligación deriva más de la misma caución que del hecho de suceder al gravado. Parece cierto que, como ha puesto de relieve VALLET, en el texto del anteproyecto se obligaba a prestar caución también al gravado, y que la diferencia gramatical que se observa en el texto vigente obedece a la supresión de un gerundio.

La fianza podrá ser exigida por las mismas personas que están legitimadas para pedir el cumplimiento (63).

El artículo 647 funciona “inter vivos”, por otra parte, el donante es quien ejercita la acción dirigida a la revocación. El artículo 797, 2.º, si se interpreta como precepto que establece la revocación o resolución, puede dar lugar a enormes complicaciones cuando el incumplimiento del modo se verifique mucho después de recibir el gravado los bienes, y acaso por parte de los sucesores del primer heredero o legatario obligado, pues en tal caso habría que remontar hasta el causante la titularidad, para después atribuirla a sus herederos, o a los herederos de los herederos, según sus cuotas. Si añadimos a esto lo que antes hemos dicho sobre el carácter “condicional” de la resolución, tendremos como más ajustada la opinión de quienes admiten —si acaso— la revocación, pero sólo por causa justificada, y siempre con un matiz condicional, que cuando no es expreso será difícil de probar (el “motivo determinante”).

Digamos, además, que ese “motivo determinante” habrá de ser serio y legítimo, como decíamos al hablar de la “causa” o, mejor dicho, del interés legítimo, en las prohibiciones de disponer.

Por tanto, sólo cuando se den estas circunstancias habrá ese “interesado” que antes tratábamos de terminar a efectos de considerarle

(61) LUNA SERRANO, *Loc. cit.*, pág. 123.

(62) LACRUZ, *Sucesiones*, cit., pág. 596.

(63) Sobre el tema, TORRALBA SORIANO, *El modo*, cit., págs. 231 y sigs. OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, pág. 232.

legitimado para instar el cumplimiento de los modos que contengan una obligación negativa.

El artículo 798 del Código civil contiene las reglas aplicables para los supuestos de imposibilidad de cumplimiento no imputable al gravado.

Recordemos, finalmente, que en los casos de incumplimiento imputable al gravado, la doctrina intenta aplicar las reglas generales sobre el incumplimiento de las obligaciones. LACRUZ cree que los interesados pueden obtener un resarcimiento, incluso la mayor parte de los autores cree que es posible instar el cumplimiento forzoso (64).

El problema, como siempre, es la cualidad de "interesado". En los supuestos de incumplimiento muy lejano en el tiempo, desaparecidas de escena los "legitimados "per officium", los modos que consistan en prestaciones negativas podrán interesar a pocas personas.

Finalmente, en tema de cumplimiento del modo, hay que decir que cuando se trata de un único heredero gravado (y más cuando no hay albaceas) deviene prácticamente ilusoria toda regla sobre exigencia del cumplimiento, de fianza, etc. Y lo mismo ocurre con el prelegado "sub modo". No cabe recurrir al heredero o herederos abintestato porque, como se ha señalado, su presencia requerirá previamente la declaración de herederos abintestato en los términos de la L. E. C., lo que es imposible cuando hay por delante un heredero testamentario que ha aceptado la herencia (65).

C) *El modo y el Registro de la Propiedad*

Hay fuertes obstáculos dogmáticos para admitir la inscripción registral del modo, que no tiene efecto real propiamente dicho. No constituye una limitación real de las facultades dominicales del adquirente "sub modo", que ni se reserva el disponente ni tampoco se atribuye directamente al eventual beneficiario del cumplimiento del deber modal.

Luego deberían ser de aplicación los artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 9 y 51, 6.^a del Reglamento Hipotecario (66).

Sin embargo, de alguna manera el modo ha podido penetrar en el Registro, gracias a las expresiones desafortunadas del artículo 2.^o, regla 3.^a de la Ley Hipotecaria y de la propia regla 6.^a del artículo 51 del Reglamento. El primero de los preceptos citados se refiere a "los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen algunos bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de trans-

(64) LACRUZ, *Loc. cit.*, pág. 592. TORRALBA SORIANO, *El modo*, cit., páginas 243-244. GIORGIANNI, *Loc. cit.*, pág. 915. De acuerdo la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1961. Lo niega la S. de 4 de junio de 1965.

(65) SCAEVOLA, *Código Civil*, XIII, cit., pág. 853.

(66) MEZQUITA DEL CACHO, *La cláusula modal ante el Registro de la Propiedad*, en la R. D. P., 1960, págs. 21 y sigs., 22. TORRALBA SORIANO, *Op. cit.*, págs. 161 y sigs.

mitirlos a otros o de invertir su importe en objetos determinados". El artículo 51, 6.^a del Registro, se refiere a las "condiciones suspensivas, rescisorias, resolutorias y revocatorias".

ROCA SASTRE, que critica duramente el artículo citado de la ley, cree que se refiere al "modo causaiizado o condicionante", que operaría como carga o gravamen de trascendencia real "per se" (67).

MEZQUITA justifica el precepto diciendo que el modo no es concretamente equiparable a la obligación personal crediticia, sino que más bien que un débito es fundamento de un eventual derecho de rescate. Y por ello cree que no carece de trascendencia real, a efectos de lo dispuesto en la reg.^a 6.^a del artículo 51 del Reglamento.

Sin embargo, después de lo que hemos dicho en páginas anteriores, las referencias de nuestra legislación hipotecaria deben ser interpretadas como referidas exclusivamente a aquellos supuestos en que el modo pueda tener eficacia resolutoria, y no a los demás casos.

VALLET (68) admite también la inscripción del modo ordenado testamentariamente, siempre que se refiera a la cosa o sea inherente a su titularidad.

El fundamento de la inscripción sería siempre el eventual derecho de rescate y debería quedar fuera del Registro el modo típico —obligación personal del gravado—, por impedirle la entrada los preceptos analizados anteriormente.

Cuando injustificadamente haya tenido acceso, pueden y deben ser cancelados a instancia de parte, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley.

La resolución de la Dirección General de Registros de 7 de julio de 1949 declaró que podía cancelarse la cláusula de una escritura de compraventa, transcrita en la inscripción correspondiente, según la cual era condición del contrato que los edificios que se construyeran habían de ser destinados a Seminarios... Por aplicación del artículo 98 de la Ley Hipotecaria, ya que la referida estipulación no se reputa condición resolutoria "erga omnes", ni es constitutiva de un derecho real (aunque es claro que se trata de un negocio inter vivos y oneroso, creemos interesante citar el dato).

Cuando el modo vulnere los límites del artículo 785, la Dirección General, en ocasiones por lo menos, ha declarado no inscribible la disposición (así la Resolución de la Dirección General de 25 de junio de 1904) (69).

(67) *Derecho Hipotecario*, cit., II, págs. 643-644 y 649.

(68) VALLET, *Op. cit.*, pág. 170.

(69) DE LA RICA MARITORENA, *Limitaciones de disponer en el Registro de la Propiedad*, en la R. C. D. I., núm. 490 (1972), págs. 513 y sigs., 532-534.

III. EL CONTENIDO DE LA DISPOSICION Y LOS DERECHOS PREFERENTES (PROHIBICIONES IMPROPIAS DE ENAJENAR)

Respecto de las prohibiciones de disponer que antes hemos llamado "impropias", esto es reflejo del derecho correlativo de que es titular otra persona, subsisten fuertes dudas en la doctrina sobre el carácter real de este tipo de derechos, cuando son establecidos por la voluntad de los particulares (tanteo convencional), y la polémica en torno a su carácter no se ha cerrado (70).

1. *Los derechos de adquisición preferente como derechos reales. Requisitos*

Sin entrar en la polémica, ni siquiera en el terreno terminológico, digamos que nos parece más correcta la opinión de quienes creen, sobre la base de las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1958 y de 30 de abril de 1964 y el artículo 14 del Reglamento Hipotecario vigente, que es posible configurar como derecho real el de tanteo convencional, cuando se cumplen los requisitos que el artículo citado establece para la opción. Y ello porque, dada la inaplicabilidad al tanteo convencional de los artículos 1.506 y siguientes del Código civil, que regulan un pacto de retro o condición resolutoria en favor del vendedor, y no un derecho de adquisición preferente, parece lógico la aplicación analógica de las reglas sobre la opción, derecho de mayor similitud que los tanteos legales, y que en último término viene regido por unos preceptos que en nada contradicen los de los tanteos legales, sino que aclaran y especifican la regulación del tanteo legal, pudiendo, en último término, combinarse.

En efecto, de los tanteos legales se podrían inferir dos —acaso únicas— reglas básicas: el plazo fijo de ejercicio, y la preferencia entre titulares concurrentes, pero esto último no en todos los casos (71).

En realidad, la diversidad de figuras englobadas en la rúbrica de

(70) Sobre el tema puede verse ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo III, 6.^a ed., Barcelona, 1968, págs., 646 y sigs., especialmente págs. 648-649 y 651. Cree este autor que la doctrina y la Jurisprudencia se muestran adversas a admitir ningún derecho real de adquisición "simplemente porque constituye un obstáculo para ello, insalvable, el hecho de que la denominada facultad o poder de disposición *no forma parte* del derecho subjetivo, sea real o personal". VALLET DE GOYTISOLO cree, en cambio, inscribibles y reales estos derechos, partiendo de un distinto concepto de la categoría "derecho real". Vide, de este autor: *Determinación de las relaciones jurídicas susceptibles de trascendencia respecto a tercero*, en Estudios sobre Derecho de Cosas y Garantías Reales. Barcelona, 1962, págs. 97 y sigs., 176-177. La naturaleza real de estos derechos parece ser, en este momento, la opinión mayoritaria. Vide, BADENES GASSET, *La preferencia adquisitiva en el Derecho español*. Barcelona, 1958, págs. 25 y 26.

(71) ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II, Derecho de Cosas, Barcelona, 1964, pág. 575.

“tanteos legales” hacen paracer más viable reconducir la construcción del derecho de tanteo convencional al derecho de opción.

En tal caso, parece que los requisitos, dada la exigencia de depuración y limpieza que impone el principio de especialidad, deberían ser más o menos los del artículo 14 del Reglamento Hipotecario. Tales serían:

- a) Plazo de duración cierto y no indeterminado.
- b) Precio de la adquisición onerosa.
- c) Forma de ejercitar el derecho de tanteo: notificaciones, plazos, etc.

AMORÓS, que ha estudiado detenidamente el problema, llega a la conclusión de que sin tales requisitos, no puede ser inscrito en el Registro el tanteo convencional (72).

Con todo, las dudas sobre la posibilidad de inscripción, aun contando con estos requisitos, subsisten en la doctrina y, sobre todo, en la Jurisprudencia.

Se ha dicho, con razón, que en la configuración obligacional del tanteo no se producirá jamás el montaje de un puro y firme derecho de adquisición, sino el de una esperanza de adquirir, pendiente de una condición “si volet” o engarzada en dilema con una cláusula penitencial, lo que en definitiva sería un derecho de adquirir nonnato. Y se recuerda que el principio de especialidad impone que se trate de derechos perfectamente límpidos y diferenciados (73).

2. Doctrina de la Dirección General de Registros

La trayectoria histórica de las Resoluciones de la Dirección General de Registros demuestra claramente la exigencia de los requisitos apuntados, y un cierto trato de desfavor a la inscripción del tanteo convencional.

La Resolución de 4 de enero de 1927 permitió la inscripción de una escritura de compraventa otorgada por el propietario que había adquirido una casa mediante un legado en que se le imponía la prohibición de venderla “mientras no cumpla veinticinco años y, caso de hacerlo, serán preferidos mis dos hijos A. y F., por la cantidad de 30.000 reales de vellón...” El registrador denegaba la inscripción porque “no aparece hecho el ofrecimiento de venta a estos interesados, ni consta la renuncia de los mismos a comprar la casa por la expresada cantidad”. El recurrente alegaba que la preferencia

(72) AMORÓS GUARDIOLA, *Op. cit.*, págs. 980 a 984. De acuerdo, por último, ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil*, II, 3.^a ed. Madrid, 1968, páginas 490.

(73) DEL MORAL, A., *Los derechos de adquisición y el problema de su rango*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 8 (1954), págs. 328 y sigs., 358-359. CÁNOVAS COUTIÑO, *Comentario a la Resolución de 20 de octubre de 1966*, en la R. C. D. I., núm. 458 (1967), págs. 91 y sigs., 95.

sólo llegaba a la venta realizada por esta cantidad —o inferior— y sólo duraba hasta que el legatario cumpliera los veinticinco años (la venta era posterior).

El presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador.

La Dirección General revoca el acto apelado, y en sus considerandos establece:

“Que contra la admisión de derechos reales modelados sobre el tipo de un derecho de preferencia... militan gravísimas razones que imponen una interpretación restrictiva, como son:

- 1.º El silencio de nuestra legislación hipotecaria sobre tal preempcio.
- 2.º La duración indefinida que se le atribuye.
- 3.º Los vínculos que impondría a la propiedad frenando las mejoras y estimulando el abandono de las fincas.
- 4.º Las dificultades que su desenvolvimiento judicial y extra judicial presentaría, por la indeterminación de los plazos en que haya de hacerse la oferta, etc.”.

La Resolución de 27 de marzo de 1947 declaró procedente cancelar la mención de la estipulación pactada en una escritura de compraventa de finca urbana, practicada al inscribir dicho título y según la cual, si el vendedor o sus herederos tuviesen que vender en lo sucesivo otra casa y los compradores de la misma les exigieren la adquisición de la transmitida en la primera escritura, vendrán obligados el comprador de ésta o sus herederos a cederla al vendedor o a los sucesores del mismo. A juicio del Centro Directivo se trataba de un derecho personal y era de aplicación lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley Hipotecaria.

El Registrador, que había denegado la cancelación, aducía que “se trataba de un reserva de derechos a favor del vendedor que condiciona o limita las facultades del adquirente” y citaba en su apoyo los artículos 9 de la Ley y 61 del Reglamento.

El presidente de la Audiencia confirmó la nota.

La Dirección General revoca y en sus considerandos dice:

“Que la posible analogía que pudiera guardar dicha relación jurídica con el retracto convencional queda descartada desde el momento en que carece de los dos elementos esenciales exigidos por el Código civil en su artículo 1.507 y 1.508, que son: la consignación expresa del derecho a retraer, cumpliendo lo prevenido en el artículo 1.518 y el establecimiento de un plazo para su ejercicio...” La Dirección General entiende que guarda más similitud el pacto establecido con la opción, pero configurada como promesa de venta, y concluye diciendo que “más bien que una mención, en el verdadero sentido técnico hipotecario, el caso discutido constituye una modalidad o condicionamiento de la relación jurídica inscrita que afecta al derecho objeto de la inscripción y cuya expresión registral es lógica consecuencia

de lo establecido en la regla 9.^a del artículo 61 del Reglamento (sic) y que estas modalidades deben tener pleno acceso al Registro *cuando revistan trascendencia real...*" (en este caso se estima sólo la eficacia obligacional).

La Resolución de 13 de diciembre de 1955 declaró no inscribible una prohibición de enajenar contenida en un acto inter vivos y a título oneroso. La actual propietaria se comprometía a no enajenar, ni gravar, ni disponer de otro modo sin consentimiento de la optante, mientras se halle vigente el plazo de ejercicio del derecho de opción establecido.

La Dirección General exigía el cumplimiento taxativo de los requisitos del artículo 14 del Reglamento Hipotecario y decía que "los efectos de la opción inscrita implican, más que una prohibición de enajenar, una facultad preferente de adquirir por parte de la optante, y si bien nada impide que en el contrato se pacte una prohibición de enajenar para robustecer el derecho de la persona favorecida por la opción, el Registrador al calificar deberá distinguir cuidadosamente entre uno y otra, a fin de que cuando la prohibición de enajenar no reúna los requisitos exigidos por la ley, se deniegue su inscripción".

Esta doctrina parece clara: la prohibición de enajenar no deriva directamente del derecho de adquisición preferente (sería una prohibición impropia), pero puede establecerse (aunque no por contrato oneroso como dice esta Resolución, ya que entonces estaríamos ante una obligación de enajenar, que jamás sería objeto de inscripción, según dispone el artículo 27 de la Ley Hipotecaria) como garantía del derecho de adquisición preferente, y entonces habrá que ver si reúne los requisitos legales.

Finalmente, presenta gran interés el examen de la Resolución de 20 de septiembre de 1966, en que se debatía si pueden tener acceso al Registro, en virtud de su carácter real, los pactos en que las partes establecen sendos y recíprocos derechos de adquisición preferente para el caso de que se transmitan las parcelas que habían sido objeto de transferencia, por acto a título en el que no medie dinero o por donación, herencia o legado.

En los citados pactos se establecían el precio (el sistema de fijación del precio), los plazos de ejercicio, el procedimiento —plazo, notificaciones, etc— y la preferencia entre los posibles concurrentes, todo ello dentro de los límites del artículo 781 del Código civil.

La Dirección General admite la inscripción, porque entiende que en el caso debatido "aparecen claramente delimitados los contornos de una figura de naturaleza real o similar a otras ya admitidas por nuestra legislación —artículo 16, 8 y 9 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos: artículos 20 y 21 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada: artículos 3 y 4 de la Ley de 15 de julio de 1954, etc.— y por la Jurisprudencia, ya que se trata de un derecho de preferente adquisición, que en virtud del negocio jurídico concluido amplía el campo propio de aplicación de tanteo, al extenderlo a

los supuestos de transmisión gratuita y permuta, y en donde los posibles obstáculos aparecen superados en cuanto que:

a) Existe convenio en el que se concede al titular la facultad "erga omnes", sin crear un simple derecho de crédito.

b) El precio no queda fijado de antemano, sino que con las garantías necesarias se determinará por terceras personas en el momento de la transmisión (de modo semejante a lo que disponen el artículo 1.447 del Código civil y el artículo 20 de la Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada).

c) Se concede un plazo determinado y breve (30 días) para el ejercicio del derecho, computados desde la notificación fehaciente de la transmisión.

d) Se respeta el límite del artículo 781 del Código civil.

Por su parte, el Tribunal Supremo, si bien en otras Sentencias ha admitido la posibilidad de un tanteo convencional configurado como derecho real, en la de 12 de noviembre de 1963, entendió que no tenía efectos reales la cláusula contenida en un contrato de arrendamiento, en que se establecía que "en caso de venta de la finca, que no podrá realizarse sin el consentimiento de la arrendataria, ésta será la compradora en análogas condiciones, y desde luego el adquirente vendrá obligado a respetar el contrato". La "ratio" se encuentra en la imposibilidad de que las prohibiciones lícitas de disponer establecidas en actos a título oneroso tengan alcance real, después de la Ley Hipotecaria vigente (artículo 27). La doctrina no es enteramente correcta en su formulación, pero no podemos detenernos en un análisis detallado.

Parece, pues, que un derecho de adquisición preferente configurado sin los requisitos expresados por la Resolución de 20 de septiembre de 1966, no tendrá alcance real ni, por ende, acceso al Registro de la Propiedad, aunque se trate de establecer en un acto "mortis causa". Por otra parte, la prohibición de enajenar que derive de él, debe también seguir su suerte.

Cuestiones actuales del daño moral en los Derechos español y alemán

HUBERTUS SCHWARZ*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. Desde el punto de vista del Derecho material español, con referencia a los aspectos de Derecho internacional privado.

La creciente necesidad de mano de obra española por parte de la economía alemana y el elevado número de turistas alemanes que visitan España cada año plantean problemas jurídicos de diversa naturaleza. Entre éstos destaca el relativo al ejercicio de las acciones indemnizatorias en el marco de las obligaciones derivadas de actos ilícitos, cuando los sujetos intervinientes pertenecen a ambos países. Particular interés presenta la cuestión, todavía no satisfactoriamente resuelta en ninguno de los dos ordenamientos, de los principios aplicables a los supuestos de daño moral, en los que concurren elementos extranjeros.

La opinión dominante en el Derecho internacional privado español es, básicamente, la de que las acciones nacidas de daños inmateriales ocasionados por actos ilícitos se rigen por la ley del lugar en el que la conducta ilícita se ha producido (1). En esta dirección parece orientarse la práctica de los Tribunales (2). Desde un punto de vista de "lege ferenda" los artículos 10 II del Proyecto de 1944 (3) y 10 *in fine* del de 1962 (4) y la Base V 2 de la Ley de

(*) Abogado en Hamburgo.

(1) ORÚE Y AREGUI, *Manual de Derecho Internacional Privado*, tercera edición (1952) 758; ARJONA COLOMO, *Derecho Internacional Privado*, Parte especial (1954), 356; véase GOLDSCHMIDT, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, tomo II, segunda edición (1954), 453 s.; AGUILAR NAVARRO, *Derecho Civil Internacional* (1960), 385, el cual considera incluso que la totalidad de la doctrina española es unánime en esta opinión; MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado*, tomo II, quinta edición (1970), 256, que acentúa, sin embargo, que este sector afecta casi siempre al orden público y que, por consiguiente, el derecho extranjero de delitos que difiriese de la tendencia seguida por el derecho español no podría ser aplicado por un Tribunal español (258).

(2) T. S. 18-5-1968, "Aranzadi" 2523, "Rev. esp. der. int.", 22 (1969), 339.

(3) AGUILAR NAVARRO, ob. cit., loc. cit.

(4) MIAJA DE LA MUELA, ob. cit., 258.

Bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil de 17 de marzo de 1973 adoptan este mismo criterio (5). Algunos autores han sostenido, por el contrario, la aplicación de la "lex fori", independientemente del lugar en el que los actos ilícitos se hayan realizado (6).

Esta diversa consideración del problema no lleva en la práctica a resultados diversos (7), ya que la cuestión decisiva, la estimación de la cuantía del llamado dinero de dolor, constituye desde el punto de vista del Derecho español una simple cuestión de hecho que, como tal, está sometida a la libre apreciación del Tribunal "a quo". Esta norma transita desde las reglas del Derecho material a las del Derecho internacional privado, de forma tal que la fijación de la cuantía indemnizadora se lleva a cabo siempre de acuerdo con las reglas del Derecho interno (8).

2. Desde el punto de vista del Derecho material alemán, con referencia del Derecho internacional privado.

Los vínculos creados durante estos últimos años entre España y la República Federal, cuya intensidad y variedad no necesitan ser expuestas aquí en detalle, han producido, entre otros, el resultado de que los Tribunales alemanes se vayan ocupando, cada vez más, con cuestiones derivadas del Derecho español de delitos. En el supuesto, por ejemplo, de que se produzca en España un accidente, en el que intervienen un alemán y un español, habría de juzgarse este hecho básicamente por la "lex loci delicti commissi" (9). Consiguientemente sería de aplicar, en estos casos, el Derecho español tanto respecto de la calificación del hecho cuanto de las sanciones aplicables; en particular, respecto de la determinación del daño extrapatrimonial y la cuantía de la indemnización (10).

En la literatura alemana más reciente, se han suscitado graves dudas acerca de la equidad de la aplicación de un principio de esta naturaleza (11), dentro del sector del Derecho de colisión. En síntesis, se sostiene la tesis de que cuando la conducta ilícita se produzca en el marco de una relación jurídica preexistente, sería conveniente someter la actividad delictiva a las mismas reglas que rigen

(5) Ley 3/1973; "Bol. Inf.", 945 (1973), 92.

(6) LASALA LLANAS, *Sistema de Derecho Civil Internacional e Interregional* (1933), 365 ss.

(7) MIAJA DE LA MUELA, ob. cit., loc. cit.

(8) *Idem*, ob. cit., loc. cit.

(9) RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 5. Aufl. (1961), 585; SOERGEL/KEGEL, *BGB*, 10. Aufl. Bd. VII (1970), Art. 12 EGBGB Rz. 1 íf.; KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 3. Aufl. (1971), 265; ERMAN/ARNDT, *Handkommentar zum BGB*, 5. Aufl. Bd. II (1972), Art. 12 EGBGB Rz. 1; PALANDT/LAUTERBACH, *BGB*, 32. Aufl. (1973), Art. 12 EGBGB Anm. 2.

(10) Véase SOERGEL/KEGEL, ob. cit., RZ. 49.

(11) *Idem*, ob. cit., RZ. 31.

aquella relación (12). Por otra parte, cuando la víctima y el causante del daño tengan su residencia habitual dentro del mismo país, debería de aplicarse, en primer término, las normas vigentes en este Estado (13).

Sobre el desenvolvimiento de esta tesis en pro de "una mayor flexibilidad del estatuto de delitos" (14), convienen algunas puntualizaciones: Según el artículo 12 EGBGB (15), que consagra el criterio tradicional, las acciones derivadas de un hecho ilícito se rigen por la ley del lugar en que éste se ha producido (16). Esta regla general presenta, sin embargo, algunas excepciones. En el caso de que un ciudadano alemán ocasione un perjuicio a otra persona de la misma nacionalidad, encontrándose ambos en el extranjero, ha de aplicarse, de acuerdo con la Orden de 7.12.1942, el Derecho alemán (17). La vigencia de esta disposición después de la guerra es, sin embargo, discutida (18). En todo caso, los Tribunales alemanes, al ocuparse de hechos ilícitos cometidos entre alemanes en el extranjero, no han invocado solamente esta regla, sino que han hecho valer, preferentemente, "principios de carácter general". Estos principios parten de que el estatuto personal tiene prioridad en todos aquellos supuestos en los que, tanto la víctima como el causante del daño posean la misma nacionalidad y se encuentren transitoriamente en el lugar en que los hechos delictivos se hayan producido. Se presume que la presencia de ambos sujetos en ese lugar es fortuita y que, por consiguiente, no debe alterarse la disciplina del estatuto personal (19). Desde 1955 ha venido sosteniendo la doctrina que, en todos los casos en que el supuesto de hecho guarde estrecha relación con acontecimientos concurrentes, ajenos sin embargo al lugar de comisión del delito, debe de aplicarse al ordenamiento que regule esa realidad subyacente (20). Más tarde se ha puesto de relieve que también en los Derechos extranjeros, con ocasión del creciente tráfico internacional, iba introduciéndose una corriente análoga (21). La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, celebrada en 1968, promulgó un Proyecto de Convención

(12) KROPHOLLER, *Ein Anknüpfungssystem für das Deliktsstatut: RabelsZ*, 33 (1969), 601 s. (625 s.); igualmente, SEETZEN, *Zur Entwicklung des internationalen Deliktsrechts: VersR*, 21 (1970), 1 s.

(13) Kropholler, 616 s.

(14) BINDER, *Zur Auflockerung des Deliktsstatuts: RabelsZ*, 20 (1955), 401 ss.

(15) "A results de un acto ilícito cometido en el extranjero, no pueden ejercitarse contra un súbdito alemán acciones de alcance superior al que según las leyes alemanas resulte justificado."

(16) Vid. supra, nota 9.

(17) RGBL. I, 706.

(18) Sobre esto detalladamente, RAAPE, 574.

(19) BGH, 2-2-1963, BGHZ, 34, 222 (224); OLG, Saarbrücken, 5-3-1963, IPRspr., 1962-63, Nr. 38; OLG, Karlsruhe, 16-10-1963, NJW, 17 (1964), 55, IPRspr., 1962-63, Nr. 39.

(20) BINDER, 498.

(21) SEETZEN, loc. cit.

sobre el Derecho aplicable a los accidentes de circulación (22). Aunque esta Convención no ha entrado todavía en vigor —la República Federal ni siquiera es signataria de la misma— presenta el interés de recoger, en su articulado, los principios generales arriba formulados. Esta tipificación constituye una aportación de indiscutible importancia, que merece la máxima atención: la regla de la ley del lugar de comisión del delito se recoge en el artículo 3 de la Convención, con carácter de principio general.

Según el artículo 4 se exceptúan de esta regla los supuestos en los que se dé una doble circunstancia: que los vehículos intervinientes en el accidente estén matriculados en el mismo país —elemento objetivo—; que los ocupantes de uno de los vehículos tenga su domicilio fuera del territorio nacional dentro del que se ha producido la colisión y que tengan su domicilio en el país en que éstos hayan sido matriculados —elemento subjetivo—. Siempre que concurren ambos elementos, deberá aplicarse la ley del lugar en que los vehículos estén registrados. Las normas sobre derecho de la circulación vigentes en el país en que haya tenido lugar el accidente determinan en todo caso, según el artículo 7, la existencia de responsabilidad. En todo lo demás —de la responsabilidad y alcance de la misma, modalidad de la indemnización y su cuantía, persona legitimada para percibir la indemnización— sigue siendo aplicable, de acuerdo con el artículo 8, la ley del país en que los vehículos estén matriculados.

A la hora de valorar críticamente y en su conjunto el desenvolvimiento que estas ideas han experimentado dentro y fuera de Alemania, no han faltado voces autorizadas que han pedido —en relación al menos con el Derecho alemán— la sustitución del criterio tradicional —aplicación de la ley del lugar de comisión del delito— por el más equitativo de aplicar la ley del lugar en que las personas intervinientes tengan su domicilio habitual. La propuesta de anudar la ley del domicilio común a los supuestos que venimos examinando parece más conforme con la realidad, a excepción —como hemos dicho— de las normas reguladoras del tráfico, que son siempre las nacionales (23).

La posición de la jurisprudencia alemana sobre esta cuestión no está claramente definida. Frente a la orientación tradicional —aplicación de la ley del lugar del accidente— comienzan a introducirse, lentamente, las nuevas concepciones, si bien todavía con un carácter marginal. Particular interés encierra el caso de unos súbditos holandeses, domiciliados en Alemania, que desarrollaban también en este país su actividad profesional. Con ocasión de un accidente sufrido por estas personas, el Tribunal Supremo alemán consagró las nuevas concepciones al señalar en su sentencia que era de aplicar Derecho alemán, tanto por ser el lugar de comisión del delito como por tratarse de extranjeros en los que las principales

(22) Act. Doc., La Haya, 11 (1968), III, 193-198 (Accidents de la circulations routière).

(23) Véase el estudio crítico global de KROPHOLLER, loc. cit.; SEETZEN, loc. cit.; véase también SOERGEL/KEGEL, ob. cit., Rz. 30; KEGEL, 271 ss.

condiciones de vida —domicilio, trabajo— se realizaban dentro de la República Federal (24).

Aunque se sigan estas tendencias, habrá de aplicarse, si embargo, en numerosas ocasiones el Derecho español de delitos. En este caso resultará problemático para el juez alemán la cuestión de si en Derecho español existe una regulación paralela a la contenida en el párrafo 847 BGB (25) y si, a tenor de lo dispuesto en el artículo 12 EGBGB los presupuestos para reclamar una cantidad en concepto de daño del dolor resultan más o menos fáciles de cumplir en el Derecho español que en el alemán (24 a).

II. INDEMNIZACION DE LOS DAÑOS DE CARACTER NO PATRIMONIAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

El Código civil español de 1889 (en lo sucesivo C. c.) no contiene una disposición análoga a la del párrafo 847 del C. civil alemán. El que con ocasión de una conducta ilícita causa daños a otro está obligado, según el artículo 1.902 C. c., a reparar “el daño causado”. Este artículo consagra el principio general de responsabilidad extracontractual, sin mayores puntualizaciones. El Código penal (C. p. en lo sucesivo) alude ya en el artículo 104 a la indemnización de “daños materiales e inmateriales”; esta norma se refiere, sin embargo, en primera línea, a los prejuicios derivados de una conducta de carácter penal. En la doctrina española es pacífica la opinión de que el término “daños”, utilizado por el legislador en el artículo 1.902, abarca tanto los de carácter patrimonial como los inmateriales (26).

(24) BGH, 23-11-1971, BGHZ, 57, 256 ss. (269); pero véase LG Viesbaden, 4-5-1971, VersR 1972, 183, comentada críticamente por KROPHOLLER (183).

(24a) Sobre estos puntos, véase SCHWARZ, *Aktuelle Fragen des spanischen immateriellen Schadensrechts*, VersR 1973, 704 s.

(25) “1. En caso de que se produzca una lesión del cuerpo o de la salud, así como en el caso de privación de la libertad, podrá el lesionado exigir una indemnización pecunaria también por los daños de carácter no patrimonial. Esta pretensión no es transmisible ni pasa a los herederos, a no ser que se haya reconocido en un contrato o se haya convertido en asunto litigioso.

2. Análoga pretensión corresponde a las personas del sexo femenino contra las que haya cometido un delito o falta contra la honestidad o cuando mediante alevosía, amenaza o abuso de una relación de dependencia haya sido forzada a permitir relación carnal extramatrimonial.”

(26) BORREL MACIA, *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, segunda edición (1958), 210 ss.; PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER/FERRANDIS VILELLA, *Derecho de Obligaciones*, tercera edición (1966), 1161 ss.; ALVAREZ, *La Responsabilidad por daño moral*: ADC, 19 (1966), 81 ss.; ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, tomo III, (1970), 464 ss.; SOTO NIETO, *Derecho vivo*, tomo I (1970), 63 ss.; ALBALADEJO, *Derecho civil*, tomo II (1970), 138; tomo I (1972), 358 ss.; CASTRO Y BRAVO, *Temas de Derecho civil* (1972), 7 ss.; véase también LOBEDANZ, *Persönlichkeitsschutz und Ersatz immaterieller Schäden im spanischen Recht*: AcP, 164 (1964), 78 ss.

Dentro de la jurisprudencia sobre daños no patrimoniales caben destacar, básicamente, cinco direcciones (27):

A la primera pertenecen un grupo mayoritario de sentencias en las que los Tribunales han impuesto la obligación de indemnizar daños no patrimoniales originados por razón de *lesiones contra el honor, la buena fama o la consideración social* de una persona. Esta orientación jurisprudencial se inicia con la conocida sentencia de 6.12.1912 (28) en la que el Tribunal Supremo consagró la regla de compensación pecuniaria del daño moral, en base a un texto de las Partidas (29). En los restantes grupos de sentencias, los Tribunales han reconocido el deber de reparar del daño moral producido en los atentados contra el *derecho a la propia imagen* (30), el derivado de *lesiones espirituales* ocasionadas por amenazas o coacciones graves (31), los que nacen del *fallecimiento de un pariente próximo* (32) y, finalmente, los producidos con ocasión de un *accidente*. Dentro de este último grupo se encuentran las sentencias que reconocen la facultad de reclamar el "pretium doloris" en el ámbito de los accidentes de tráfico (33).

(27) En este punto y para lo sucesivo véase la síntesis de la jurisprudencia, en SOTO NIETO, ob. cit., especialmente 68 ss; más recientemente, ASÍ GARCÍA SERRANO, *El daño moral extracontractual en la Jurisprudencia civil*: ADC, 25 (1972), 799 ss. (813-827); véase también CASTRO Y BRAVO, ob. cit., loc. cit.

(28) *Enciclopedia Jurídica Española*, Apéndice 1913, 991; véase, sin embargo, T. S., 6-12-1892; 11-3-1899; sobre este punto, ASÍ GARCÍA SERRANO, 815 ss.

(29) Ley 21, Título de la Partida 7a; véase LOBEDANZ, 80 s.; Sentencias más recientes sobre esta materia: T. S., 19-5-1934, "Col. Leg. Esp.", 131 (194 II), 834 ss.; 16-1-1956, "Aranzadi", 254; 28-2-1959, "Aranzadi", 1086; 7-2-1962, "Aranzadi", 672 con más indicaciones; MORAL LÓPEZ, *Responsabilidad civil por daños morales*: "Rev. Der. Esp. Am.", 7 (1962), 237 ss.; SOTO NIETO, 81; FERNÁNDEZ ALBOR, *El daño moral en los delitos contra el honor*: "Rev. Gen. Leg. Jur.", 222 (1967), 817 ss.; ASÍ GARCÍA SERRANO, 819 ss. (especialmente 826), con más indicaciones.

(30) Comentario a la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza, 9-6-1967; ADC, 21 (1968), 195 ss.; sobre este tema véase SAMTLEBEN: *RabelsZ*, 33 (1969), 153 s.; así como CASTRO Y BRAVO, 20 s., con más indicaciones en la nota 30.

(31) Véase T. S., 19-1-1968, "Aranzadi", 408.

(32) T. S., 10-7-1928, "Rev. Gen. Leg. Jur.", 184 (1928), 739 ss.; 17-2-1956, "Aranzadi", 1103; 28-2-1964, "Aranzadi", 1224; 2-7-1966, "Aranzadi", 3576; 7-12-1968, "Aranzadi", 5835; 20-1-1970, ADC, 23 (1970), comentada por GARCÍA CANTERO; 24-11-1970, "Aranzadi", 4889, así como LOBEDANZ, 91 s.; BORELL MACIA, 329; PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER/FERRANDIS VILELLA, 1157; RUIZ VADILLO, *Algunos problemas derivados de la responsabilidad civil, de los delitos culposos, cometidos en el uso y circulación de vehículos de motor*: "El seguro privado en España" (1972), 120 ss. (163 s.).

(33) Recientemente: T. S., 2-7-1963, "Aranzadi", 3513; 5-3-1966, "Aranzadi", 1059; 27-6-1966, "Aranzadi", 3343; 21-6-1968, "Aranzadi", 3060; 21-2-1969, "Aranzadi", 1081; 2-10-1969, "Aranzadi", 4474; véase también T. S. 20-1-1970, loc. cit.; MARTÍN GRANIZO, *Los daños y la responsabilidad en el Derecho positivo español* (1972), 317 ss. (especialmente nota 524).

III. CUANTIA DE LA COMPENSACION PECUNIARIA DEL DAÑO MORAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. Principio general.

El artículo 1.902 C. c., en el que se consagra el Derecho básico a una indemnización, derivada de un ilícito civil, impone al causante del daño la obligación genérica de "reparar el daño causado", sin dictar normas concretas sobre el particular. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se limita a trasladar al juzgador de instancia (34) la determinación de la cuantía de los daños y de la indemnización correspondiente, rehusando a sentar una doctrina propia sobre esta materia, Respecto de la determinación judicial de la indemnización no se requiere, por otra parte, especificar las cantidades indemnizatorias relativas a cada uno de los daños singularmente individualizables, sino que se estima suficiente una valoración global de los perjuicios ocasionados (35).

2. Pretium doloris.

En las sentencias que se ocupan con el tema de los daños extrapatrimoniales no se contiene ningún punto de referencia concreto para poder calcular, en cada caso, el llamado "dinero del dolor". En una sentencia de 1949 (36) se especifican, sin embargo, las lesiones producidas, y en otras se determina la cantidad pecuniaria correspondiente a diversos tipos de lesiones: 100.000 pesetas para el supuesto de heridas graves, que determinaron la muerte del accidentado (37); 300.000 pesetas a los padres de un niño de seis años, que perdió la vida en un accidente (38). De las diferentes sentencias y de los casos singulares que en ellas se contemplan, es posible inducir, sin embargo, algunos criterios abstractos respecto del cálculo del daño (39): así, por ejemplo, la graduación debe hacerse "de modo discrecional", "sin sujeción a pruebas de tipo objetivo", considerando "las circunstancias y necesidades del caso concreto". Se alude sobre todo a si los daños inmateriales tienen repercusiones patrimoniales, y, en caso afirmativo, la suma del dinero del dolor se fija en una cuantía superior a la que procedería de no haberse producido estas consecuencias. Igualmente han de considerarse la gravedad del daño, las condiciones peculiares de la persona ofendida

(34) T. S., 5-7-1972, "Rev. Crit. Der. Inm.", 49 (1973), 220 s.

(35) T. S., 28-1-1967, "Aranzadi", 231; 3-10-1968, "Aranzadi", 444; véase SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil* (1970), 257; sobre este punto véase críticamente de "lege ferenda": LUGO Y REYMUNDO, *El seguro obligatorio de vehículos...* (1965), 59.

(36) T. S., 9-12-1949, ADC, 3 (1950), 225 ss. (263), comentada por DESANTES GUANTER, 227 ss.; véase también T. S., 5-3-1966, loc. cit.

(37) T. S., 2-7-1963, loc. cit.

(38) T. S., 4-7-1970, loc. cit.; más ejemplos en Asfs GARCÍA SERRANO, 811, 824, 828, 830, 840 ss.

(39) Véase Asfs GARCÍA SERRANO, 841 ss.

—como, por ejemplo, su posición social— el medio empleado y la mayor o menor relación que pueda mediar entre ofensor y ofendido. La función satisfactoria de la pretensión al dinero del dolor es asimismo subrayada por la jurisprudencia que, sin embargo, niega a esta compensación pecuniaria todo carácter de sanción penal (40).

De los casos examinados no se desprenden puntos de referencia concretos aptos para calcular el dinero del dolor; las cantidades son sumas globales en las que vienen comprendidos tanto los daños de carácter patrimonial como los extrapatrimoniales (41). La jurisprudencia ha manifestado reiteradamente que en el cálculo del dinero del dolor, al revés de lo que sucede con los daños materiales, en los que es imprescindible la aportación de la prueba pertinente, disfruta el juzgador de un amplio criterio, el cual responde al “sentir común” de cada época (42).

IV. INDEMNIZACION DE LOS DAÑOS DE CARACTER NO PATRIMONIAL EN EL DERECHO ALEMAN

1. Estructura de la indemnización, según los párrafos 249 y siguientes del BGB

En materia de derecho indemnizatorio la regulación del Código civil alemán de 1896 está presidida por los principios de restitución natural y de compensación (§§ 249 y ss. BGB) (43). El primero de ellos goza prioridad (44): sólo en el caso de que la aplicación de éste no sea posible, deben ser compensados los daños sobrevenidos por otra vía, a saber, mediante una prestación sustitutiva en dinero (§ 251, I BGB). En este contexto es importante señalar que, según el principio de restitución, el acreedor puede exigir, en lugar de la cantidad en numerario requerida para ello (§ 249 párrafo 2 BGB) y, por otra parte, que es posible el abono de gastos que con esto se

(40) T. S., 7-2-1962, loc. cit.

(41) T. S., 3-7-1969; 25-5-1970, citado por RUIZ VADILLO, 163 (nota 104), que se pronuncia por una detallada exposición, en la sentencia, de la cuantía del daño.

(42) T. S., 1928, loc. cit.; 2-2-1940, “Aranzadi”, 89; 7-2-1962, loc. cit.; 27-6-1966, loc. cit.; véase SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil* (1970), 265 s. Según BORRELL MACIA, 267, se conceden en España cantidades ridículas en concepto de indemnización de daños materiales e inmateriales en caso de muerte de una persona; véase también ZARZALEJOS ALTARES, *Aspectos del Seguro obligatorio de Automóviles: “El Seguro privado en España”*, (1972), 264; ASÍS GARCÍA SERRANO, 845 s., con más indicaciones.

(43) MEDICUS, *Naturalrestitution und Geldersatz*: JuS, 9 (1969), 449; ESSER, *Schuldrecht*, 4. Aufl. Bd. I (1970), 269 ss.; ERMAN (-Sirp), *Handkommentar zum BGB*, 5. Aufl. (1972) § 249, BGB Rz., 50 ss.

(44) BÖTTICHER, *Schadensersatz für entgangene Gebrauchsvorteile*: VersR, 17 (1966), 301 ss. (307); ESSER, 272, con más indicaciones; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 10. Aufl., Bd. I (1970), 329 ss., BGB, 10. Aufl. (1967).

produzcan (45). Esta misma disciplina rige para los daños no patrimoniales desde el momento en que resulte exigible la restitución natural (46). Sin embargo, no todos los daños patrimoniales son susceptibles de compensación por vía de restitución. Esto luce ya del concepto mismo de daños no patrimoniales, dentro del cual se comprenden perjuicios transitorios o permanentes de valores de carácter ideal (47).

De acuerdo con el § 253 BGB, rige todavía otro principio para los daños inmateriales. En este precepto se dice textualmente que "por razón de un daño de carácter no patrimonial sólo puede exigirse una indemnización en dinero en los casos determinados (48) en la ley". Esta disposición se ha manifestado demasiado estricta. Su ámbito se restringe, prácticamente, a la pretensión del dinero de dolor del parágrafo 847 BGB. A partir de la escueta regulación legal, la doctrina y la jurisprudencia han intentado construir una disciplina moderna de la indemnización por daños inmateriales. Esta tarea se ha llevado a cabo por dos vías: a través de una interpretación del § 847 BGB, ajustada a la Constitución (49), y mediante una comercialización de las ventajas inmateriales (50).

2. Interpretación del § 847 BGB adecuada a la Constitución.

El parágrafo 847 BGB determina que en caso de una lesión corporal o de la salud, en los supuestos de *privación de libertad* o con ocasión de ciertos *delitos contra la moral*, el lesionado puede exigir a causa de los daños originados, de índole no patrimonial, un resarcimiento pecuniario equitativo. En esta disposición legal subyace la razón político-jurídica de que un daño de carácter ideal no puede

(45) SOERGEL/SCHMIDT, §§ 249-253, BGB Rz., 84, con más indicaciones; críticamente: ASKENASY, *Über den immateriellen Schaden nach den BGB: "Gruchot"*, 70 (1929), 373 ss.; sobre esta cuestión véase ELLRICH, *Der Herstellungsanspruch in Geld bei Urlaubs- und Veranstaltungserlebnisschäden* (1972), 35 ss.

(46) LARENZ, I, 333.

(47) EIKE SCHMIDT, § 8, III 1 b in Athenäum-Zivilrecht, I, Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts (1972), 565.

(48) Sobre estos casos vid. los párrafos 847, 1300 BGB, 53 II Luft VG, 40 Seemannsgesetz, 27, 35 I GWB.

(49) Véase especialmente la exposición de conjunto en: *Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensrechtlicher Vorschriften*, II (1967), 148 ss., así como SANDEN, *Schmerzensgeld und Haftpflichtnovelle: "VersR"*, 18 (1967), 413 ss.; STAUDINGER (-Werner), BGB, Bd. II, 1 c, 11. Aufl. (1967), § 253 Rz. 7; HELLE, *Der Schutz der Persönlichkeit und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht*, 2. Aufl. (1969).

(50) Véase especialmente ZEUNER, *Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden*, "AcP", 163 (1963), 380 ss.; SOERGEL/SCHMIDT, §§ 249-253, BGB Rz., 85, con más indicaciones; véase también GRUNSKY, *Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens* (1968); MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, 5. Aufl. (1971), 317 ss.; críticamente, LARENZ, I, 337; *idem*, *Festgabe Oftinger* (1969), 151 ss.; STOLL, *Comentario a la sentencia del BGH*, 15-12-1970: "JZ", 26 (1971), 593.; EIKE SCHMIDT, ob. cit., 561 s.

ser compensado en dinero (51). La explicación de esta orientación está en que en el momento de promulgarse el C. c. todavía no habían sido reconocidos los derechos generales de la personalidad (52). El reconocimiento de estos derechos, llevado a cabo en los artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental de 1949, ha planteado la cuestión de si ha de mantenerse la concepción político-jurídica acogida en los párrafos 253 y 847 BGB, o si la exclusión radical de la compensación respecto de los daños inmateriales ya no resulta conciliable con la protección de los derechos de la personalidad reconocida en la Ley Fundamental. A la Jurisprudencia le corresponde la tarea de decidir qué consecuencias jurídicas sobrevienen cuando los derechos generales de la personalidad resultan lesionados por una conducta culposa. Respecto de la naturaleza misma de los derechos de la personalidad, la lesión de los mismos produce casi siempre daños inmateriales y rara vez de carácter patrimonial. Por esta razón, la protección jurídica, privada de la personalidad, resultaría insuficiente si una lesión de un derecho de la personalidad no estuviera sometida a una sanción adecuada al perjuicio causado (53). El Tribunal Supremo Federal, en el caso "Herrenreiter", ha concedido a una persona, perjudicada por la publicación de una fotografía suya, una pretensión de resarcimiento de daño no patrimonial por aplicación del párrafo 847 BGB (54). En su exposición de motivos, el Tribunal ha invocado, por analogía, la normativa de la privación de libertad, aplicables también a los supuestos en que el derecho a la libre autodeterminación puede quedar injustamente coartado. A esta trascendental sentencia han seguido otras, también del Tribunal Supremo Federal, inspiradas en la ordenación de valores de la Ley Fundamental (55). De acuerdo con esta firme dirección jurisprudencial, dirigida como hemos visto a acomodar el contenido del párrafo 847 BGB a las directrices constitucionales, ha de reconocerse una pretensión al resarcimiento cuando el derecho de la personalidad resulte lesionado y el causante del daño haya procedido con culpa grave, o se trata de una restricción de grave trascendencia, objetivamente considerado, de los derechos de la personalidad (56).

(51) EKKEHARD KAUFMANN, *Dogmatische und rechtspolitische Grundlagen des § 253 BGB*: "AcP", 162 (1962), 421.

(52) Idem, ob. cit., loc. cit.; críticamente sobre el valor de esta razón político-jurídica véase WIESE, *Der Ersatz des immateriellen Schadens* (1964), 12, nota 30, con más indicaciones; véase también LARENZ, I, 333 s.

(53) BGH 19-9-1961, BGHZ 35, 363 (367); 5-3-1963, NJW, 16 (1963), 904.

(54) BGH 14-2-1958, BGHZ 26, 349.

(55) BGH 18-3-1959, BGHZ 30, 7; 19-9-1961, ob. cit., loc. cit.; 5-1-1962, NJW, 15 (1962), 1004; comentada por RÜTELMANN; 5-3-1963, BGHZ, 39, 124; 8-12-1964, NJW, 18 (1965), 685; 15-1-1965, NJW, 18 (1965), 1374; 7-1-1969, VER, 20 (1969), 349; 16-1-1971, NJW, 24 (1971), 698; con más indicaciones; recientemente: OLG Köln 17-1-1973, NJW, 26 (1973), 850.

(56) ERMAN (-Drees), *Handkommentar zum BGB*, 5. Aufl. (1972), Bd. I, § 847, Rz. 5 s. La opinión contraria, si bien estima que la concepción del BGH es deseable desde un punto de vista político-jurídico, sostiene que en relación con el § 253 BGB al juez le está vedado conceder en los supuestos

3. Comercialización del daño no patrimonial.

Las dificultades dogmáticas derivadas de la tensión entre principio general y excepciones por una parte (§§ 253, 847 BGB) y la tarea de interpretación modificativa, adecuada a los tiempos actuales, realizada por la jurisprudencia, ha llevado a la tendencia de comercializar ventajas de carácter extrapatrimonial y, por esta vía, a someter este supuesto a la norma del § 251, I BGB (57). Por comercialización de daños no patrimoniales se entiende aquella situación en la que se han obtenido ventajas inmateriales de forma culposa y mediante una contraprestación pecuniaria (58). Como ejemplo puede traerse aquí el supuesto en que alguien, en camino hacia una representación teatral, resulta herido y no puede asistir al acto. En este caso, la víctima podría exigir del causante del daño la restitución del precio de la localidad: su disfrute puramente inmaterial de estar presente en el espectáculo, ha sido comercializado.

La concepción de la comercialización que acabamos de exponer presenta particular significación en los casos de vacaciones transcurridas sin provecho y en el caso de pérdida de las ventajas al uso de una cosa (59). Según la Jurisprudencia, las vacaciones, contraria-

de lesión de los derechos de la personalidad, dinero de dolor si no existe un fundamento legal para ello: LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II, "Besonderer Teil", 10. Aufl. (1972), 478, con más indicaciones en la nota 3; PALANDT (-Thomas), § 823 BGB, Anm. 6 i.

(57) Véase nota 49, así como ERMAN (-Sirp), I, § 249 BGB Rz. 58, con más indicaciones. El fundamento de que los daños inmateriales no sean indemnizables en dinero radica en que en los sentimientos subjetivos falta un baremo que pueda medir la entidad del daño. Consiguientemente existe una tendencia a reconocer las lesiones de bienes inmateriales como daños de carácter patrimonial, siempre que en el tráfico se hayan acuñado criterios de valoración firmes. Estos criterios se han elaborado desde el punto de vista de la comercialización de los daños no patrimoniales.

(58) En este sentido se habla del empleo de fuerzas sin resultado. Según la opinión dominante, gastos realizados en un principio voluntariamente —que no podían dar lugar, por tanto, a perjuicios— al concurrir una conducta ilícita se equipararon a gastos sin provecho, sin finalidad, "frustrados" (§ 251, I BGB). En contra véase BGH, 30-9-1963, NJW, 17 (1964), 717; BÖTTICHER, ob. cit., loc. cit.; ESSER, I, 276 s.; LARENZ, I, 345 ss.; MEDICUS, *Bürgerliches Recht* 319. La idea de los gastos realizados sin provecho cobra significación especialmente cuando se trata de especiales gastos patrimoniales, realizados para unas vacaciones. Sobre la aplicación del § 253 BGB a estos supuestos véase BGH 7-5-1956, NJW, 9 (1956), 1234 (el equipaje de vacaciones no llegó a bordo de un vapor de recreo, con ocasión de un crucero); MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, 318 s.; ELLRICH, 91 ss.; véase también ZEUNER, ob. cit., loc. cit.; BGH 7-6-1968, NJW, 21 (1968), 1778 ss.; 15-12-1970, NJW, 24 (1971), 796 ss., JZ, 26 (1971), 593 ss., comentada por STOLL.

(59) BGH 7-5-1956, ob. cit., loc. cit.; OLG Frankfurt, 17-2-1967, NJW, 20 (1967), 1372 (G. había alquilado un bungalow en España. Aunque el desplazamiento con su familia tuvo lugar en las fechas convenidas, no recibió el alojamiento en los términos que se habían acordado. A continuación G. regresó a su punto de procedencia y, entre otras cosas, exigió de S. el sueldo correspondiente a cinco días de trabajo. El OLG acogió su petición. La falta de aprovechamiento de los días de vacaciones han resultado, por consiguiente, comercializados); KG, 10-10-1969, NJW, 23 (1969),

mente a lo que sucede con otras modalidades de tiempo libre, están comercializadas (60). El transcurso infructífero de unas vacaciones a resultas de la actividad ilícita de un tercero representa un auténtico daño patrimonial (61). Como fundamento se alega el sentido que las vacaciones tienen para recuperación de la capacidad de trabajo y de la salud.

En el caso de que el perjuicio recaiga sobre una cosa, la persona que resulte afectada puede alquilar una cosa que cubra una función sustitutiva y exigir que los gastos del alquiler sean satisfechos por el causante del daño como gasto necesario (62). El fundamento de esta concepción estriba en el reconocimiento de una cualidad patrimonial a la sustracción de las ventajas propias del uso de una cosa (63). En última instancia esta argumentación desemboca en reconocer como objeto de carácter patrimonial todo disfrute que sea susceptible de proporcionarse con dinero (64).

Particularmente discutida es la cuestión de si el afectado puede exigir, a su arbitrio, una indemnización por la sustracción de las ventajas derivadas del uso de la cosa, cuando pueda pasarse sin la cosa o se dé por contento con la cosa dañada. Sobre este particular cabe señalar tres orientaciones:

Según la opinión dominante, las ventajas derivadas del uso de una cosa representan un daño patrimonial en los términos del párrafo 251, I BGB (65). Esta tesis, elaborada en relación con el supuesto tipo de daños ocasionados en un vehículo para el transporte de personas, se fundamenta en el hecho de que, según las concepciones vigentes en materia de circulación rodada, el uso de los vehículos de la clase turismo tiene un valor patrimonial. El automóvil no tiene como finalidad exclusiva proporcionar alegría, por el hecho de viajar, sino que es un instrumento para un empleo más

474; así también MAMMEY, *Schadensersatz für entgangene Urlaubstage*: NJW, 22 (1969), 1150; GRUNSKY, 84; en contra HELDRICH, *Vergeudung von Freizeit als Vermögensschaden?*: NJW, 20 (1967), 1737 ss.; EIKE SCHMIDT, 561 s.

(60) Aquí no se trata de los gastos de viaje, sino de las vacaciones en cuanto a tales; vid. supra la nota 57; véase también LANDWEHRMANN, *Freizeitbeeinträchtigung und allgemeines Persönlichkeitsrecht*: NJW, 23 (1970), 1867 ss.; ELLRICH, especialmente I ss., 97 ss.

(61) BGH, 17-3-1970, NJW, 23 (1970), 1120; véase también SCHMIDT-SALZER, *Der Anspruch auf Zahlung eines Nutzungsentgelts wegen entgangener Gebrauchsvorteile*: BB, 25 (1970), 55 ss., con más indicaciones.

(62) EIKE SCHMIDT, 561 s.

(63) Idem, loc. cit.

(64) BGH, 30-9-1963, BGHZ, 40, 345; 15-4-1966, BGHZ, 45, 212; 17-3-1970, ob. cit., loc. cit.; BRÜCKLER, *Mietwagenkosten ohne Mietwagen*: DRZ, (1964); ZEUNER, 395; críticamente sobre esta cuestión STOLL, *Abstrakte Nutzungsentzückung bei Beschädigung eines Kraftfahrzeugs ?* - BGHZ, 45, 212; JuS, 8 (1968), 504 ss., con más indicaciones.

(65) Así, BGH, 30-9-1963, ob. cit., loc. cit.; BÖHMER, *Inmaterieller Schaden ist kein Vermögensschaden*: MDR, 18 (1964), 453; LÖWE, *Gebrauchsmöglichkeit einer Sache als selbständiger Vermögenswert ?*: NJW, 17 (1964), 701; BÖTTICHER, 301; ESSER, 276 s.

racional del tiempo disponible. Las ventajas derivadas de su uso están, en el sentido expuesto, comercializadas.

Una minoría cualificada admite la existencia de daños sólo desde el punto de vista de lo que se ha dado en llamar "el gasto frustrado" (66). Sólo puede exigirse la sustitución del gasto realizado para mantener la aptitud funcional de la cosa para ser usada, cuando este gasto no reporte el provecho que se perseguía (67).

Un grupo de autores sostiene, finalmente, la posibilidad de una indemnización por razón del provecho no obtenido en base al párrafo 249, párrafo 2 BGB (68). El causante del daño está obligado a anticipar al cantidad necesaria para sufragar los gastos de una restitución natural. Al perjudicado se le deja la decisión de destinar el dinero entregado a este fin o de pagar la renta de un vehículo de sustitución.

Hasta el momento, el Tribunal Supremo Federal ha rechazado expresamente la posibilidad de aplicar extensivamente estos principios al valor en uso del trabajo humano (69). Un empresario de la industria química resultó herido en un accidente de automóvil y durante algún tiempo no pudo acudir a su trabajo. El negocio siguió funcionando sin su presencia, pero él exigió una indemnización global en la cuantía del sueldo de un licenciado químico. En opinión del Tribunal Supremo el valor de la capacidad de trabajo de un empresario, como profesión libre que es, no es susceptible de una determinación objetiva, según las concepciones vigentes en el tráfico. Esta argumentación sostiene por consiguiente la imposibilidad de comercializar el valor de trabajo de un empresario independiente.

V. MONTANTE DE LA INDEMNIZACION EN DERECHO ALEMAN

1. *Parágrafo 847 BGB.*

Según el párrafo 847 BGB, el perjudicado dispone de una pretensión dirigida a un "resarcimiento pecuniario equitativo". El Código civil alemán ha configurado la pretensión al dinero del dolor como una pretensión de indemnización. Como cualquier otra pretensión a una indemnización, la recogida en el artículo 847 tiene una función compensatoria (70). El dinero del dolor debe proporcionar al perjudicado una adecuada compensación de todos los daños de carácter no patrimonial ocasionados como consecuencia de las heridas. Dentro de estos daños se comprenden sobre todo los dolores padecidos y que

(66) Por ejemplo, impuestos de vehículo de motor, prima del seguro.

(67) Especialmente, MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, 318 s.; véase también WIESE, 18 ss.; en contra especialmente ESSER, ob cit., loc. cit.

(68) BGH, 5-5-1970, NJW, 23 (1970), 1411.

(69) Véase PALANDT (-Thomas), § 847, BGB, Anm. 1 b.

(70) PALANDT (-Thomas), ob. cit., loc. cit.; críticamente sobre este punto PECHER, *Der Anspruch auf Genugtuung als Vermögenswert*: AcP, 171 (1971), 44 ss.

todavía hayan de padecerse, los temores y preocupaciones, la pérdida de la alegría de vivir. No es posible considerar, sin embargo, desde el punto de vista de la función compensatoria ni el grado de culpa ni un eventual seguro de responsabilidad civil.

Una efectiva compensación de los daños inmateriales resulta muy difícil en la mayoría de las ocasiones y en ciertos aspectos imposible. Baste pensar en los supuestos de parálisis corporal total a consecuencia del accidente o en los casos de pérdida de la vista. No existe cantidad de dinero que pueda compensar estas deficiencias. De ahí que se haya venido imponiendo el criterio de que la pretensión al dinero del dolor tiene también una función de reparación (71): "La pretensión al dinero del dolor, según el parágrafo 847, no constituye una pretensión de indemnización corriente, sino una pretensión "sui generis" con una doble función: la de ofrecer al perjudicado una compensación adecuada para aquellos daños que no son de índole patrimonial y al mismo tiempo atender a que el causante del daño deba satisfacción al perjudicado por lo que contra él ha hecho" (72). Consiguientemente, tanto la modalidad como el grado de culpa han de considerarse desde este punto de vista de la función de reparación (73). Del término "resarcimiento equitativo" se desprende asimismo que pueden ser tenidas en cuenta todas aquellas circunstancias que dan al supuesto en cuestión su peculiaridad (73). Especial relevancia ha de darse a la situación económica de las partes, tanto del causante del daño como del perjudicado (74). Está permitido, igualmente, considerar si el causante del daño tiene un seguro de responsabilidad civil (75).

Al arbitrio del juzgador de instancia se remite la fijación de la

(71) BGH, 6-7-1955, BGHZ, 18, 149; sobre ello recientemente: OLG Karlsruhe/Freiburg, 2-11-1972, NJW, 26 (1973), 851 ss.; OLG Köln, 17-1-1973, ob. cit., loc. cit.; véase también LIEBERWIRTH, *Das Schmerzensgeld*, 3. Aufl. (1965), 18 ss. En relación con esto basta por lo general una compensación en metálico, aunque cuando se trate de perjuicios duraderos haya de pagarse una renta, BGH, 6-7-1955, ob. cit., loc. cit.; OLG Karlsruhe/Freiburg, 2-11-1972, ob. cit., loc. cit.; véase también ERMAN (-Drees), I, § 847, BGB Rz.10 con más indicaciones.

(72) BGH, 6-7-1955, ob. cit., 157 s. La sanción penal del causante del daño es parte integrante de dinero del dolor en la función de satisfacción: OLG Celle, 12-6-1968, JZ, 25 (1970), 548, comentada por DEUTSCH.

(73) BGH, 6-7-1955, ob. cit., loc. cit.; OLG Karlsruhe/Freiburg, ob. cit., loc. cit.; véase también PALANDT (-Thomas), § 847, BGB, Anm 4 a, con más indicaciones.

(74) BGH, 6-7-1955, ob. cit., 159 s. En la determinación de la cuantía del dinero del dolor ha de tenerse en cuenta asimismo el actual proceso de inflación. Como consecuencia de ello, la jurisprudencia de los años anteriores sólo en una medida muy limitada puede constituir hoy un punto de referencia. Así, OLG Karlsruhe/Freiburg, ob. cit., loc. cit.

(75) BGH, 6-7-1955, ob. cit., 165 s. Respecto de la determinación de la cuantía, el seguro no puede en contra de la buena fe desatender su obligación de costos, de tal forma que esto se traduzca en un intento de desmoralizar al perjudicado. En otro caso deberán conceder los Tribunales al perjudicado una cantidad más elevada en concepto de daño del dolor como recompensa. Así, OLG Karlsruhe/Freiburg, ob. cit., loc. cit.

cuantía del dinero del dolor (76). Hay que advertir, sin embargo, que la sentencia debe contener una detallada valoración de los daños, destacando uno por uno los que se hayan ocasionado, incluyendo entre ellos los de carácter no patrimonial (77). Para fijar la cuantía el juez dispone de un amplio arbitrio que en todo caso deberá tomar en cuenta los criterios arriba señalados (78). Esta valoración del Tribunal "a quo" sólo puede ser examinada por el Tribunal de apelación, en lo tocante a su conveniencia. En la instancia de revisión sólo puede volver a examinarse la cuantía del dinero del dolor, para ver si ésta afecta a un error jurídico, pero no para juzgar si el cálculo resulta elevado o demasiado bajo (79).

Sobre el problema de la cuantía máxima del dinero del dolor en cada caso concreto, falta un cuadro representativo de las sumas que han sido reconocidas hasta ahora (80). Existen ciertamente algunas tablas en las que se recogen los criterios aproximados tenidos en cuenta hasta la fecha (81), pero sin una refundición o valoración de todas las decisiones jurisprudenciales dictadas hasta ahora no sería posible trazar una línea unitaria (82).

En general se advierte una tendencia a elevar las cuantías del daño de dolor con ocasión de lesiones corporales. Mientras que hace unos años se consideraba como tope máximo la cifra de 50.000 DM, negándose la atribución de cantidades superiores, incluso en el caso de lesiones graves (como, por ejemplo, los casos de parálisis sobrevinidas a resultas de conmociones cerebrales), con posterioridad han sido señaladas, en repetidas ocasiones, cifras más elevadas (83). Según nuestras informaciones, la cantidad más alta concedida hasta ahora ha sido de 120.000 DM, en sentencia dictada por el LG Traunstein (84), en un caso análogo al anterior. Tanto la literatura científica (85) como la opinión pública (86) han venido estimando

(76) § 287 ZPO: "En el caso de que la existencia del daño, o el montante a que éste o el interés de sustitución ascienda, sea objeto de litigio entre las partes, el juez, una estimadas todas las circunstancias, decidirá sobre el particular según su libre arbitrio."

(77) FÜCHSEL, 16, con más indicaciones; PALANDT (-Thomas), ob. cit., loc. cit.

(78) Vid. supra nota 76.

(79) BGH, 10-4-1954, LM § 847 BGB Nr. 6. VersR, 5 (1964), 277; 5-5-1961, VersR, 12 (1961), 723; 19-10-1965, VersR, 16 (1965), 1208.

(80) FÜCHSEL, ob. cit., loc. cit.

(81) Véase, por ejemplo, GELHAAR, *Die Bemessung des Schmerzensgeldes*: BB, 21 (1966), 1317; SCHNEIDER, *Hinweise für den Haftpflichtprozess (III. Schmerzensgeld)*: MDR, 23 (1969), 898 ss. (899); HENKE, *Die Schmerzensgeldtabelle* (1969); *Schunack Schmerzensgeld* (1969); HAPKS, *Schmerzensgeldbeträge*, 6. Aufl. (1970).

(82) Véase FÜCHSEL, ob. cit., loc. cit.

(83) Véase WEYER, *Comentario a la sentencia LG Tübingen*, 29-11-1967, NJW, 22 (1969), 558 ss.; TEPLITZKY, *Neue Tendenzen bei der Schmerzensgeldbemessung*: NJW, 21 (1968), 1315 s.; HACKS, ob. cit.

(84) 30-4-1970, HACKS, ob. cit.

(85) TEPLITZKY, *Die unzureichende Schmerzensgeldbemessung*: NJW, 19 (1966), 388 ss.; *idem*, NJW, 21 (1968), loc. cit.; ULRICH, *Das Schmerzensgeld bei Querschnittslähmung*: NJW, 23 (1970), 156 ss.

(86) Véase, por ejemplo, ADAC-Motorwelt, november 1970, 128.

como demasiado bajas las cantidades concedidas en concepto de dinero de dolor, máxime si se comparan estas cifras con las que se señalan cuando se trata de una lesión de los derechos de la personalidad (87).

2. *Comercialización.*

En el caso de que exista una comercialización de daño no patrimonial, el cálculo concreto del daño se realiza de la siguiente forma: en el caso de unas vacaciones transcurridas sin provecho, el cálculo del daño patrimonial se lleva a cabo según la retribución laboral del perjudicado, independientemente de que el salario haya seguido siendo pagado durante este tiempo o no (88). En el caso de que un automóvil haya resultado dañado y la persona afectada se haya decidido a alquilar un vehículo, ésta percibirá como indemnización el 80 por 100 del importe de la factura del alquiler o el 100 por 100 deducidos los ahorros que esto le haya reportado (89). Si no alquila un coche o se conforma con el vehículo dañado, el cálculo de los daños no se realiza de forma concreta, sino abstracta: el perjudicado percibe el 30 por 100 de los gastos de un coche de alquiler o el 50 por 100 deducido un 20 por 100 de ahorro propio (90).

VI. *EL PROYECTO ALEMAN*

Una nueva redacción del parágrafo 847 BGB se ha realizado a través del proyecto de reforma de la ley para modificación y ampliación de las disposiciones sobre daños jurídicos (91). Este texto hace suyos los principios reiteradamente aplicados por la jurisprudencia: de acuerdo con ello deberían reconocerse un resarcimiento pecuniario equitativo, incluida una reparación por la injusticia cometida, en todos los casos en que se produzca una lesión grave de los derechos de la personalidad. Independientemente de la gravedad de la lesión, en el caso de lesión corporal o de la salud y en el caso de privación de la libertad se concede además una indemnización del daño inmaterial sobrevenido. En el texto legal se encuentra

(87) Con ocasión del caso *Herrenreiter* fueron concedidos 10.000 DM; en el caso de la lesión de la esfera privada mediante publicaciones a través de la prensa, se han concedido recientemente 5.000 DM como satisfacción pecuniaria (OLG Köln 17-1-1973, ob. cit., loc. cit.). Sobre la discrepancia existente entre la determinación del dinero del dolor en el supuesto de lesión del derecho general de la personalidad y la valoración de los daños contra la salud véase especialmente *TEPLITZKY, NJW* (1966), loc. cit.

(88) Véase OLG Frankfurt, 17-2-1967, ob. cit., loc. cit.; KG, 10-10-1969, ob. cit., loc. cit.; véase también *ERMAN (-Sirp)*, I, § 249, BGB Rz.61.

(89) BGH, 17-3-1970, ob. cit., loc. cit.

(90) BGH, 30-9-1963, ob. cit., loc. cit.; 15-4-1966, ob. cit., loc. cit.; 17-3-1970, ob. cit., loc. cit.

(91) Vid. supra nota 48.

asimismo la doble función atribuida al dinero del dolor: la función de indemnización y la función de reparación. La primera de ellas se dirige a otorgar a la víctima un resarcimiento equitativo por la disminución o el perjuicio ocasionado a la alegría de vivir. En su función de reparación, la indemnización en dinero tiende a compensar los daños espirituales padecidos. Esta función no se produce cuando el causante del daño haya procedido sin culpa por su parte.

En atención al principio de general equiparación entre el hombre y la mujer, se ha renunciado a tipificar el supuesto de hecho especial de lesión del honor de la mujer (§ 847, II BGB), dado que este caso se encuentra ya comprendido dentro del supuesto de hecho, ampliado, objeto de tratamiento de la nueva regulación legal.

También se ha tomado en cuenta el principio de prioridad de la restitución natural de forma que, al tenor del párrafo 2 del parágrafo 847 BGB en su nueva redacción, está excluido el resarcimiento pecuniario siempre que sea posible la rehabilitación del derecho lesionado y éste resulte adecuado para resarcir al perjudicado. También en los casos en que se haya llevado a cabo una reparación por una vía distinta a la de carácter pecuniario (por ejemplo, en el que el causante de la ofensa se disculpa más allá de la simple retractación). Por otra parte puede concederse dinero del dolor en los casos de comisión de un delito, pero no en los de transgresión de las obligaciones contractuales. El que quiera protegerse contra este último supuesto tiene ya a su disposición el recurso técnico de la cláusula penal. Finalmente, previene el proyecto la posibilidad de una pretensión al dinero de dolor en los casos de responsabilidad objetiva, lo cual constituye una importante novedad respecto del derecho vigente. Una pretensión al dinero del dolor por razón de haber padecido daños espirituales no se regula en el proyecto.

VII. *CONSIDERACIONES FINALES Y DE CARACTER COMPARADO*

Comparando la problemática de los daños inmateriales en los ordenamientos que aquí han sido examinados, lo primero que llama la atención es el diverso planteamiento dogmático de los Derechos español y alemán frente a este problema. En Derecho alemán se ha reconocido desde muy temprano la existencia de los daños inmateriales y, de acuerdo con las necesidades y presupuestos jurídicos de la época —finales del siglo pasado—, la regulación de esta materia se ha llevado a cabo, sistemáticamente, dentro de la disciplina del resarcimiento de daños. Esta es la orientación seguida en el Código civil vigente. El tema de la indemnización de daños y perjuicios ha sido afrontado por el legislador español con un carácter más generoso. En contraste con las disposiciones del BGB, la ley española ha preferido la técnica de cláusula general.

Los cambios sociales producidos a lo largo del presente siglo,

como consecuencia de un proceso de tecnificación ininterrumpido, plantean la cuestión de si no sería necesario imprimir, precisamente a este sector del derecho de resarcimiento de daños, un ritmo de transformación paralelo. Mientras que en Derecho alemán las rígidas normas del BGB sitúan este temario ante dificultades dogmáticas casi insuperables, el ordenamiento español, gracias al carácter flexible de sus disposiciones, dispone de un ámbito "constructivo" mucho más amplio. Si bien es cierto, por ejemplo, que la jurisprudencia española ha reconocido de forma vacilante, en los primeros momentos, el principio de la posibilidad de sustitución de los daños inmateriales; una vez admitido este principio ha podido adaptar con flexibilidad el ámbito de aplicación de su normativa a los supuestos de hecho de la realidad social, por la vía de la actuación de los Tribunales. Esto se ve con particular claridad respecto de las disposiciones del Derecho de delitos civiles, cuyo alcance y aplicación han sido ampliados de forma ininterrumpida por los Tribunales. Por otra parte, tampoco ha sido necesaria una dilución de la frontera entre daños materiales e inmateriales a través de la comercialización de los daños no patrimoniales, como ha sido realizada en Derecho alemán. En este ordenamiento, la jurisprudencia tropieza con graves dificultades para poder dar, en este sector, una respuesta equitativa a las constantes exigencias de una realidad práctica en constante evolución. Esto no quita, como hemos visto, para que se esfuerce por desasirse de los patrones dogmáticos que la cercan, y haya intentado superar estas dificultades mediante el recurso a la lesión de los derechos de la personalidad.

Ambos ordenamientos coinciden en que de lo que se trata en la presente problemática es, básicamente, de adoptar una decisión de carácter político-jurídico. La cuestión no es otra que resolver si existe una necesidad social de incorporar determinados intereses al plano de la tutela jurídica frente a los actos ilícitos y si entre los intereses contrapuestos del causante del daño y de la víctima existe una cierta prioridad.

Esta cuestión ha sido resuelta de forma análoga en ambos ordenamientos. En líneas generales puede afirmarse que la cobertura de protección jurídica en el sector de los daños de carácter extrapatrimonial es la misma en uno y otro. La diferencia más notable es que en Derecho alemán, al revés de lo que sucede en Derecho español y en los restantes ordenamientos latinos, no se concede dinero del dolor en los supuestos de fallecimiento de un pariente próximo. Por lo demás, la pretensión al dinero del dolor está configurada en Derecho español en términos más amplios que en el alemán.

Respecto del cálculo del dinero del dolor parten los dos ordenamientos de criterios parecidos. Tanto en Derecho alemán como en el español se confía al juzgador de instancia la función de determinar la cuantía de la indemnización. Hay que observar, a este respecto, que en Derecho español falta casi siempre una indicación detallada, en las sentencias, de la valoración del daño. Esto, lo mismo

que sucede en Derecho alemán respecto de la falta de uniformidad en el cálculo de la indemnización pecuniaria, dá lugar a una cierta inseguridad jurídica. Importante es constatar, en todo caso, que las cantidades indemnizatorias impuestas por los Tribunales españoles son notablemente inferiores a las que señala la jurisprudencia alemana. Sin duda es cierto que, en los casos de lesión de los derechos de la personalidad, los Tribunales alemanes se han excedido en la fijación de la compensación, y que estas altas cantidades carecen frecuentemente de justificación social. Por otra parte, no debe perderse de vista que, dado el elevado número de accidentes de tráfico, un aumento de las cantidades indemnizatorias tendría graves consecuencias para la economía nacional, y no sería prudente subestimar la importancia de este hecho. La cuantía del dinero del dolor depende, decisivamente, de la existencia y pago de la prima.

No hay que ignorar, sin embargo, que para el perjudicado la cuestión capital es la de la cuantía de la indemnización. En este sentido, la necesidad social de incorporar determinados intereses a la esfera de protección jurídica frente a la conducta ilícita depende precisamente de los efectos de esta tutela. La cuestión de si una semejante necesidad existe, ha de resolverse de acuerdo con la significación existencial que para el perjudicado tiene el interés lesionado. En el caso de que se reconozca esta significación como un objeto digno de tutela jurídica, habrá de expresarse con ocasión del resarcimiento también este extremo, a saber, que se trata de un bien jurídicamente protegible.

VIDA JURIDICA

DICTAMENES

Disponibilidad de un inmueble adquirido con destino a asilo de ancianos por un ayuntamiento.

I. SUPUESTO DE HECHO.—Con fecha de diez de julio de mil novecientos quince, el Notario de, don, autorizó en dicha ciudad una escritura, calificada de «donación inter vivos», por la que don T., casado y hoy fallecido, tras de exponer que era dueño de una determinada finca por compra anterior—en estado de casado con la misma persona que era su esposa, hoy también fallecida, al tiempo de hacer la aludida donación—, compra que aparece inscrita en el Registro de la Propiedad, procedió, por sí solo y sin comparecer su aludida esposa, a segregar una determinada parcela de terreno de la expresada finca general, manifestando la construcción sobre tal parcela segregada de un edificio enclavado y rodeado del resto del terreno segregado destinado a jardín, paseos y huerta y, seguidamente, dijo en la expresada escritura: «Deseando el don T. dar una prueba del respeto y profunda veneración que le inspira la memoria de sus finados padres..., hace donación perfecta e irrevocable a la institución de Beneficencia municipal de esta ciudad, sostenida única y exclusivamente con fondos del Excmo. Ayuntamiento de la misma, del edificio que se describe anteriormente con el jardín, paseos y huerta que le circundan... Manifiesta el Sr. donante que la presente donación no es inmensa, ni a nadie perjudica, pues carece de ascendientes y descendientes y además se reserva en plena propiedad bienes más que suficientes para vivir en el estado que corresponde a sus circunstancias, imponiendo a la Entidad donataria las siguientes CONDICIONES: *Primera:* El edificio donado se destinará única y exclusivamente a Asilo de ancianos de ambos sexos en número aproximadamente igual de una y otro, no pudiendo en ningún caso ni bajo ningún pretexto ser vendido, hipotecado en todo o en parte lo mismo el edificio que el jardín, paseos y huerta que le rodea.—*Segunda:* Siendo el referido terreno que rodea el edificio condición esencial para la salubridad e higiene del mismo, el Ayuntamiento no podrá construir en él otros edificios, ni aún para fines análogos; tampoco podrá dividir la galería principal destinada al esparcimiento de los asilados; igualmente serán respetadas las habitaciones destinadas a las Hermanas de la Caridad, así como también las que se destinan y constituyen la casa del Sr. Administrador.—*Tercera:* Si por cualquier causa llegare a desaparecer el edificio, no podrá el Ayuntamiento dedicar el solar más que a construir en él otro que se destine también a casa de Beneficencia...».

El Excmo. Ayuntamiento de, a través de su representante en la dicha escritura, otorgó en la misma lo siguiente: «Y llevando a debido efecto el acuerdo de la Excm. Corporación Municipal... acepta la presente donación con todas las condiciones que se establecen en el presente instrumento, las que serán

religiosamente cumplidas, quedando la expresada Corporación altamente reconocida a la liberalidad y filantropía del don T.»

La referida escritura no se sabe si fue presentada o no a inscripción en el Registro de la Propiedad, ni, caso de que lo fuera, las razones por las que no se inscribió; es lo cierto que tal escritura no aparece inscrita en el Registro de la Propiedad. En cambio, la finca que se dice donada en la repetida escritura se halla reseñada en el Inventario de Bienes Municipales, como bien afecto al servicio público municipal de Beneficencia, sin que en tal Inventario aparezca limitada la propiedad de tal finca, ni transcritas ninguna de las condiciones consignadas en la escritura pública de referencia, si bien, de hecho, tales condiciones han sido cumplidas, estando destinado el inmueble ininterrumpidamente, desde la fecha de la llamada donación hasta el momento presente, a los fines deseados por el transmitente, don T.

II. *CONSULTA*.—Habida cuenta de que el inmueble a que se refiere el supuesto de hecho se halla actualmente, por consecuencia del gran desarrollo de la ciudad de, ubicado en una zona hoy totalmente urbanizada y prácticamente edificada en una gran parte, así como el edificio en sí mismo no reúne las condiciones indispensables en estos tiempos para atender a las finalidades deseadas, en detrimento todo ello de estas propias finalidades, y, por tanto, de la debida atención a los ancianos asilados, el Excmo. Ayuntamiento de plantea la cuestión de si cabe o no la posibilidad de que pueda vender el inmueble interesado, previo traslado del Asilo a unas nuevas y modernas instalaciones que se construirían en otros terrenos del propio Ayuntamiento mucho mejor situados en la actualidad para las finalidades deseadas; todo ello, según se dice, contando con la anuencia de los herederos del transmitente del inmueble actual y comprometiéndose el Ayuntamiento a asumir, respecto de los nuevos terrenos e instalaciones, idénticas obligaciones a las que se derivan de las condiciones contenidas en la escritura referida en el supuesto de hecho. La consulta se solicita en orden al aspecto jurídico-civil de la cuestión.

III. *DICTAMEN*.—La cuestión planteada tiene, sin duda, una faceta administrativa, sobre la que se llama la atención y a la que por necesidad se ha de hacer alguna referencia en el presente dictamen, pero que, por principio, queda excluida, en general, del mismo, ciñéndome, pues, principalmente, al aspecto jurídico-civil del problema, que es el aspecto solicitado.

1.—*De la naturaleza jurídica del negocio formalizado en la escritura otorgada entre don T. y el Excmo. Ayuntamiento de con fecha de 10 de julio de 1915*.—Esta es, en mi opinión, la cuestión esencial que hay que dilucidar. Tal negocio jurídico se halla calificado en la escritura como de «donación inter-vivos» y, a primera vista, parece, en efecto, serlo. Sin embargo, es menester profundizar en el problema, teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que no se hace preciso citar por su notoriedad, de que los contratos y actos jurídicos han de ser regulados conforme a su verdadera naturaleza y no con relación al nombre con que han sido llamados, dado, por otra parte, que la calificación notarial es un simple juicio, sin valor vinculante alguno en cuanto al fondo del negocio. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la naturaleza jurídica de un negocio

no es un «a priori» dogmático, sino que es la síntesis lograda tras de analizar, bajo la luz normativa, el supuesto de hecho.

Entrando en materia, debe destacarse, como principio fundamental, el de que la característica esencial de toda donación es la «gratuidad», es decir, utilizando términos del artículo 618 de nuestro Código civil, que sea «un acto de liberalidad», por el cual se dispone «gratuitamente» de una cosa «en favor» de una persona. Prescindiendo del debatido problema de si la donación en nuestro Código civil es un contrato o no, es lo cierto que la donación requiere objetivamente para serlo el que haya un enriquecimiento para el donatario (Cfr. S.T.S. de 2 de abril de 1928 y 7 de diciembre de 1948, entre otras).

Inicialmente, en el negocio determinante del dictamen parece haber ciertamente una liberalidad para el Ayuntamiento adquirente, un enriquecimiento gratuito a su favor. Ahora bien, cuando el transmitente don T. hizo la que se llamó «donación perfecta e irrevocable», no lo llevó a cabo pura y simplemente, sino que, al hacerlo, impuso a la Entidad donataria diversas «condiciones», de las que ahora nos interesa sólo la primera, a saber: «El edificio donado se destinará única y exclusivamente a asilo de ancianos...». Es decir, que la llamada donación lleva implícita una *obligación de destino* para la Entidad donataria y, precisamente, una obligación taxativa e inexcusable. Es claro que, de haber donación, nos hallamos ante una donación de las llamadas «onerosas», «con carga» o, más técnicamente, «modales», cuya definición y regulación en el Código civil no es ciertamente muy clara.

Nuestro Código civil alude a donación en que se imponga al donatario un gravamen (artículo 619), a donaciones con causa onerosa (artículo 622), a donaciones onerosas (artículos 626 y 638) y a donaciones en que el donante imponga «condiciones» al donatario (artículo 647), interpretada por la jurisprudencia la palabra «condiciones», que utiliza este artículo, no en su sentido técnico, sino en el vulgar de «obligaciones o cargas» (Cfr. S.T.S. 3 de noviembre de 1931). Estos artículos son lo que principalmente parecen referirse, y así lo entiende la doctrina, a las donaciones modales dentro de nuestro primer cuerpo legal.

Ahora bien, del artículo 619 del Código civil se desprende «a sensu contrario» un requisito fundamental para que una donación con gravamen siga siendo tal donación, y es el de que el *gravamen sea inferior al valor de lo donado*, lo que avala el carácter esencial que tiene la gratuidad en la donación. Ante tal exigencia legal, procede preguntarse si, en el caso tratado, el gravamen impuesto al Ayuntamiento donatario —obligación de destinar el inmueble donado a asilo de ancianos— es o no inferior al valor del propio inmueble donado. Obsérvese de pasada, aunque luego volveremos sobre ello, que tal obligación se impone a perpetuidad, hasta el punto de que está reforzada con una prohibición de disponer u obligación de no disponer —esto lo veremos más adelante— indefinida respecto del mismo inmueble donado.

Ante todo, debe destacarse que no podría argumentarse, a mi juicio, para defender la tesis de que, en nuestro supuesto, el gravamen no es superior a lo donado, afirmando que, como el Ayuntamiento donatario —al igual que cualquier otro Ayuntamiento— tenía en la Ley Municipal de 1877 —vigente cuando se hizo la escritura—, como las tiene ahora, obligaciones institucionales de Beneficencia, en realidad siempre quedaría a salvo la gratuidad, pues se le daba, por

el negocio jurídico estudiado, *liberalmente* el elemento inmobiliario básico para cumplir la obligación benéfica de mantener un Asilo de ancianos. Y no podría argumentarse en tal sentido porque, aparte otras razones, las obligaciones de Beneficencia de los Ayuntamientos, lo mismo en la Ley de 1877 que actualmente, están supeditadas a la Legislación General de Beneficencia Pública, dentro de la cual, lejos de ser imperativo el mantenimiento continuo de Asilos de Ancianos por los Ayuntamientos, las obligaciones benéficas de éstos tienen un sentido meramente provisorio y como de simple canal hacia los establecimientos provinciales de Beneficencia, al menos por lo que toca a los establecimientos del tipo interesado.

Para mí es evidente que la condición, obligación, carga o gravamen impuesto por el transmitente don T. a la Entidad donataria *tiene un valor superior al inmueble donado*, dado que, por muy alto que se pretenda valorar tal inmueble, es indudable que el mantenimiento indefinido de un Asilo de ancianos supone económicamente mucho más que el valor del repetido inmueble, en el entendimiento de que, aunque el transmitente impusiera la citada condición u obligación de un modo general, sin concretar la amplitud y volumen del Asilo de ancianos, parece obvio que tal obligación o condición se refiere a una destinación a Asilo hasta donde pueda dar de sí la estructura y composición del inmueble que se dice donado, como prácticamente se ha venido haciendo por el Excmo. Ayuntamiento de Tal entendimiento se desprende netamente del negocio formalizado en una lógica interpretación del mismo. De hecho, volviendo al tema de la entidad del gravamen impuesto, es seguro que el gasto realizado por el Excelentísimo Ayuntamiento de para mantener, a lo largo de más de cincuenta años, dicho Asilo, supera con mucho al valor real del inmueble transmitido por don T.

Consiguientemente, nos hallamos con una llamada donación en la que el gravamen impuesto al donatario es notablemente superior al valor de lo donado..., lo cual ya no es, ni puede ser una donación, de acuerdo con la sustancia institucional de esta figura y, concretamente, de conformidad con el artículo 619 del Código civil interpretado, como se dijo, «a sensu contrario»... *¿Qué tipo de negocio jurídico es entonces el examinado?*

Por de pronto, es claro que debe desecharse toda idea de *fundación*, porque, aparte de que, de serlo, sería una fundación sin verdadera dotación, no hay nada en lo estipulado en la escritura interesada que permita deducir la voluntad del transmitente de crear una persona jurídica diversa del Excmo. Ayuntamiento de... para atender a las finalidades benéficas deseadas. El único adquirente y obligado es netamente la Entidad municipal, sin que pueda darse tampoco una interpretación distinta a las palabras de la escritura cuando dice «...hace donación perfecta e irrevocable a la *Institución de Beneficencia Municipal* de esta ciudad, sostenida única y exclusivamente con fondos del Excmo. Ayuntamiento de la misma...», pues es claro que la llamada «Institución de Beneficencia Municipal» *no tiene una personalidad jurídica diversa del propio Ayuntamiento, sino que es un simple «servicio» del mismo*, lo que explica el que fuera el Ayuntamiento mismo, a través de su legítimo representante, quien aceptara la llamada donación.

Y, entonces, a la búsqueda de la configuración jurídica del negocio estudiado, surge una de las figuras más problemáticas del Derecho: La del *negocio fiduciario*...

¿No será la figura examinada un negocio fiduciario? Anticipo mi opinión de que no creo en los llamados negocios fiduciarios, siguiendo en este punto íntegramente la posición del maestro *D. Federico de Castro y Bravo*, en su monografía «El Negocio Jurídico» (Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967). Podrá haber «titularidades fiduciarias», si así se quieren llamar, pero no «negocios fiduciarios», a cuyo efecto me remito a la citada obra. En todo caso, lo que me parece evidente es que, en nuestro caso, no puede hablarse ni de negocio fiduciario, ni de titularidad fiduciaria, porque, cualesquiera que sea la tesis que se mantenga sobre la naturaleza jurídica de tales figuras, siempre hay en ellas una *duplicidad de situaciones o un doble juego efectual* que no se percibe, en absoluto, en el negocio jurídico sometido a dictamen. En efecto, tanto si se mantiene la tesis del doble efecto real y obligacional (tesis la más generalizada en nuestra jurisprudencia), como si se mantiene la tesis de la doble propiedad—material y formal—(de la que hay también muestras en nuestra jurisprudencia), como, en fin, si se sustenta la tesis del profesor DE CASTRO de la doble cara de la titularidad—una aparente de titularidad plena y otra real de titularidad limitada—, tesis que parece aproximar la fiducia a la simulación relativa, como ha dicho GONZÁLEZ ENRÍQUEZ («Revista de Derecho Notarial», LIX, página 418), es lo cierto que en el llamado negocio fiduciario hay siempre una relación o situación interna de confianza y una relación o situación externa de titularidad frente a terceros. Como dice VALLET DE GOYTISOLO («Estudios sobre Derecho de cosas y garantías reales». Barcelona, 1962, página 115), «lo que caracteriza la verdadera fiducia es la efectividad real del acto traslativo frente al carácter oculto de la obligación impuesta al adquirente». *Nada de ello acontece en el supuesto contemplado, ya que en éste todo trasciende, desde un principio, al exterior, sin haber ninguna relación interna de «fiducia» o confianza. Lo que hay es una transmisión de propiedad neta y clara, sometida, es verdad, a una obligación de destino, pero con la peculiaridad de que esta obligación de destino es también externa, tanto si se entiende que condiciona la propiedad adquirida por el Ayuntamiento de..., como si se entiende que no condiciona tal propiedad. Esto que acabo decir que es lo que conduce a un planteamiento correcto del problema, partiendo del análisis del supuesto contemplado. Veamos.*

Si fuera posible, que sabemos que no lo es, configurar como una donación modal al negocio sometido a dictamen, es obvio que, en caso de no cumplirse por el Ayuntamiento la carga impuesta, entraría en juego, desde luego, la causa de *revocación* prevista en los artículos 647 y siguientes del Código civil (lo que se llama el efecto resolutorio del modo); es decir, que el negocio podría ser revocado por el donante o sus herederos, en los términos expresados por el propio Código, incluso con perjuicio para terceros no protegidos por el sistema registral, según se desprende del párrafo final del artículo 647, o sea, con efectos de *revocación real*. Supuesto que no cabe concebir el negocio como donación modal, ocurre preguntar: ¿Qué podrían hacer el presunto donante o sus herederos, en el supuesto contemplado, caso de que el Ayuntamiento no cumpliera la obligación de destino asumida en la propia escritura? Prescindiendo, de momento otra vez, porque lo veremos luego, del caso de que el Ayuntamiento vulnerara también la prohibición u obligación de no disponer impuesta en la misma escritura, plantee la pregunta indicada en el supuesto, por ejemplo, de que el Ayuntamiento,

sin enajenar el inmueble, lo destinara a cosa distinta de Asilo de anciano. ¿Qué acciones competirían, en tal supuesto, al presunto donante o sus herederos?...

Está fuera de toda duda que podrían utilizar una acción de cumplimiento, es decir, exigir que el Ayuntamiento cumpliera la obligación de modo específico o subrogado, pero el problema interesante es saber si tendrían o no también una acción revocatoria, resolutoria o como quiera llamársela, pero que produjera, bien con efectos reales, bien con efectos meramente personales —que esto ahora no nos interesa—, la ineficacia —entendida esta palabra en sentido amplio— del negocio formalizado, o sea, la vuelta a poder de los herederos del presunto donante del inmueble transmitido. Leyendo atentamente la escritura interesada, parece evidente que la obligación impuesta por presunto donante no puede interpretarse en el sentido de que el incumplimiento de tal obligación fuera considerado por dicho transmitente como una *condición resolutoria*, al menos explícita o expresa de la transmisión, pero también parece evidente, por el tenor taxativo e imperativo —«se destinará única y exclusivamente»— de tal obligación, reforzado por la obligación de no disponer o prohibición de disponer que también se impuso, que la transmisión efectuada por don T. está supeditada, en todo caso, al cumplimiento por el Ayuntamiento de la obligación de destino impuesta.

Pues bien, como es sabido, hay una cierta clase de obligaciones jurídicas en las que la facultad de resolverlas se entiende implícita, para el caso de que uno de los obligados no cumpla lo que incumbe. Son las obligaciones llamadas *bilaterales, sinalagmáticas o recíprocas* (artículo 1.124 del Código civil)... ¿Puede entenderse que en el supuesto contemplado hay obligaciones propiamente recíprocas, que estarían apoyadas en una especie de contrato innominado del tipo «do ut facias»? La primera dificultad con la que nos encontramos para una semejante configuración es que la *obligación asumida por el Ayuntamiento* —destinar el inmueble a Asilo de Ancianos— *no va en «beneficio» del donante, sino de terceros indeterminados* —los ancianos—. Ahora bien, lo que sí es cierto es que tal obligación del Ayuntamiento fue asumida por éste «frente» al presunto donante y precisamente porque el mismo le transmitió en el propio acto el inmueble que habría de servir de base física para el cumplimiento de la obligación asumida. E, igualmente, parece cierto que la transmisión hecha por don T. lo fue por razón de la obligación de destino asumida por el Ayuntamiento, como lo demuestra el hecho evidente, por el tenor de la escritura ya antes encaecido, de que, de no asumir tal obligación el Ayuntamiento, don T. no le hubiera transmitido el inmueble. Por otro lado, parece también claro que en don T. hubo una intención de gratuidad, de liberalidad, que es lo que, en último extremo, le condujo a formalizar el negocio, negocio que, sin embargo, como ya vimos, no puede ser configurado como una verdadera donación desde el punto de vista del Ayuntamiento, porque éste no se enriqueció en nada, asumiendo, por el contrario, una obligación que le empobrece. Los verdaderos destinatarios de la liberalidad de don T. son unos terceros indeterminados —los ancianos—.

Todo lo expuesto parece complicarnos aún más la cuestión. Por un lado, el negocio parece —y es— gratuito desde el punto de vista de don T., pues hay una liberalidad de su parte (Cfr. art. 1.274 C. c.), pero no lo es para el Ayuntamiento, que asume una carga superior al valor de lo que se dice donado (Cfr. artículo 619), aunque es una obligación que revierte en beneficio liberal y gratuito

de unos terceros indeterminados, por el cual lado parece —y así lo es— que el negocio es de nuevo gratuito. De otra parte, ateniéndonos a la relación presunto donante-Ayuntamiento, que son las únicas partes en presencia al formalizarse el negocio, parece claro que hay una reciprocidad, un sinalagma genético, consistente en que don T. *da* porque el Ayuntamiento *se obliga* a hacer en beneficio de terceros y el Ayuntamiento *se obliga* porque don T. *le da*.

A la vista, empero, del esquema acabado de trazar, cabe preguntarse si tal esquema no encaja perfectamente dentro del marco de un figura jurídica un tanto genérica y no exenta, desde luego, de complicaciones, sobre todo por su parca regulación legal en nuestro Derecho, pero cuya elaboración doctrinal —y en parte jurisprudencial— es bastante completa. Me refiero al llamado *Contrato a favor de tercero*.

Como es sabido, nuestro Código civil, en el párrafo segundo del artículo 1.257, regula, aunque con excesiva sobriedad, la «estipulación a favor de tercero». El tenor literal de tal precepto había conducido a la doctrina tradicional a pensar que lo que cabe entre nosotros es un contrato en el que, además de otras estipulaciones favorables a las partes contratantes, se contiene alguna estipulación a favor de un tercero, pero lo que no cabe es un entero contrato única y exclusivamente a favor de tercero. Sin embargo, la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1940 ha rechazado semejante criterio y ha reconocido plena eficacia a un contrato celebrado con el exclusivo fin de conferir derechos a un tercero, por las razones que en la misma Sentencia se indican y que no creo necesario expresar.

Poniendo en contacto la aludida figura del contrato a favor de tercero con el supuesto contemplado, parece que, efectivamente, en éste hay un contrato de tal tipo, ya que, en definitiva, don T. y el Ayuntamiento pactaron exclusivamente algo que no les beneficia, sino que beneficia únicamente a unos terceros ajenos al contrato, como son los ancianos que habrían de albergarse y ser atendidos en el asilo. Surge, empero, en este punto, un posible escollo, cual es el de la indeterminación inicial, en el supuesto contemplado, de los terceros beneficiarios... ¿Cabe en nuestro Derecho un contrato exclusivamente en favor de *terceros indeterminados*? El artículo 1.257 del Código civil parece estar pensando, desde luego, en un tercero determinado, pero, institucionalmente, no parece que haya inconveniente alguno en admitir que se trate de terceros indeterminados, siempre que los mismos sean determinables en base a alguna circunstancia futura, como dicen los tratadistas Pérez González y Alguer. Hay que tener en cuenta que la tesis de la exigencia de la absoluta determinación inicial responde, en mi opinión, a una supervaloración que, por influjo romanista, se pretende dar a la *aceptación por el tercero*. En verdad, esta *aceptación por el tercero* no influye directamente en la estructura de la figura, ni se incluye en ella, siendo simplemente una especie de «*conditio iuris*» de tipo funcional, en el sentido de completar la eficacia de la figura. En efecto, conforme al artículo 1.257 Código civil, la *aceptación por el tercero* cumple simplemente la doble función de *permitir al tercero exigir el cumplimiento* de la prestación a su favor y de *excluir la posibilidad de revocación* por parte del llamado promisorio, pero no puede afirmarse que sea requisito o presupuesto constitutivo de la figura, que puede vivir y desplegar su eficacia sin necesidad de la *aceptación por el tercero*, dado que, en base a la necesaria relación

entre el promitente y promisario (llamada «de cobertura»), es evidente —y a ello nos referimos luego— que el promisario, aparte de la posibilidad de revocación que señala el artículo comentado, tiene una acción de cumplimiento e, incluso, una acción de resolución en caso de incumplimiento por parte del promitente.

Ahora bien, el problema es el del grado de determinabilidad admisible en relación con el tercero inicialmente indeterminado y los requisitos de tal determinabilidad. Es indudable que, en el supuesto contemplado, hay una cierta determinación genérica inicial, dado que el Asilo ha de destinarse necesariamente, por imposición del presunto donante, a «ancianos de ambos sexos, en número aproximadamente igual de uno y otro». Entonces, la cuestión que se suscita es la de si la determinación de los ancianos concretos que han de disfrutar del Asilo se puede dejar a la voluntad del promitente, o sea, en nuestro caso, del Ayuntamiento obligado. Parece obvio que el presunto donante quiso dejar tal determinación al arbitrio del propio Ayuntamiento, pero surge, entonces, el problema de si tal facultad no tropezará con lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código civil, que prohíbe dejar al arbitrio de uno de los contratantes *la validez y el cumplimiento* de los contratos. PUG BRUTAU (*Fundamentos del Derecho Civil*. Tomo II, volumen I, Barcelona, 1954, pág. 279) cree posible, sin que sufra el artículo 1.256, pero sin dar mayores explicaciones, que la determinación del beneficiario, en los contratos a favor de tercero, quede a la voluntad del promitente, siempre que sea «dentro de ciertos límites», citando, como ejemplo de éstos, «entre determinadas personas necesitadas». A mi juicio, es perfectamente posible que la determinación concreta del tercero o de los terceros quede al arbitrio del promitente *siempre que haya una inicial determinación o determinabilidad genérica* que concrete o canalice la prestación a realizar por parte del promitente. Lo que vulneraría el artículo 1.256 sería dejar totalmente indeterminado o indeterminable al tercero, pero no que el promitente concrete al beneficiario dentro de los límites de la prestación a que se obliga y de la genérica determinación hecha por el promisario. Es claro, en recta hermenéutica contractual, *que lo que quiso don T. en el supuesto contemplado, fue que el Ayuntamiento asilara ancianos en el inmueble por aquél transmitido, sin más matizaciones, por lo que la determinación concreta de los ancianos no puede decirse que afecte ni a la validez, ni al cumplimiento de lo estipulado...*

Problema distinto es el de saber a quién corresponde o habría de corresponder la aceptación del contrato a favor de tercero en el supuesto contemplado, dado que los ancianos beneficiarios son y han de ser, por necesidad, variables, determinándose sucesivamente por el Ayuntamiento... ¿A los correspondientes órganos de la Beneficiencia Pública?... ¿Al Ministerio Fiscal?... He aquí un problema interesante en teoría, pero que, a los efectos de mi dictamen, no creo tenga trascendencia, pues, sea quien sea al que corresponda dicha aceptación, no consta que la misma haya recaído, sin que, vuelvo a repetirlo, el hecho de que tal aceptación no haya recaído tenga trascendencia para la configuración institucional del contrato a favor de tercero, dado que sólo tiene interés a los efectos de la acción de cumplimiento por parte de los terceros y de la irrevocabilidad por parte del promisario. Lo acabado de indicar se hace con la reserva de los aspectos administrativos de la cuestión, que, por principio, quedan fuera del dictamen.

Encajado, a mi juicio cabalmente, el supuesto contemplado dentro del esquema

institucional del «Contrato a favor de tercero», procede hacer, bajo tal prisma, un análisis atento de las relaciones jurídicas presentes en tal supuesto, particularmente la llamada *de cobertura*, o sea, la que se creó entre el promisorio (don T.) y el promitente (Ayuntamiento).

Ha quedado claro a lo largo de mi exposición, según creo, que la relación don T.-Ayuntamiento no puede concebirse como donación, ni, en general, como contrato a título gratuito, porque, aunque hay empobrecimiento e intención liberal en don T., no hay enriquecimiento para el Ayuntamiento, sino, al contrario, empobrecimiento e intención liberal también en éste, por razón de la entidad de la obligación asumida por el mismo. *El enriquecimiento, la gratuidad, tiene por destinatarios a los terceros —los ancianos—...*

Lo expuesto nos revela que el aspecto estrictamente gratuito del supuesto se manifiesta únicamente en la relación promisorio (don T.)-terceros (ancianos) y en la situación de hecho —ausente la aceptación por los terceros— derivada del cumplimiento por el promitente (Ayuntamiento) de su obligación de asilar a los terceros. Ello quiere decir que la causa de la relación promisorio-terceros (la llamada relación «de valuta») es, como suele ser lo normal en las estipulaciones o contratos a favor de tercero, una «causa donandi».

¿Qué naturaleza jurídica tiene, en el supuesto contemplado, la relación de cobertura, es decir, la relación entre don T. y el Ayuntamiento?... Para mí es claro que se trata de una relación de tipo oneroso y, además, bilateral o sinalagmática, según se desprende de todo lo que llevo dicho. Don T. dio porque el Ayuntamiento se obligó a hacer y el Ayuntamiento se obligó a hacer porque don T. le dio. Tratando de concretar la naturaleza cuestionada, parece que tal relación encaja perfectamente dentro del molde de lo que los romanos llamaron «datio ob causam», o sea, la figura atípica en que existía una obligación a cargo de alguien respondiendo a una causa no tipificada por el ordenamiento; dentro de tal figura de la «datio ob causam» incluye el tratadista alemán ENNECERUS la donación modal en que el valor de la carga excede del valor de lo donado cuando no quepa configurarla —y este es nuestro caso— como una transmisión fiduciaria. E igualmente podría pensarse a la vista del concepto que da PUIG BRUTAU¹ de la «datio ob causam», cuando dice que es «la entrega de una cosa para que con ella o con su valor el donatario trate de alcanzar un determinado resultado» (Op. cit., tomo II, vol. II, pág. 113).

Ahora bien, más que la calificación concreta de la relación, nos interesa su entramado sustancial; y este entramado sustancial consiste, a mi modo de ver las cosas, en que se trata de una relación *onerosa*. Según ha dicho TORRALBA¹ SORIANO (*El modo en Derecho Civil*, Madrid, 1967), con relación a la «datio ob causam», «como el resultado que se propone el que realiza la entrega (de la cosa) no es el de proporcionar una ventaja a la otra parte, sino el imponerle una obligación que tiene función instrumental respecto al ulterior fin de la liberalidad que se propone el sujeto, debe excluirse la naturaleza gratuita del acto, el cual debe calificarse de *oneroso* (contrato atípico «do ut facias» o «do ut des»)».

Pero, además, es, en mi opinión, una relación *bilateral o sinalagmática*, porque entre la prestación que hizo don T. y la asumida por el Ayuntamiento hay una conexión genética de interdependencia, según todo lo que ha quedado expresado.

No interesan, para los efectos del dictamen, mayores matizaciones en orden a

la naturaleza jurídica del negocio contenido en la escritura determinante de nuestro informe. Lo que sí interesa es sacar algunas consecuencias de los hallazgos que se han hecho. Sentaré, pues, esas consecuencias, como premisa previa para continuar el dictamen:

A) En el supuesto contemplado, hay, en verdad, *un contrato a favor de terceros*, en el que es promisorio don T., promitente el Ayuntamiento y beneficiarios los ancianos, cuya aceptación no consta. En este punto conviene hacer breve referencia a una cuestión, cual es la de si, dado que no consta la aceptación por los terceros y don T. ha muerto, podrán los herederos del propio don T. —solos o junto con los de la esposa de don T., problema de legitimación que veremos luego— revocar la transmisión hecha por el mismo don T. al Ayuntamiento, de conformidad con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 1.257 del Código civil. El problema es simplemente el de si la facultad de revocación que compete al promisorio, mientras no recaiga la aceptación por el tercero, es transmisible o no a los herederos del mismo promisorio. En principio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 661 del Código civil, parece que habría que admitir tal transmisibilidad o, mejor, heredabilidad de la referida facultad de revocación, pero no hay que olvidar que la herencia no alcanza a los derechos o facultades personalísimos del causante y, en base a una posible aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 653, párrafo primero, de Código civil para la revocación de donaciones por causa de ingratitud, cabría pensar en la no heredabilidad o en la limitada heredabilidad de la tratada facultad de revocación por el promisorio en los contratos a favor de tercero, tanto más cuanto que hay razones institucionales para pensar en la no admisión de tal heredabilidad, dado que, de admitirla, se correría el grave riesgo de vulnerar la voluntad del promisorio y de provocar enriquecimientos sin causa a favor de los herederos del mismo, los cuales, como dice PUIG BRUTAU, ajenos tal vez al móvil liberal que impulsó al promisorio, pueden mostrarse excesivamente predispuestos al ejercicio de dicha facultad de revocación. O, como dice el tratadista francés JOSSEMAND, no es admisible que los herederos del promisorio se encuentren colocados sistemáticamente entre su deber, que sería el de respetar la voluntad del difunto, y su interés, que les conduciría a usar del derecho de revocación (Cfr. PUIG BRUTAU, Op. cit., Tomo II vol. I, página 288).

B) La relación de *valuta* (o sea, la cruzada entre promisorio-don T. y terceros-ancianos) es una relación claramente gratuita o con «causa donandi», como lo es la situación de hecho creada entre el Ayuntamiento y los ancianos, dado que, tanto en la primera relación como en la segunda situación, hay empobrecimiento con ánimo liberal para don T. y el Ayuntamiento, respectivamente, y enriquecimiento gratuito para los terceros (ancianos).

C) La relación de *cobertura* (o sea, la cruzada entre promisorio-don T. y promitente-Ayuntamiento) es una relación onerosa y bilateral, lo que implica que, en principio, a tal relación hay que aplicarla, en sí misma considerada, todas las normas propias de los contratos onerosos y bilaterales, y muy en particular, las reglas sobre acciones de cumplimiento y resolución establecidas en el artículo 1.124 del Código civil (así, PUIG BRUTAU, lugar últimamente citado, pág. 284). Bien entendido que la acción resolutoria del artículo 1.124 no ha de confundirse con la facultad de revocación propia de los contratos a favor de tercero antes

cuestionada en el aspecto de su heredabilidad, ya que la *facultad de revocación* es del libre arbitrio del promisorio, sin más requisito que la falta de aceptación por el tercero, y la *acción resolutoria*, en cambio, requiere para su ejercicio el incumplimiento por parte del Ayuntamiento de la obligación por él asumida. Por supuesto que la acción resolutoria del artículo 1.124 —como la de cumplimiento prevista en el mismo artículo— es claramente transmisible a los herederos del promisorio, al contrario que la facultad de revocación propia del contrato a favor de tercero.

D) En suma, nos encontramos ante un contrato a favor de tercero no aceptado por los beneficiarios, pero que no puede ser ya revocado por haber fallecido don T. y no ser heredable la facultad de revocación; de donde se desprende, a mi juicio, la consecuencia de que, como el cumplimiento o, en su caso, la resolución de tal negocio depende exclusivamente del Ayuntamiento y de los herederos de don T. —solos o juntos con los de la esposa del propio don T., según vemos—, estas dos partes son las que pueden disponer, en principio, íntegramente del mismo negocio, sin perjuicio todo ello de lo que a continuación se dice:

2.—*De las prohibiciones impuestas por don T. al excelentísimo Ayuntamiento de...*: El transmitente don T. no se limitó a establecer, como condición del negocio tratado, una obligación de destino, sino que, además, impuso una serie de *prohibiciones* al Ayuntamiento adquirente. Efectivamente, en primer término, le impuso una, al parecer, prohibición de disponer —«no pudiendo en ningún caso ni bajo ningún pretexto ser vendido, hipotecado en todo o en parte lo mismo el edificio que el jardín, paseo y huerta que le rodea»—. En segundo lugar, le impuso también una, al parecer, prohibición de edificar en el terreno que rodea el edificio «ni aún para fines análogos», por ser tal terreno condición esencial para la salubridad e higiene del edificio, junto con una obligación de respetar ciertas dependencias del propio edificio. Y, por fin, le impuso una prohibición, para el caso de desaparecer el edificio, que se concreta en una nueva *obligación subsidiaria* para el Ayuntamiento —la de no destinar el solar más que a construir en él otro edificio que se destine también a casa de beneficencia—.

Dejando para luego lo relativo a la prohibición de disponer, voy a hacer breve referencia a las otras dos presuntas prohibiciones establecidas por don T. Ambas, en realidad, no son más que una matización o derivación de la general obligación de destino impuesta por el transmitente. En efecto, la de no edificar y respetar dependencias no es otra cosa que una matización de la obligación de destino; prohíbe la edificación e impone el respeto a las dependencias por entender que así se cumple mejor la obligación general de destinar el inmueble todo a Asilo de ancianos. Y en cuanto a la última prohibición, no es más, por un lado, que una derivación de la obligación general de destino —el solar, desaparecido el edificio inicial, sigue sin tener más vocación que la de servir de apoyo a una casa de beneficencia— y, por otro, una ampliación de las obligaciones del Ayuntamiento —construir un nuevo edificio para que sustituya al destruido en la general obligación de destino a Asilo de ancianos—. Precisamente, por no ser más que matizaciones, derivaciones o ampliaciones de la general obligación de destino, estas presuntas prohibiciones no pueden tener otro tratamiento jurídico que la misma obligación general de destino, sin que se las pueda dar, en sí mismas, una configuración ju-

rídico-real, ya que tan sólo la obligación de no edificar podría servir de contenido a una servidumbre, pero es obvio que en el supuesto contemplado faltan los requisitos institucionales para poder configurar la obligación de no edificar como una servidumbre, ni siquiera personal, propiamente dicha. Conviene destacar, empero, con relación a las prohibiciones acabadas de examinar, cómo en ambas parece traducirse, más claramente aún que en la formulación general de la obligación de destino, el carácter de «datio ob causam» que tiene relación entre don T. y el Ayuntamiento. Al establecer ambas prohibiciones se observa, a mi juicio, netamente la voluntad final de don T., cual es la de que el Ayuntamiento tenga y mantenga un Asilo de ancianos en las mejores condiciones posibles, teniendo la transmisión del inmueble un sentido más bien instrumental para tal fin. Así cabe de deducirlo de la preocupación de don T. porque los ancianos disfrutaran de salubridad e higiene y de su deseo de que, con uno u otro edificio, caso de destruirse el inicial, hubiera una casa de beneficencia atendida por el Ayuntamiento.

Veamos más detenidamente, ahora, la presunta *prohibición de disponer*. Como es sabido, nuestro Código civil es sumamente parco en la regulación de las llamadas prohibiciones de disponer; en realidad, más que de parquedad, podría hablarse de ausencia de regulación propiamente dicha, pues únicamente en un artículo —el 785, número 2— se refiere expresamente a ellas, precisamente para determinar que no surtirán efecto las disposiciones sucesorias que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aún la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781, límite que es el marcado para la sustituciones fideicomisarias y que consiste en que no pasen del segundo grado o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador. La generalidad de la doctrina, así como la jurisprudencia hipotecaria (Resoluciones de 25 de junio de 1904 y 15 de enero de 1918), entiende que dicha norma es aplicable también a las donaciones, al amparo de los artículos 640 y 641 del Código civil.

Fuera del Código civil, aparecen reguladas las prohibiciones de disponer, a los efectos registrales, en los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria, con arreglo a una distinción de procedencia romana. Las establecidas en actos a título gratuito tienen acceso al Registro y surten plenos efectos (artículo 26, 3.º). No son inscribibles, en cambio, las impuestas en actos a título oneroso prescindiendo de la posibilidad de que se garanticen realmente y sea inscribible la garantía real pactada (artículo 27). Este criterio de la Ley Hipotecaria vigente vino a plasmar legislativamente una abundante jurisprudencia hipotecaria anterior, a partir, tal vez, de la citada Resolución de 15 de enero de 1918, jurisprudencia que sentaba el principio de que las prohibiciones de disponer impuestas en actos a título oneroso no podían tener trascendencia real, limitando sus efectos a la esfera obligacional, de tal suerte que, realizado el acto de enajenación en contra de la prohibición establecida en un acto a título oneroso, el tercer adquirente no sufría las consecuencias de la prohibición, quedando indemne el acto de enajenación, sin perjuicio de las acciones puramente personales de resarcimiento que pudiera dirigirse contra el enajenante. Este criterio, que no ha dejado de sufrir críticas agudas por parte de algunos autores eminentes, en base al criterio de «numerus apertus» que, en materia jurídico-real, rige en nuestro Derecho, es, sin embargo, el más generalizado de nuestra doctrina y aparece recogido en la jurisprudencia más reciente, no sólo hipotecaria (Cfr. Resolución de 13 de diciembre de 1955),

sino también civil (Cfr. Sentencia del T. S. de 12 de noviembre de 1963, que argumenta sobre la base del artículo 27 de la Ley Hipotecaria). Las razones fundamentales alegadas por la doctrina y la jurisprudencia para negar eficacia real a las prohibiciones de disponer establecidas en actos a título oneroso estriban en el carácter institucional que la facultad dispositiva tiene en el seno del dominio y el evitar la amortización de la propiedad y las confabulaciones que tienen por objeto hacer inembargable un patrimonio (Cfr. ANGEL SANZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Tomo II, Madrid, 1955, pág. 465); por supuesto que hoy la razón más fuerte es la legal que se desprende del artículo 27 de la Ley Hipotecaria.

Después de estas breves indicaciones generales sobre las prohibiciones de disponer voluntarias en nuestro Derecho y que resultan imprescindibles para nuestro ulterior discurso, debemos volver al supuesto contemplado.

Por de pronto, debo destacar que, aunque fuera una verdadera prohibición de disponer con eficacia real la impuesta por don T. al Ayuntamiento, tal prohibición no podría, en mi opinión, surtir efecto alguno porque es una prohibición *perpetua* y tales prohibiciones, según lo que dijimos anteriormente, no surten efecto en nuestro Derecho (artículo 785, 2.º C. c.). Bien es verdad que podría argumentarse, amparándose en el propio precepto y en la aplicación analógica del llamado principio de conservación de la sustitución fideicomisaria que sanciona el artículo 786 del mismo Código civil, en el sentido de considerar que una prohibición *perpetua* de enajenar puede surtir efecto como temporal dentro de los límites establecidos en el artículo 781 del Código civil al que se remite el artículo 785, número 2, del propio texto legal, en cuyo caso se nos presentaría el grave problema de fijar tal límite en relación con nuestro supuesto. Como es sabido, es muy ardua la polémica sobre el significado que debe darse a la palabra «grado» empleada por el artículo 781 del Código civil, siendo una opinión la de que tal término ha de entenderse como «generación» y otra, opuesta, la de que debe entenderse como «llamamiento», sin que falte una intermedia, sostenida por ROCA SASTRE, que entiende debe mantenerse la tesis «grado-generación» cuando se trata de parientes y «grado-llamamiento» en otro caso. La dificultad de interpretación sube de tono cuando se trata de fijar el límite en relación con las prohibiciones de disponer, en las que no es preciso que exista algún beneficiario, e incluso hay quien considera que la prohibición de enajenar propiamente dicha es aquella en la que no hay beneficiario. La jurisprudencia, que yo sepa, no se ha manifestado sobre este problema de la interpretación de la palabra «grado» en relación con los límites de las prohibiciones de disponer. La doctrina que se ha ocupado del problema —MOXO, ROCA SASTRE— parece inclinarse a la tesis de que las prohibiciones de disponer no pueden afectar a más de tres titulares sucesivos del derecho sometido a la prohibición. Y, entonces, surge la cuestión, en relación con nuestro supuesto, de que, en tal supuesto, no puede hablarse en ningún caso de tres titulares sucesivos del dominio afectado por la prohibición, ya que el titular inicial es una entidad con vocación de perdurabilidad, una entidad permanente en tanto no se mude la organización local patria: El Ayuntamiento de... Cabría pensar, entonces, que, como, en nuestro caso, hay unos beneficiarios de la prohibición, en cuanto ésta está al servicio de la obligatoria destinación del inmueble transmitido, o sea, que sus beneficiarios son los ancianos asilados, lógico sería considerar, pues otra solución no cabe, que el límite de la prohibición quedaría fijado de modo que no pasara de tres gene-

raciones de ancianos, lo cual, empero, nos resolvería poco el problema, ya que nos conduciría a otra interrogante, cual es la de saber qué se debe entender por «generaciones de ancianos», a los efectos interesados.

Ahora bien, a nosotros, sin desentendernos totalmente de la anterior cuestión, harto dudosa en todo caso, nos interesa más examinar el juego y la trascendencia de la prohibición de disponer ordenada por don T. dentro del negocio jurídico contemplado. En tal aspecto, debe destacarse, en primer término, que tal prohibición tiene netamente un sentido instrumental dentro del interesado negocio, tal y como lo tienen las otras prohibiciones que impuso don T. y fueron anteriormente examinadas. En efecto, según se desprende del propio tenor literal de la escritura que formalizó el negocio, la prohibición de disponer es una consecuencia de la general obligación de destinación del inmueble impuesta por el transmitente; lo demuestra la misma oración gramatical, en la que, tras de imponer la general obligación de destino, se añade «no pudiendo...». Esto impulsa a pensar que, en verdad, la prohibición de disponer es como un elemento integrante más de la obligación general de destino, que trata de reforzarla, pero que no tiene un propio sentido aisladamente considerada, es decir, que don T. «prohibió disponer» porque «obligó a destinar» y, por tanto, parece, lo mismo que las otras prohibiciones impuestas por don T., que la examinada ahora debe recibir idéntico tratamiento jurídico que la general obligación de destino, en cuanto es como un ingrediente, por vía de refuerzo, de tal obligación.

A mayor abundamiento, cabe preguntarse si la prohibición de disponer tratada, prescindiendo del problema antes examinado de su perpetuidad, puede concebirse como una verdadera prohibición con eficacia jurídico-real o, por el contrario, ha de concebirse como un simple compromiso obligacional de no disponer carente de eficacia real. Ello equivale a tanto, según lo que antes vimos, cómo plantear el problema de si el acto en que la prohibición se impuso es un acto a título gratuito o un acto a título oneroso, lo que, a su vez, nos reconduce a la cuestión abordado en el apartado I del presente dictamen. De acuerdo con lo allí desarrollado, yo entiendo que, al menos para los efectos de la prohibición de disponer examinada, el acto en que la misma se impuso ha de estimarse como acto a título oneroso. Es cierto, como ya dije, que, a la postre, hay en el total negocio un aspecto de neta gratuidad, si atendemos a la relación de valuta (es decir, a la relación don T.-ancianos) y a la situación de hecho creada entre el Ayuntamiento y los propios ancianos, como consecuencia del cumplimiento por el primero de su obligación asumida frente a don T., pero también es plenamente cierto que el acto en sí mismo considerado y que se concretó en lo estipulado entre don T. y el Ayuntamiento (es decir, la relación de cobertura) es un acto o relación a título oneroso, como creo dejé demostrado en su momento. Hay que tener en cuenta, en efecto, que la prohibición de disponer está impuesta no al beneficiario de la gratuidad, sino al promitente —el Ayuntamiento—, que asume una obligación frente al que impone la prohibición, como contrapartida de la transmisión que se le hace. A los efectos ahora interesados, la única relación que puede ser valorada es la relación de cobertura, o sea, la relación entre don T. y el Ayuntamiento, que es, a mi juicio, claramente onerosa. En consecuencia, debe entenderse que la prohibición de disponer impuesta por don T. es una prohibición con meros efectos obligacionales, o sea, que no es una verdadera prohibición de disponer, sino un simple compro-

miso obligacional de no disponer, cuyo incumplimiento sólo podría determinar un resarcimiento de daños y perjuicios, en sí misma considerada. Ello avala, a mi juicio, el carácter accesorio que la prohibición de disponer tiene con relación a la general y fundamental obligación de destino asumida por el Ayuntamiento como contraprestación de la transmisión hecha por don T.

Habiendo llegado, pues, a la conclusión de que las prohibiciones impuestas por don T. al Ayuntamiento no son más que secuelas de la general obligación de destino establecida por el propio don T. y asumida por el Ayuntamiento, sin que a ninguna de ellas pueda serle atribuida una verdadera eficacia jurídico-real, en sí mismas consideradas, procede ahora que concretemos debidamente una afirmación que antes hicimos y que constituye, a mi modo de ver las cosas, la piedra angular sobre la que debe asentarse el dictamen.

3.—Disponibilidad del negocio contemplado por los herederos de don T. y el Ayuntamiento.

A) *De la validez del negocio enfocado desde el punto de vista de la legitimación de don T. para otorgarlo por sí sólo:* Es esta cuestión previa al tema de la disponibilidad del negocio por los herederos de don T. y el Ayuntamiento, siendo, incluso, previa a todo el dictamen. No obstante, la he dejado postergada hasta ahora por entender que su solución exigía un examen inicial de la naturaleza jurídica del negocio contemplado. Veamos.

Conforme al artículo 1.415 del Código civil, interpretado «a sensu contrario», en combinación con lo dispuesto en el artículo 1.413 del propio Código (en la redacción vigente cuando se otorgó la escritura interesada), y dado que, por no constar nada en contra, el inmueble que se dice donado era presuntivamente ganancial de la sociedad conyugal constituida por don T. y su esposa, parece que el otorgamiento hecho por dicho don T. adolece de un defecto de legitimación, consistente en no haber concurrido también al otorgamiento su mencionada esposa, ya que para donar bienes gananciales, según se desprende de los citados preceptos, no basta con la disposición por sí solo del marido, a no ser que se trate de las atenciones previstas en el artículo 1.409 del Código —que no es, desde luego, nuestro caso— o de «donaciones moderadas para objetos de piedad o beneficencia, pero sin reservarse el usufructo». El problema, tal vez, no podría plantearse si el Código hubiera autorizado al marido para donar, en general, con fines de piedad o beneficencia, pues es evidente que el acto otorgado por don T. es un acto de beneficencia. Asimismo, podría pensarse que no hay lugar al problema porque, si partimos del hecho de que la relación de cobertura (o sea, la cruzada entre don T. y el Ayuntamiento) es una relación onerosa y tal relación es la única verdaderamente instrumentada, don T. obró con plena legitimación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.413 en su primitiva redacción, que no exigía el consentimiento directo o suplido de la esposa para enajenar onerosamente bienes inmuebles gananciales.

Pero es el caso que una y otra consideración no desvirtúan ni excluyen el planteamiento de la cuestión ahora tratada. Empezando por la segunda de dichas consideraciones —el carácter oneroso de la relación de cobertura—, conviene señalar que una cosa es que, dentro del complejo contrato a favor de terceros que implica el supuesto contemplado, la relación de cobertura sea, en sí misma,

un acto a título oneroso y otra muy distinta que, desde el punto de vista de don T., abstracción hecha de la relación de cobertura que le liga con el Ayuntamiento, no haya habido un acto de liberalidad, un acto gratuito, una donación, en suma. En efecto, don T., con su acto, no enriquece propiamente al Ayuntamiento, pero, desde luego, empobrece su patrimonio ganancial, en cuanto saca del mismo un bien sin contraprestación alguna para tal patrimonio ganancial. No hay «causa donandi» en la relación de cobertura, pero *sí* la hay, como ya dijimos, en la relación de valuta (don T.-Ancianos), por lo que, en verdad, el acto de don T., al desprenderse del inmueble interesado, fue realmente una donación de un bien ganancial y, por tanto, en principio, la legitimación para tal acto habría de ser la propia de los actos a título gratuito de bienes gananciales, que requieren, como regla general, la intervención de la esposa, sin que aquí quepa valorar exclusivamente la relación de cobertura, como en el caso de las prohibiciones impuestas por don T., ya que ahora entra en juego el total mecanismo del contrato a favor de tercero.

Y, por lo que toca a la consideración de que se trata de una donación de beneficencia, la cuestión procede de que el Código autoriza que el marido haga por sí solo tales donaciones cuando son «moderadas», dejándonos, en consecuencia, planteado el grave problema de cuándo pueden ser consideradas «moderadas» tales donaciones de piedad o beneficencia. Es obvio, como dice el comentarista MANRESA, que la cuestión es de hecho y ha de quedar a juicio del juzgador, en caso de litigio, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y, muy en particular, la fortuna del donante, pero es el caso que estamos moviéndonos en un terreno extrajudicial y tratando de buscar soluciones no contenciosas a los problemas debatidos.

Admitido como evidente, por lo antes dicho, que, a los efectos ahora examinados, el acto realizado por don T. debe ser considerado como una verdadera donación y supuesta la incertidumbre en orden a si tal donación puede o no ser considerada como moderada, cabe plantearse el problema de la situación patológica, jurídicamente hablando, en que se encuentra o puede encontrarse el acto a título gratuito realizado por sí sólo por don T., habida cuenta de la no intervención de su esposa en el acto y dando por hipótesis que la donación no fuera «moderada». Téngase en cuenta a este efecto que el problema ha de suscitarse exclusivamente con relación a la fecha en que se realizó el acto y, por tanto, con referencia exclusiva a la legislación entonces vigente, sin tener para nada en cuenta las reformas operadas en el Código civil en el año 1958 con relación a la disponibilidad de bienes gananciales.

El problema sería éste: ¿Qué sanción jurídica tenían, antes de la reforma de 24 de abril de 1958 las donaciones de bienes gananciales no incursas en las excepciones señaladas por el artículo 1.415 del Código civil, realizadas por sí solo por el marido, es decir, sin la concurrencia de la mujer?... ¿Eran nulas de pleno derecho, anulables, rescindibles o determinaban otras consecuencias distintas?... Como dice MANRESA, atendiendo exclusivamente al tenor de los artículos 1.413 (antiguo) y 1.415, parece que la solución correcta era la de considerar nulas de pleno derecho tales donaciones —lo que acarrearía, digo yo, la consecuencia de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de las propias donaciones—, pero el propio MANRESA, y la mayor parte de los comentaristas,

destacaban que los referidos preceptos habían de ponerse en relación con el párrafo segundo del artículo 1.419 del propio C. c. (intocado, por cierto, en la reforma del año 1958), con lo que parece que había que llegar a la conclusión, avalada por alguna jurisprudencia, de que las donaciones ilegales hechas por el marido no podrían configurarse, en principio, como nulas, ya que lo que procedía era colacionar su importe al liquidar la sociedad de gananciales, solución, tal vez, injusta para la mujer, pero la única a la que parece había de llegarse en una lógica interpretación de los citados artículos del Código civil. MANRESA, en concreto, llegó a la siguiente conclusión, literalmente transcrita y que suscribo totalmente: «En resumen: el marido sólo puede donar los bienes gananciales dentro de los límites marcados en el artículo 1.415. Sin embargo, sólo la mujer o sus herederos pueden reclamar contra la validez de la donación, pues sólo en su interés se establece la prohibición. La mujer o sus herederos, para poder dejar sin efecto el acto, han de sufrir verdadero perjuicio, entendiéndose que no le hay hasta tanto que, terminada por cualquier causa la sociedad de gananciales, y hecha su liquidación, no pueda imputarse lo donado al haber por cualquier concepto del marido, ni obtener en su consecuencia la mujer la debida indemnización. La donación reviste, por tanto, legalmente, una eficacia condicional, y en armonía con este carácter, deben fijarse los efectos de la misma con relación a los adquirentes y a los terceros poseedores, teniendo, en su caso, en cuenta lo dispuesto en la Ley Hipotecaria». (Comentarios al Código civil, tomo IX, edición 1919, página 693.)

La conclusión obtenida obliga a pensar que el acto realizado, por sí solo, por don T. ha de reputarse, en principio, eficaz, sin que pueda prejuzgarse otra cosa en el presente dictamen, dado que no se han suministrado antecedentes en orden a lo ocurrido al liquidarse la sociedad conyugal que tuvieron constituida don T. y su esposa, al fallecimiento del primero de ellos, con relación al negocio jurídico contemplado.

A mayor abundamiento, debe señalarse que, aunque se reputara nulo de pleno derecho el acto realizado por don T., como consecuencia de la no concurrencia al otorgamiento de su esposa, y, por tanto, imprescriptible la acción de nulidad, de acuerdo con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, habría que tener en cuenta siempre las dos siguientes consideraciones:

1.^a Que una ratificación actual por parte de los herederos de la esposa de don T. purificaría de todo vicio el acto realizado, por sí solo, por dicho señor, si bien esto hace tránsito ya a la cuestión principal de la disponibilidad de dicho negocio y, en su caso, de las personas que están legitimadas para ello.

2.^a Que, en todo caso, aunque fuera imprescriptible la acción de nulidad del acto, ello no impediría, en mi opinión, el funcionamiento de la prescripción adquisitiva o usucapión extraordinaria del inmueble por parte del Ayuntamiento, que lo viene poseyendo en concepto de dueño, desde hace mucho más de treinta años, con todos los requisitos precisos para tal usucapión (Cfr. artículo 1959 C. c. y S.T.S. de 29 de enero de 1953 y 10 de noviembre de 1954, entre otras). No obstante, este tema de la posible usucapión extraordinaria del inmueble por el Ayuntamiento conduce a otras dos consideraciones, que conviene resaltar:

a) La de si tal usucapión sería, por así decirlo, una usucapión *pura* o, si por el contrario, sería una usucapión con las condiciones impuestas por don T. y con-

ducente, en consecuencia, a un dominio condicionado en los términos establecidos en la escritura interesada, problema que nos traslada al de la naturaleza jurídica de tales condiciones impuestas por don T., ya examinado y que será definitivamente dictaminado seguidamente al tratar del general problema de la disponibilidad del negocio. En principio, parece que sería una usucapión *pura*, en tanto en cuanto las condiciones impuestas por don T. no tienen sustancia jurídico-real propiamente dicha.

b) Otra consideración es la de que la prescripción, tanto la adquisitiva como la extintiva, son de exclusiva apreciación y declaración judicial, según reiterada jurisprudencia que no se hace preciso citar, por lo que, si no hubiera otro apoyo para defender la adquisición del inmueble por el Ayuntamiento que la de la usucapión, habida cuenta de la no concurrencia de la esposa de don T. al otorgamiento del negocio interesado, sería preciso, ante una negativa o imposibilidad de ratificación por parte de los herederos de dicha esposa, una declaración judicial de la referida usucapión para que el Ayuntamiento pudiera justificar su dominio sobre el inmueble interesado.

Esta última consideración nos lleva de la mano al problema de la calificación registral, desde el punto de vista de la legitimación de don T., del negocio contemplado y que, como ya se dijo, no consta inscrito, por razones ignoradas, en el Registro de la Propiedad. *El problema es el de si el Registrador podría negarse a inscribir la escritura en que se formalizó tal negocio en base a que, implicando una donación, no concurrió al otorgamiento la esposa de don T.* Por supuesto que una tal argumentación del Registrador de la Propiedad no podría ser enervada con la alegación de la adquisición por usucapión, al menos sin mediar una declaración judicial de haberse consumado tal usucapión —con la advertencia por otro lado, de que, si mediara una tal declaración, el título a inscribir ya no sería la escritura comentada, sino la declaración judicial de haberse consumado la prescripción adquisitiva, documentada en la forma pertinente. Ahora bien, habida cuenta de mi expuesta opinión, siguiendo los pasos de MANRESA y por las razones que quedaron expresadas, de que el acto realizado, por sí solo, por don T. no puede reputarse, en principio, nulo, ni siquiera anulable, sino, por el contrario, considerarse, en principio, eficaz, aunque su eficacia quedara supeditada a las resultas de la colación impuesta por el párrafo segundo del artículo 1.419 del C. c., cabría estimar que el Registrador no podría denegar la inscripción en base a la no concurrencia al acto de la esposa de don T., sino inscribir el acto, y realizarlo sin necesidad de hacer salvedad expresa alguna, porque las posibles consecuencias patológicas de tal acto estarían ya publicadas en el propio Registro por la simple circunstancia de hacerse constar que la disposición fue otorgada tan sólo por don T.

A estos efectos, podrían alegarse dos Resoluciones de la Dirección General de los Registros, en las que, sin abordar ciertamente el tema de modo directo, se partió de dos inscripciones anteriores en las que constaban sendas donaciones de bienes gananciales otorgadas únicamente por el marido, sin que la Dirección General hiciera, en ninguna de tales Resoluciones, la menor reflexión sobre la improcedencia de la inscripción de tales donaciones como consecuencia de haber sido otorgadas únicamente por el marido. Tales Resoluciones son de fechas 3 de octubre de 1924 y 13 de diciembre de 1963. Sin embargo, más recientemente, la misma Dirección General, en Resolución de fecha 6 de octubre de 1966, ha

venido a mantener claramente el criterio contrario, considerando que para inscribir las donaciones de fincas gananciales se precisa, como regla general, el consentimiento de ambos cónyuges, afirmando, incluso, que «la no prestación del consentimiento por uno de los esposos acarrea la nulidad plena de la transmisión verificada».

Sin entrar de lleno en el examen crítico de la Resolución últimamente citada, dejando constancia de que no comparto, como se expuso anteriormente, su criterio, lo que me interesa destacar es que la propia Resolución, como no podía por menos, deja a salvo de su dicha doctrina general los supuestos especiales del artículo 1.415, en que el marido puede donar por sí solo bienes gananciales; y, en tal sentido, creo que el Registrador no podría alegar, en el caso contemplado en este dictamen, la doctrina general de la repetida Resolución, oponiéndose a la inscripción de la escritura interesada por la no concurrencia del consentimiento de la esposa de don T., dado que el acto contenido en tal escritura entra dentro de uno de los supuestos especiales del artículo 1.415, ya que es un acto a título gratuito de clara «beneficencia» y, a mi juicio, la facultad calificadora del Registrador de la propiedad no alcanza hasta el extremo de juzgar sobre sí, además de ser donación para objeto de beneficencia, es también «moderada», de acuerdo con lo exigido en el párrafo segundo del artículo 1.415 del C. c., de la misma suerte, por clara analogía, que no alcanza su facultad calificadora a juzgar si un donante, que no hace expresión alguna sobre el particular, se reserva, de acuerdo con lo exigido por el artículo 634 del C. c., bienes suficientes para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias (ver Resoluciones D.G.R.N. de 21 agosto 1893 y 17 abril y 5 agosto 1907, sin que tal doctrina resulte enervada por la Resolución del mismo Centro directivo de 11 de mayo de 1911, dado que, en el caso de esta última Resolución, la donante manifestaba expresamente que no le quedaba lo necesario para su subsistencia). La moderación o no moderación de la donación de beneficencia es, en mi opinión, algo que compete exclusivamente a la Autoridad judicial, sin que el Registrador pueda calificarlo, lo que le obliga a inscribirla, aunque la otorgue sólo el marido, sin salvedad de ninguna clase.

B) Del propio significado y juego de las prestaciones cruzadas en el negocio contemplado:

Como último trámite previo al problema de la disponibilidad del negocio contemplado, interesa dejar constancia ahora del propio significado y juego de las prestaciones cruzadas entre las partes en dicho negocio, con arreglo a todo lo que va expresado.

En conformidad con ello, yo entiendo que realmente la transmisión del inmueble por don T. es la prestación correspectiva de la obligación de destino asumida por el Ayuntamiento, obligación de destino que abarca e incluye, como simples matizaciones y refrendos, las prohibiciones —por así llamarlas— impuestas por don T. y que tienen un mero sentido obligacional, sin trascendencia jurídico-real alguna. Y de la misma suerte, la obligación de destino asumida por el Ayuntamiento es, con sus indicados matizaciones y refrendos, la prestación correspectiva de la transmisión llevada a cabo por don T. En suma, hay una correlación o reciprocidad entre la transmisión del inmueble y la obligación asumida por el Ayuntamiento, siendo una, causa de la otra, y viceversa, dentro de la única relación

realmente vinculante —la de cobertura— de las que surgen del negocio contemplado, dado que la relación de valuta —la de don T. con los ancianos—, aunque tenga una «causa donandi» valorable a los efectos de legitimación, como antes vimos, carece, en sí misma, de valor vinculante, en tanto no recaiga la aceptación por los terceros beneficiarios, con la única excepción, examinada en su momento, de haber quedado excluida, por el fallecimiento de don T. y no ser heredable, la facultad de revocación propia de los contratos a favor de tercero.

La única peculiaridad de las obligaciones sinalagmáticas interesadas radica en que la prestación de una de las partes —don T.— es de tracto único y la prestación de la otra parte —el Ayuntamiento— es de tracto sucesivo. Precisamente, esta peculiaridad impone el juego del llamado sinalagma funcional, en el sentido de que el incumplimiento de su obligación por el Ayuntamiento acarrearía la falta de causa para la prestación cumplida de la otra parte —don T., hoy sus herederos—, desatando el típico efecto de las obligaciones recíprocas, consistente en la facultad de resolverlas (artículo 1.124 C. c.). Porque, siguiendo la opinión del autor francés CAPITANT, cabe pensar que la justificación de la facultad resolutoria implícita en las obligaciones bilaterales radica simplemente en que una de las obligaciones se queda sin causa, en caso de incumplimiento de la obligación correspondiente.

En cualquier caso, creo que, con lo dicho, queda perfectamente claro el significado y juego de las prestaciones cruzadas en el negocio contemplado.

C) Disponibilidad propiamente dicha del negocio contemplado.

De todo lo hasta aquí dicho, se desprende netamente, entre otras muchas consecuencias, una muy concreta, pero que nos sirve de clara orientación a los efectos ahora interesados. Tal consecuencia es la siguiente: En el caso hipotético de que el Ayuntamiento dejare de cumplir la obligación de destino impuesta por don T., los herederos de éste podrían exigir, de acuerdo con el artículo 1.124 del Código civil, el cumplimiento de tal obligación o la resolución del negocio en la forma prevista en dicho artículo. Ahora bien, tales acciones de cumplimiento o resolución son, según nuestra jurisprudencia, acciones meramente personales, que prescriben por el transcurso de quince años, conforme al artículo 1964 del C. c. (Cfr. S.T.S. 14 de octubre de 1914 y 24 de septiembre de 1930). Ello quiere decir tanto como que, si los herederos de don T. dejaran transcurrir quince años desde el hipotético incumplimiento por el Ayuntamiento, sin ejercer acción alguna, la adquisición por éste del inmueble interesado se tornaría pura y libre, en el sentido de que ya no tendría, jurídicamente hablando, obligación de destino alguna.

Consiguientemente, parece obvio que la subsistencia de la obligación de destino asumida por el Ayuntamiento es algo que depende exclusivamente de la voluntad conjunta del Ayuntamiento y de los herederos de don T. Si estos herederos pueden dispensar al Ayuntamiento de su obligación de destino por la vía indirecta, tácita y aplazada de dejar prescribir las acciones derivadas del incumplimiento de tal obligación, parece claro que también podrán, de acuerdo con el Ayuntamiento, dispensar a éste directa, expresa e inmediatamente de tal obligación. Es decir, los dueños, por así decirlo, únicos y exclusivos del negocio

contemplado son, conjuntamente, el Ayuntamiento y los herederos, de tal suerte que, si los herederos de don T. lo consienten, puede purificarse la adquisición del inmueble por el Ayuntamiento, en el sentido de liberarle de la obligación de destino.

La conclusión obtenida en el párrafo anterior parece tropezar con diversos inconvenientes y suscitar ciertos problemas que vamos a examinar seguidamente.

1.º En primer término, cabría pensar que tal conclusión es inadmisibile, pues supondría que los herederos de don T. podrían contrariar la voluntad de éste, permitiendo que el inmueble transmitido no siga siendo destinado a los fines previstos por su causante. Creo, empero, que esta objeción no es admisible, ni enerva, por tanto, la conclusión obtenida. Hay que tener en cuenta que los herederos suceden al causante en todos sus derechos y obligaciones (artículo 661, C. c.), de tal suerte que, sin entrar en disquisiciones teóricas sobre la grave cuestión de la naturaleza jurídica de la herencia y de la cualidad de heredero, parece obvio que los herederos, salvo que se trate de derechos personalísimos del causante, son como un «alter ego» sucesivo de éste, desde el punto de vista jurídico. *En consecuencia, si don T.* —con o sin su cónyuge, que éste es otro problema— *pudo en vida* —cosa indudable, en apoyo de la cual puede verse la Resolución de la Dirección General de los Registros ya citada de 13 de diciembre de 1963— *dispensar al Ayuntamiento de la obligación de destino asumida por éste, transformando en verdadera donación la transmisión que, inicialmente, no era tal, sino un negocio oneroso y bilateral, no se ve la razón por la cual sus herederos* —con o sin los herederos de la cónyuge de don T., que éste es también otro problema— *no van a poder hacer lo propio.*

Piénsese en el supuesto más puro de contrato bilateral o recíproco —la compraventa—. Y, precisamente, en una compra-venta con precio totalmente aplazado, sin garantía alguna. Supongamos que muere el vendedor antes de cumplirse el plazo señalado para el pago del precio... ¿Podría afirmarse que los herederos de tal vendedor no pueden dispensar el pago del precio aplazado al comprador, transformando en donación lo que era, inicialmente, una compraventa, porque, admitir lo contrario, supondría la posibilidad de contrariar la voluntad del vendedor causante?... Es claro que no podría afirmarse tal cosa y, por tanto, que los herederos del vendedor sí podrían hacer la referida dispensa de pagar el precio, transformando la inicial compraventa en una verdadera donación. Exactamente lo mismo ha de suceder en el supuesto contemplado, en que también hay un contrato bilateral, ya que no se perciben las razones por las que habría de aplicársele doctrina distinta.

A mayor abundamiento, cabe citar, en apoyo de la tesis mantenida en este dictamen sobre el punto ahora tratado, la Resolución de la Dirección General de los Registros de 27 de julio de 1915, en la que, respecto de un supuesto de donación con prohibición de disponer y presuntos terceros beneficiarios, se mantuvo por dicho Centro Directivo la tesis de que los herederos del donante, no habiendo recaído aceptación alguna por parte de los presuntos terceros beneficiarios (Cfr. artículo 1.257, párrafo segun., C. c.), podían dispensar de la citada prohibición de disponer al donatario, de acuerdo con éste, afirmando literalmente la siguiente doctrina: «Considerando que en tal supuesto, y conforme a lo prevenido en los artículos 1.156 y 1.203 y 1.255 del mismo Código, es indudable

que los contratantes pueden modificar o novar por mutuo acuerdo sus contratos, y que esta facultad compete también a sus herederos, conforme a la doctrina de los artículos 661 y 1.257 del mismo Cuerpo legal y la consignada en la citada Sentencia del Tribunal Supremo (parece ser que es la Sentencia de 12 de junio de 1896, aunque, en el texto de la Resolución, se diga la fecha de 14 de junio de 1896)...».

2.º Una segunda objeción que podría oponerse a la conclusión de la disponibilidad del negocio contemplado por el acuerdo conjunto de los herederos de don T. y el Ayuntamiento, en el sentido de liberar a éste de su obligación de destino, sería la de que, según se dijo anteriormente, tales herederos carecen de la facultad de revocar, característica de los contratos a favor de tercero, antes de recaer la aceptación del tercero o terceros beneficiarios, como ocurre en nuestro caso.

Tal objeción, empero, tampoco es admisible, ni enerva la conclusión indicada, ya que, de la carencia de facultad de revocar por los herederos, lo único que se desprende es que, en ningún caso, tales herederos —por sí solos y en cuanto tales herederos— pueden dejar sin efecto el negocio contemplado, pues ello sí que supondría contrariar la voluntad del donante, haciendo volver, sin causa para ello, a poder y beneficio de tales herederos un bien que el propio don T. había sacado de su patrimonio. Pero, de la carencia de tal facultad de revocar, no puede desprenderse nunca que los herederos de don T. no puedan dispensar al Ayuntamiento, de acuerdo con éste, de su obligación de destino, ya que, en este caso, no hay enriquecimiento sin causa para los propios herederos, sino por el contrario, mantenimiento del acto de don T., bien que modificado o novado en favor del Ayuntamiento, en uso de una facultad que corresponde a los repetidos herederos, no por la hipotética facultad de revocar, propia de los contratos a favor de tercero, sino por su carácter de herederos de una de las partes de un contrato bilateral, que pueden, como ya vimos, dejar prescribir la acción de resolución propia de tal tipo de contratos.

3.º Un último problema, en relación con la repetida conclusión de que los herederos de don T. pueden dispensar al Ayuntamiento de su obligación de destino, procediendo de acuerdo con él, es el relativo a las personas legitimadas para una tal dispensa, lo que se relaciona con el punto tratado en el apartado 3-A) de este dictamen. Veamos.

Se mantuvo con anterioridad en este dictamen la tesis de que el negocio otorgado por don T., sin la concurrencia de su esposa, no podía reputarse, en principio, ineficaz por dicha falta de concurrencia conyugal, desarrollando el tema, asimismo, en el aspecto registral de la cuestión. Ahora, se nos plantea el problema de si, para que el Ayuntamiento pueda quedar liberado de la obligación de destino, bastará con el consentimiento de los herederos de don T. o si, además, se precisará la concurrencia del consentimiento de los herederos de la esposa de don T. En el enfoque de tal problema, debemos partir del supuesto de que el negocio contemplado no fue tenido en cuenta para nada —en particular, para efectos de colación— al liquidarse la sociedad conyugal que tuvieron constituida don T. y su esposa, por falta de antecedentes sobre el particular.

Aparentemente, podría pensarse que, habiendo defendido la tesis de la eficacia inicial del acto realizado, por sí solo, por don T., debería defenderse ahora

la tesis de que bastaría la concurrencia de los herederos de dicho señor, sin necesidad de que concurran los de su esposa, para liberar al Ayuntamiento de la obligación de destino. Sin embargo, no es así, pues el problema toma perfiles distintos en el punto ahora tratado. Para comprender esta diversidad de perfiles, es suficiente con atender a la siguiente consideración: En el caso hipotético de que, por cualquier causa —no importa ahora cuál—, se desmoronara la adquisición realizada por el Ayuntamiento en la escritura objeto de dictamen, es obvio que el bien transmitido volvería al patrimonio de don T. con la propia calificación presuntivamente ganancial que tenía, lo que supondría, por tanto, *que habría que hacer un reajuste en la liquidación de la sociedad conyugal existente*, en su día, entre don T. y su esposa, participando, en principio, los herederos de dicha esposa en el bien readquirido por lo mismo de ser de naturaleza presuntivamente ganancial. Es claro, pues, que a los herederos de la esposa de don T. no les puede ser indiferente, en concreto, el cumplimiento o no cumplimiento por el Ayuntamiento de su obligación de destino, ya que, en caso de incumplimiento, surge el supuesto de hecho preciso para que pueda ser ejercitada una acción resolutoria (la del artículo 1.124 del C. c.), cuyo triunfo determinaría la vuelta al patrimonio ganancial de don T. y su esposa de un bien, sobre el que, en principio, como se dijo, tendrían una participación por lo mismo de ser ganancial. Es decir, los herederos de la esposa de don T. podrían, a mi entender, interrumpir por cualquiera de los medios legales la prescripción extintiva de referida acción resolutoria, lo que indica claramente que la disponibilidad del negocio no está exclusivamente en manos de los herederos de don T. y el Ayuntamiento, sino que se precisa también, para tal disponibilidad, la concurrencia de los herederos de la esposa de don T., por las razones expuestas. Una cosa es que el negocio no deba ser reputado, en principio, ineficaz por la no concurrencia a su otorgamiento de la esposa de don T. y otra muy distinta que tal negocio sea de la exclusiva competencia de don T. (hoy, de sus herederos). Al cabo, a mí me parece evidente que los herederos de la esposa de don T. conservan indemne, dentro de la hipótesis de no colación de que hemos partido, su acción para exigir la colación de la donación que se implica en la relación de valuta del negocio contemplado ya que tal colación es una operación integrada en la liquidación de la sociedad conyugal, liquidación que supone siempre la extinción o mutación de la comunidad normal en que se transforma la sociedad de gananciales, según reiterada jurisprudencia que no se hace preciso citar, al extinguirse el matrimonio, y, conforme al artículo 1965 del Código civil, la acción «comuni dividundo» es imprescriptible.

A mayor abundamiento, debe señalarse que la dispensa al Ayuntamiento de la obligación de destino supondría una conversión del negocio contemplado, en el sentido de que se transformaría en una donación pura y simple a favor del Ayuntamiento, sin objeto alguno ya de piedad o beneficencia, con lo que quedaría excluida, en absoluto, la excepción prevista en el párrafo segundo del artículo 1.415 frente a la regla general de que es precisa la concurrencia de los dos esposos en el otorgamiento de donaciones de bienes gananciales.

D) *Conclusión:* De todo lo dicho en este apartado 3 del presente dictamen, se desprende, a mi modo de ver, la conclusión de que es perfectamente posible que, de común y unánime acuerdo, los herederos todos de don T. y de su esposa dis-

pensen al Ayuntamiento de su obligación de destino, dando lugar a la conversión del negocio contemplado en una donación pura y simple a favor del Ayuntamiento.

Naturalmente que, en un caso tal de dispensa pura y simple al Ayuntamiento de su obligación de destino, la Corporación interesada podría vender libremente el inmueble transmitido por don T., sin perjuicio, claro está, de cumplir debidamente los requisitos exigidos por la Legislación de Régimen Local para la venta.

Ahora bien, obsérvese que el objeto de la consulta no se refiere a que los herederos de don T. dispensen pura y simplemente al Ayuntamiento de su obligación de destino, sino que la anuencia de los herederos en cuanto a que el Ayuntamiento pueda vender el inmueble objeto de transmisión por don T. está previamente condicionada, al parecer, por el hecho de que el Ayuntamiento asuma, respecto de los nuevos terrenos e instalaciones proyectados para Asilo de ancianos, las mismas obligaciones que las que se derivan de las condiciones establecidas por don T. respecto del inmueble inicial.

Parece claro, perfilada así la consulta, que no hay ningún inconveniente de capacidad y legitimación por parte de los herederos de don T. —siempre que concurren también los de la esposa de este señor— en orden a que su dispensa al Ayuntamiento esté condicionada en los términos expuestos. Quien puede lo más, puede lo menos, según el viejo brocardo jurídico, recogido reiteradamente por nuestra jurisprudencia, y, por tanto, si tales herederos pueden dispensar sin ningún condicionamiento, con arreglo a la conclusión obtenida, que es lo más, resulta evidente que, con mayor razón, podrán dispensar con los condicionamientos que sean, que es lo menos.

El problema de esta dispensa condicionada nos viene ahora por parte del Ayuntamiento, cuestión a la que paso a aludir seguidamente, aunque ello tiene un perfil preponderantemente administrativo, lo que le hace escapar ya, en puridad, al objeto del presente dictamen.

4. *De la capacidad y legitimación del Ayuntamiento.*—El Ayuntamiento de..., al aceptar la que se llamó «donación» de don T., asumió una serie de obligaciones, reconducibles todas, según se ha podido observar, a una obligación de destino matizada y reforzada por los demás deberes impuestos por el transmitente. A tal obligación no se le señaló término alguno en la escritura interesada, de donde se desprende que se trata, *prima facie*, de una obligación permanente, radicando, precisamente, en esta permanencia el hecho de que no pueda configurarse como verdadera donación —ni siquiera modal— el negocio contemplado, dado que la permanencia de la carga hace que ésta sea superior al valor de lo donado, según quedó expresado.

No me toca a mi ahora el juzgar sobre la validez o no validez del acuerdo adoptado, en su día, por el Ayuntamiento de... y dirigido a la aceptación de la transmisión hecha por don T., ni tampoco, en consecuencia, el juzgar sobre la incidencia de una hipotética invalidez de tal acuerdo en la validez o invalidez del negocio contemplado. Lo que sí debo destacar es que, en mi opinión, difícilmente podría ser válido, con arreglo a la vigente Legislación de Régimen Local, un acuerdo municipal como el que sirvió de base al negocio contemplado y, por lo mismo, difícilmente podría entenderse válido hoy un tal negocio. En efecto, hay que tener en cuenta que, según el artículo 10, apartado 2, del vigente Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 de mayo de 1955, «si la adquisi-

sición (a título gratuito por el Ayuntamiento) llevaré aneja alguna condición o modalidad onerosa, sólo podrán aceptarse los bienes previo expediente en el que se acredite que el valor del gravamen impuesto no excede del valor de lo que se adquiere». De donde, «a sensu contrario», hay que deducir que, si la carga excede del valor de lo donado, el Ayuntamiento no puede aceptar los bienes, que es exactamente lo que ocurre en un supuesto como el contemplado en el presente dictamen. Podría argumentarse, ciertamente, en contra de lo acabado de decir, que el artículo 12 del propio Reglamento citado parece presuponer, sin distinguir entre adquisición a título oneroso y adquisición a título gratuito, que es posible la adquisición por parte de un Ayuntamiento de cualesquiera bienes «bajo condición o modalidad de su afectación permanente a determinados destinos», dado que el propio precepto dicta, para tal supuesto, una norma de desafección a tales destinos cuando los bienes hubieren estado afectados durante treinta años y dejaren de estarlo «por circunstancias sobrevenidas de interés público». Pero tal argumentación no enerva, en mi opinión, la conclusión antes obtenida de la inviabilidad actual de un negocio como el contemplado en este informe, ya que una cosa es que un bien esté afecto a un determinado destino, sin suponer mayor gasto del normal de su entretenimiento, y otra cosa que la destinación, como ocurre en nuestro caso, suponga una carga muy superior al valor del bien. En último extremo, si se llegare a la conclusión de que hay una cierta colisión entre lo ordenado en el citado apartado 2 del artículo 10 y lo presupuesto como válido en el también citado artículo 12, habría que dar preferencia, a mi juicio, al primero de dichos preceptos por ser más especial y porque el artículo 12, en realidad, no sanciona taxativamente que sea posible, en general, la adquisición por un Ayuntamiento de un bien con condición o modalidad de afectación permanente a determinados destinos, sino que, dando por supuesto que hay adquisiciones de ese tipo, establece una norma de desafección, de tal suerte que la adquisición con cláusula de afectación a ciertos fines en sí misma considerada ha de ser previamente juzgada, en cuanto a su validez, a la luz de los artículos 10 y 11 del citado Reglamento, y únicamente cuando sea válida conforme a tales preceptos, podrá tener aplicación lo dispuesto en el artículo 12.

Ahora bien, lo que ahora interesa no es propiamente la validez o no validez del negocio contemplado con arreglo a las disposiciones vigentes sobre Régimen Local, sino la posibilidad, conforme a tales normas, de que el Ayuntamiento, de acuerdo con los herederos de don T. y su esposa, modifique o nove tal negocio en la forma que se desea, es decir, de modo que el Ayuntamiento quede libre en orden al inmueble inicialmente transmitido —pudiendo, en consecuencia, venderlo—, pero asumiendo, respecto de otro nuevo inmueble de su propiedad, las mismas obligaciones que asumió, en su día, respecto del primer inmueble. Fácilmente se observa que la cuestión crucial es la de si el Ayuntamiento puede —en la actualidad y aunque sea a cambio de liberar de toda carga u obligación de destino a un inmueble— vincular indefinidamente otro inmueble de su propiedad a un destino claramente oneroso para el patrimonio municipal, como es el mantenimiento de un Asilo de ancianos, atención benéfica, que, como quedó dicho, no entra institucionalmente dentro de las obligaciones municipales.

Mi opinión es negativa. No creo que el Ayuntamiento pueda contraer válidamente una obligación de destino del tipo de la indicada; y me apoyo para ello

en el citado artículo 10 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales. El espíritu de tal artículo —deducido no sólo del apartado 2, que quedó transcrito, sino también del apartado 3 («La aceptación de herencias se entenderá a beneficio de inventario»)— es, sin duda, el de que un Ayuntamiento no puede obligarse sin una contrapartida, cuando menos, equivalente. En nuestro caso, es evidente, por muy alto que sea el precio que el Ayuntamiento pueda obtener con la enajenación del primitivo inmueble, que la obligación de destinar indefinidamente otro inmueble de su propiedad a Asilo de Ancianos es una obligación de mucha mayor entidad que aquel precio de venta. No hay equivalencia posible entre el beneficio a obtener por el Ayuntamiento y la carga que se echa encima, con lo que resulta que un negocio como el propuesto en la consulta vulneraría claramente la «ratio legis» de dicho artículo 10, sin que pueda argumentarse en contra con el artículo 12 del propio Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales por las mismas razones que antes expuse al tratar de si sería o no válido en la actualidad un negocio como el cruzado, en su día, entre el Ayuntamiento y don T., a la vista de las actuales disposiciones de Régimen Local; tanto más cuanto que el propio espíritu del repetido artículo 10 del citado Reglamento puede encontrarse en otros muchos preceptos de la Legislación de Régimen Local.

Otro argumento que podría esgrimirse en contra de mi criterio negativo es el de que, dejando las cosas como están, el Ayuntamiento ya tiene sobre sí la obligación de destino, que, según mi opinión, no puede ser asumida hoy por el propio Ayuntamiento, con la agravante de que se perjudica al interés público, al no poder urbanizar debidamente la zona ocupada hoy por el inmueble transmitido por don T., y a los propios ancianos, que estarían, sin duda, mejor atendidos en otro inmueble moderno y mejor situado desde el punto de vista de salubridad. Pero una tal argumentación, a mi modo de ver las cosas, incide, en primer término, en petición de principio, porque da por bueno que el negocio contemplado pudo ser realizado válidamente por el Ayuntamiento, cosa que, como ya se dijo, no me corresponde a mí examinar aquí, pero que, en todo caso, precisa demostración. Y además, en segundo lugar, aunque fuera perfectamente válido el negocio contemplado y vinculante, por tanto, la obligación de destino asumida, en su día, por el Ayuntamiento, ello no puede legitimar a éste para sustituir dicha obligación por otra, del mismo contenido, pero referida a inmueble distinto, que, desde luego, no puede, en mi opinión, ser contraída hoy válidamente por el Ayuntamiento.

De todo lo dicho se desprende, pues, netamente que es, desde el punto de vista del Ayuntamiento, desde donde no parece viable la deseada novación del negocio contemplado, siempre que en ella se implique una obligación permanente de destino a Asilo de ancianos del nuevo inmueble para el propio Ayuntamiento.

Lo que, indudablemente, sí sería posible, es una liberación pura y simple al Ayuntamiento, por parte de los herederos de don T. y su esposa, de la obligación de destino actualmente vigente, sin asunción por la Corporación de carga alguna, liberación que daría a la propia Corporación la plena disponibilidad del inmueble, pero que dejaría al simple arbitrio del Ayuntamiento el continuar o no manteniendo un Asilo de ancianos.

En la misma línea expuesta en el apartado anterior y tratando de buscar un ca-

mino viable a lo deseado por la consulta, podría pensarse en que la liberación al Ayuntamiento de su obligación de destino se hiciera mediante contraprestación en dinero por parte del propio Ayuntamiento, contraprestación, empero, que no parece podría ser recibida para su propio peculio por los herederos de don T. y su esposa, por las mismas razones que se expusieron al tratar de la no posibilidad de revocación del negocio contemplado por parte de tales herederos. Lo que cabría, tal vez, es que el Ayuntamiento y los repetidos herederos se pusieran de acuerdo en el sentido de que el Ayuntamiento quedará liberado de su carga, a base de destinar la cantidad en que se cifrará el valor actual del inmueble a establecer una Fundación independiente destinada a Asilo de ancianos. Ello, naturalmente, plantearía el problema de si la referida cantidad sería suficiente para comprar el nuevo terreno, construir el nuevo edificio y, posteriormente, atender al mantenimiento del Asilo de ancianos; pero, si, como parece ser, se podría contar con la colaboración de otros organismos para resolver la cuestión, tal vez un déficit en relación con las referidas atenciones podría estar compensado con subvenciones del propio Ayuntamiento y de dichos organismos. En todo caso, creando una Fundación independiente se soslayaría todo problema de afección permanente y, dado el protectorado ejercido por el Estado sobre la Beneficencia particular, quedaría asegurado, dentro de lo posible, el cumplimiento de la voluntad de don T.

Quede bien claro que lo indicado en el párrafo anterior es un mero esbozo de solución que requeriría un estudio más profundo y que se formula con el único deseo de buscar vías de solución al problema planteado.

Por supuesto que, en cualquier caso, para que el Ayuntamiento pudiera disponer libremente del inmueble interesado, sería necesario que fuera desafectado del servicio público del Beneficencia al que está afecto.

5. *Conclusiones*: Pueden reconducirse a los siguientes extremos:

A) Cabe la posibilidad general, desde el punto de vista jurídico-privado, de que el inmueble transmitido al Ayuntamiento de... por don T. en la escritura interesada pase a la libre disponibilidad del propio Ayuntamiento, merced a un acuerdo unánime entre los herederos de dicho don T. y de su esposa y la referida Corporación Municipal, a cuyo efecto se precisaría que los indicados herederos justificaran debidamente su cualidad de tales.

B) No cabe, empero, que el referido acuerdo esté condicionado por la asunción, por parte del Ayuntamiento de..., de una permanente obligación de destino similar a la establecida por don T. en la escritura interesada, pero referida a un inmueble distinto, dado que las Corporaciones Municipales no pueden contraer hoy una obligación de tal tipo.

C) Podría pensarse en cohonestar la posibilidad general referida en la conclusión A) con la imposibilidad indicada en la conclusión B) a base de crear una Fundación benéfico-particular independiente destinada a Asilo de ancianos y dotada con la cantidad en que se justipreciara actualmente el inmueble transmitido por don T. y que sería abonada por el Ayuntamiento como precio de liberación de la obligación de destino que pesa hoy sobre dicho inmueble.

En tales términos, dejo formulado el dictamen solicitado, sometiéndolo, en todo caso, a cualquier otro mejor fundado.

JOSÉ ANTONIO MOLLEDA
Notario

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ALONSO PEREZ (Mariano): "El riesgo en el contrato de compraventa". Editorial Montecorvo. Madrid, 1972, 524 págs.

1. El profesor Alonso Pérez nos ofrece, en un extenso volumen, el fruto de largas meditaciones sobre el tema del riesgo en el contrato de compraventa. Estamos ante un serio intento de penetración en una materia vertebral no sólo en el panorama del contrato de compraventa, sino incluso en del derecho patrimonial. No se han escatimado esfuerzos. Tampoco se han quemado etapas: El libro se ha ofrecido cuando el autor ha vertido en él todas sus posibilidades y resulta un instrumento de trabajo muy completo sobre la materia.

El interrogante básico a lo largo de la obra es éste: Supuesta la pérdida de la cosa en un contrato de compraventa (perfecto y no plenamente consumado), y supuesta, por consiguiente, la imposibilidad de cumplimiento de la obligación del vendedor, ¿qué consecuencias se producen respecto a la obligación del comprador? ¿Tendrá o no éste que cumplir? A esta pregunta la doctrina ha ofrecido solución desde diferentes perspectivas, a las que se refieren estos rótulos, "principio del contrato" (p. 142-143), "principio de la propiedad" (p. 143-145), "principio de la tradición" (p. 145-147). En este punto, tan importante por lo que al método se refiere, el profesor Alonso recomienda, en primer término "olvidarse de máximas o brocados desacordes con las exigencias de la experiencia jurídica" (p. 148). En segundo término, no trascender el ámbito contractual de la compraventa para llevar la solución del problema... al campo de las relaciones posesorias o dominicales" (p. 148). Y añade: "Nosotros, con total asepsia jurídica, queremos analizar el riesgo únicamente en la compraventa, dentro de su ámbito contractual" (p. 148). Resulta muy atinada la primera recomendación, al menos si damos el adecuado sentido a las expresiones utilizadas, "experiencia jurídica", "praxis". Respecto a la segunda, es un buen punto de partida para liberarse del dogmatismo, pero no ha de olvidarse tampoco que la preferencia de un ordenamiento por una u otra de las soluciones alternativas en juego (obligación de pagar el precio en caso de pérdida: riesgo del comprador, o ausencia de tal obligación: riesgo del vendedor) puede venir marcada por el criterio de la propiedad o de la posesión, criterio que debería ser tenido en cuenta a la hora de interpretar las normas contractuales.

El núcleo de la investigación discurre en el desenvolvimiento de los dos principios por los que, contemplando el efecto, se puede regular esta materia: El que postula la imputación del riesgo al comprador (cap. II), dentro

de cuya influencia sitúa al sistema del Derecho civil español, y el que se lo atribuye al vendedor (cap. III), en donde se encuadra a la compraventa mercantil. Un capítulo introductorio, bajo el epígrafe: "Significado y alcance del riesgo en la compraventa en el marco general de la imposibilidad de cumplir la obligación", se emplea para tomar postura sobre cuestiones previas o básicas.

2. Es aquí donde se pone de manifiesto la amplitud de perspectiva con que el autor se aproxima al tema y el no menos significativo conocimiento de las doctrinas jurídicas generales con que cuenta. Las cuestiones se ordenan, de más generales a más concretas, en torno a estos epígrafes: "La obligación y su estructura jurídica", "la imposibilidad de cumplir la obligación", "periculum", "resolución de los contratos bilaterales". De su tratamiento minucioso resultan posiciones influyentes a lo largo de toda la obra. No es posible, en el limitado marco de estas líneas, entrar en el matizado razonar del autor, aunque en el mismo se contengan luces con que desvelar cuestiones, no sólo del tema que le ocupa, sino del mismo derecho de obligaciones. Sí parece, en cambio conveniente señalar aquellas afirmaciones en que va a encontrar apoyo su tesis: El riesgo en el Derecho civil español lo soporta el comprador.

En primer lugar se refiere al *concepto de la obligación*. Esta se concibe como "relación establecida entre el deber de prestar, a que se somete el deudor y el interés del acreedor en exigir su cumplimiento" (p. 35). Respecto al *incumplimiento* afirma: "el perecimiento fortuito de la cosa lleva consigo la insatisfacción del interés del comprador, pero no implica incumplimiento de la obligación de prestar, sólo imposibilidad de su efectiva realización (p. 38).

Continúa destacando el significado del "*favor debitoris*" que se traduce "en la cooperación del acreedor para que el obligado pueda conseguir la plena liberación del vínculo" (p. 41), como expresión "del principio de la buena fe aplicado al campo de las obligaciones" (p. 43).

Se considera al crédito como un bien en el patrimonio del acreedor.

A efectos del riesgo, destaca, sólo importa la "*imposibilidad de cumplimiento de la obligación sobrevenida y no imputable al deudor*" (p. 57). Y entrando en el tema del *riesgo contractual* afirma con Betti: "Hecha imposible, por causa no imputable a ninguno de los contratantes, la satisfacción del conjunto de intereses previstos en el contrato, se trata de establecer quién de las dos partes debe sufrir el daño que de eso se deriva y, en consecuencia, perder el *commodum obligationis* en que había confiado" (p. 97). Si en los contratos unilaterales "liberado el deudor (arts. 1.182, 1.184 C. c.), el acreedor sufre el perecimiento fortuito" (p. 97), en los contratos con obligaciones correlativas (contratos bilaterales), el problema del riesgo "depende del destino que se fije a la contraprestación" (p. 100).

Se analiza, por fin, una cuestión tan significativa como la acción resolutoria en relación con el problema del riesgo, apuntando un distinto origen histórico: "La acción resolutoria se gesta en el Derecho Común como una sanción al quebrantamiento de la *bona fides* contractual... El riesgo atribuido al comprador nace... en cuanto el carácter de la *emptio contracta* o dé la *emptio perfecta* implican perpetuación de la obligación de pagar el precio en el comprador" (pp. 135-136). Además de esta diversa línea de evolución his-

tórica, se insiste, trátase de “categorías dogmáticas separadas” (p. 140): “La resolución tiene como elemento básico la tutela... del contratante que cumple o está dispuesto a hacerlo, para evitar que sea víctima de quien no realiza su prestación. El *periculum*, por el contrario, se atribuye al comprador, porque se estima que la contraparte hizo cuanto estuvo en su poder para cumplir su obligación y la *merx* ha entrado a formar parte del patrimonio del adquirente como *res empta* o bien crediticio” (p. 136).

3. Tenidos en cuenta los criterios doctrinales de interpretación del artículo 1.452 C. c. (pp. 277 ss.) y encontrando en la exposición de la jurisprudencia del T. S. un claro apoyo a su tesis, el profesor Alonso se muestra decidido partidario de atribuir el riesgo al comprador en el Derecho civil español, salvados, claro está, las posibles excepciones que se den en supuestos específicos de compraventa (pp. 311-374). El “peso de la *tradición histórica*” y su propia concepción de la *causa* le lleva a rechazar el argumento contra su tesis que proviene de las exigencias de ésta (art. 1.124) (pp. 281-282).

“La *causa*, advierte, no debe verse como una prestación causa de la recíproca, que supondría perder de vista la finalidad económica del negocio... La obligación se presenta como una totalidad, organismo o estructura en la que el deudor se conecta —salvo imposibilidad— a un programa prestacional para satisfacer el interés del acreedor. Tal estructura no admite disecciones o rupturas, en un orden real, por lo que su característica es la perpetuidad hasta tanto se consiga la finalidad, que es, en un orden personal, satisfacer al acreedor... Por eso pensamos que si el comprador se comprometió a prestar, tanto la propia estructura unitaria de la obligación como los fines económicos del tráfico jurídico, le vinculan perpetuamente a cumplir...” (p. 303).

La fuerza de su construcción histórica se apoya en el Derecho romano (muy cuidadosamente expuesto). Al decir del autor, nuestros tratadistas y leyes históricas, a partir del Fuero de Soria, aceptan unánimemente el principio romano del *periculum emptoris*” (p. 269). “No es concebible, insiste, que el legislador hiciera caso omiso de una tradición constante o ininterrumpida” (p. 297).

Junto al argumento histórico se barajan otros de carácter positivo de desigual alcance, que citamos a continuación:

La remisión del artículo 1.452-I al 1.096 y 1.182, destaca que se extingue la obligación del vendedor cuando se pierde la cosa, pero no determina la extinción de la obligación del comprador. “No prejuzga el *periculum emptoris*... porque se da por supuesto el sistema romano” (p. 293).

“El C. c. no duda en atribuir al acreedor (comprador, en este caso) todos los *commoda* que produzca la cosa una vez que ha surgido la obligación de entregar” (arts. 1.186, 1.195, 1.468, ap. 2.º) (pp. 299-300).

“Si *nadie responde de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que previstos, fueran inevitables* (art. 1.105 del C. c.), ¿qué tipo de liberación experimenta el vendedor que, tras quedarse desprovisto sin su culpa de la cosa, no obtiene la compensación a él debida por la conclusión del contrato?” (artículo 1.450 C. c.) (p. 300).

“Si el comprador puede compeler al vendedor a realizar la entrega (arg. ex artículo 1.094, ap. 1.º del C. c.), ello quiere decir que, con independencia de que sea posible tal obligación, el comprador se ha convertido en auténtico

dominus negotii y, lógicamente, han de atribuírsele los efectos nocivos del *periculum interitus o deteriorationis*" (p. 301).

"Si la venta es obligatoria para vendedor y comprador, una vez que hay acuerdo sobre cosa y precio (art. 1.450 del C. c.), es evidente que al legislador no se le escapó la idea, dos números más adelante, de considerar obligado al comprador pese a las incidencias que pudiesen experimentar la correlativa del vendedor" (p. 302).

En otro plano se advierte la bondad económico-jurídica del principio: "Es justo" (p. 304), si se tienen en cuenta sus excepciones (pacto, culpa, mora, vicios ocultos...) y las exigencias jurídicas que deben concurrir en el caso (caso fortuito o fuerza mayor o estado de necesidad; realizabilidad de la prestación). Si existe la "posibilidad inmediata de poner la cosa en poder del comprador", éste está "llamado inexorablemente a adquirir la cosa vendida" (p. 305). De aplicarse la facultad resolutoria, ex artículo 1.124, al caso de pérdida de la cosa debida, "el vendedor quedaría privado, sin su culpa, de la cosa, y privado a su vez de la pretensión al precio" (p. 308).

4. Se presenta el sistema del Código de comercio, con sus oscuridades (p. 414), como un sistema propio, no inspirado ni en el criterio romanista (principio de la perfección), ni en el germanista (principio de la tradición) (p. 419). Previamente se ha considerado el sistema de atribución del riesgo al comprador desde la tradición en el Derecho comparado, con especial referencia al Derecho alemán. Incluso se ha salido al paso de quienes lo ofrecen como ventajoso y critican lo injusto de atribuir el riesgo al comprador antes de la entrega (p. 378). Porque para el profesor Alonso, después de la entrega, ya no hay "periculum obligationis", sino "periculum rei possidentis", ya no hay cuestión de riesgo en la compraventa (p. 379). Porque, además, insiste en una aproximación de los dos principios contrapuestos: en los dos estamos en presencia del efecto jurídico de la desaparición de un bien, sea un *crédito*, sea la *cosa* entregada, y no obstante, se ha de pagar el precio. Porque, por fin, la espiritualización de la entrega aproxima el sistema de la tradición al sistema romano (p. 380).

Volviendo al tema en nuestro Código de comercio, destaca el autor cómo en la redacción de los artículos 331 y 333 debió pesar, de un lado, la concepción del sinalagma funcional, propia de las doctrinas canonistas del Derecho común y su secuela, la resolución del contrato bilateral cuando una de las partes no cumple lo que le incumbe (p. 422). De otro, el "modus operandi" del comercio, las necesidades de los comerciantes, quienes no cabe pensar fraguasen su propia ruina (pp. 422-423).

Tras una exposición de la doctrina mercantilista española (pp. 423-424), afirma que el principio básico se contiene en el artículo 331 del Código de comercio. Este precepto sienta a las claras el "principio de la entrega como determinante de la transmisión del riesgo al comprador" (p. 434), pudiendo afirmarse que en este Código se acoge la regla "periculum venditoris". La entrega, se puntualiza además, "es, necesariamente, un *acto bilateral* que en ningún caso puede existir sin la *cooperación del comprador*" (p. 435). De esta última exigencia se derivarán importantes resultados en la interpretación del sistema mercantil.

Al lado de la entrega material se contempla la *tradición fingida o entrega*

espiritualizada, consistente en un acuerdo traslativo, que se considera aludido en el artículo 333 (p. 437). A este pacto se atribuye (por sí solo) virtualidad transmisiva de la propiedad, pero no de la posesión (art. 609 en relación con 1.463 C. c.) (p. 440). Su ejecución es la puesta a disposición. Pero ésta, por sí sola, aunque vaya precedida del acuerdo traslativo, no se considera suficiente para transmitir el riesgo. Hace falta, además, que sea *asentida* por el comprador (p. 442). Ello por una cuestión de principios: El carácter bilateral con que se ha perfilado el acto de la entrega. Al referido asentimiento del comprador (“darse por satisfecho”, art. 339) se le da un contenido muy amplio. No es sólo darse por satisfecho de la “puesta a disposición” (así Menéndez). Es “darse por enterado y conforme plenamente con la mercancía remitida, en total armonía con lo convenido al celebrar la venta” (p. 441).

Para llegar a esta tesis el autor ha tenido que salvar el serio obstáculo (al menos así nos lo parece) que le ofrecía el artículo 333 del Código de comercio. Para lograrlo, ha reducido al máximo el papel de este precepto y lo ha aproximado en su interpretación al 339, tal vez de diferente alcance.

El libro concluye con una exposición de la doctrina del riesgo en la compraventa internacional de objetos muebles y un amplio índice bibliográfico, claro exponente del cuidado que se ha puesto en la preparación doctrinal de esta obra.

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO.

BENABENT, Alain: “La chance et le droit”. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973, XV-231.

La “chance” —buena o mala suerte, azar, en singular; posibilidades en plural— y el derecho..., el libro merecería ser de Carbonnier, y así sucede, en cierto modo, que el señor decano lo avala con un prólogo interesante y ágil como su pluma. Algunas Universidades alemanas del siglo XVIII —dice— cultivaban con placer el “de iure arborum” o, más sutilmente, “de eo quod iustum est circa arbores”. La imaginación podría continuar: “circa arbores” o “amores”, “mortem” o “sortem”. ¿Por qué no, en efecto, “sortem”, la “chance” y el derecho? El Derecho la ha encontrado a menudo en su camino, a veces sin caer en la cuenta, rechazándola otras, como en el caso del juego o la apuesta. Tanto una como otra parecen haber sido puestos fuera de la ley. ¿Razones?: el sentimiento de que sólo las cosas serias son dignas de ser jurídicas, la inmoralidad que se vislumbra en estos pseudo-contratos, la influencia, en fin, de esa legislación contra el vicio que ha montado la burguesía, las buenas gentes burguesas.

Ahora bien; si analizado en términos de producción el interés general, podría aconsejar el apartar del sistema jurídico a las fantasías de la “chance” (desleal competidora del trabajo y del ahorro), en términos de tranquilidad pública es probable que aconsejase la integración. Esta parece ser la tónica de nuestros días. De modo ingenioso, un derecho de policía particular ha enrolado a la “chance”, bajo las formas de lotería nacional o de apuestas mutuas, en una vasta empresa de diversiones populares. El cristiano —se pen-

saba— debe apartarse del juego, no tanto por el peligro de pereza o prodigalidad que éste encierra, sino porque predispone al odio (diversamente sucede en Inglaterra, patria del “fair play”, pero no a todo el mundo está dado nacer inglés). Nada de esto hay que temer en los juegos colectivos instituidos por nuestro Estado de bienestar. Jugar cada uno contra todos, contra una multitud sin rostro, en lo mismo, bajo el prisma de sentimientos y resentimientos, que si nadie jugase contra nadie. He aquí por qué es hoy posible entregarse cristianamente al juego.

En fin, si la más patente manifestación de la “chance” ha dejado tan dubitativo al derecho, ¿qué ha de suceder con apariciones más veladas? Interrogación afirmativa, la de Carbonnier, entregando el testigo a Bénabent que, ciertamente y valga el simil, ha corrido bien, con escuela.

La “chance”, suscribe Bénabent, es uno de los modos en que puede producirse un evento aleatorio. En su sentido estricto es imparcial, tanto puede ser buena como mala, equivale al “azar”. Importante el papel jugado por ésta en la vida de los individuos, que el Derecho ha de regular. No pudiendo “chance” y Derecho ignorarse, dos han sido las actitudes de este último: en un primer momento, excluir al azar del campo jurídico; más adelante, adoptar una postura ofensiva, combatiendo a la “chance” en su terreno, para dominarla. ¿Cómo? La palabra misma, empleada en plural, significa “probabilidad” y, bien lejos de constituir una ambivalencia, la doble definición evidencia en estos dos términos la naturaleza misma del fenómeno, a saber que la “chance”, incomprendible en el plano individual, puede ser cercada y dominada cuando aparece en grandes cantidades. Las “chances” se calculan. El aspecto “probabilidad”, así, no se enfrenta con el Derecho, sino que colabora con él. Ahora bien; en la lucha contra el “azar”, el Derecho necesita certeza, y la noción de “probabilidad” no puede asegurarle una victoria total.

Esto bien sentado, el autor, orientado principalmente hacia el Derecho privado, se propone estudiar los dos aspectos de la cuestión: “chance” desperdigada, azar; “chance” reagrupada, probabilidad.

La “chance” desperdigada: el azar.—La actitud del Derecho ante el azar —definido como “aquello que es imprevisible, bien a causa de la complejidad de causas y efectos, bien a causa de la conjunción de series independientes de acontecimientos”— ha evolucionado desde un desinterés-rechazo en el siglo XIX hacia un esfuerzo de reeliminación en el XX, mediante una interpretación recuperadora que se encuentra ante ciertos límites, voluntarios unos, involuntarios otros.

1. En efecto, el período del individualismo liberal está caracterizado por una reserva prudente, fruto de dos ideas fundamentales: todo acontecimiento ha de poder referirse a otro del que sea consecuencia, como tal no puede hacerse con el evento fortuito, éste viene excluido del campo jurídico. En segundo lugar, siendo la responsabilidad corolario de la libertad, cada persona ha de beneficiarse de los favores de la fortuna y soportar sus reveses. Tales ideas entrañan una doble actitud del Derecho respecto al azar. Por una parte, en presencia de una manifestación del mismo, el Derecho no estima deber intervenir espontáneamente. En consecuencia, el daño fortuito no recibe reparación, tanto en sede de responsabilidad delictual como contractual; la transformación del contexto sobre el que se habían establecido sea las previsiones

jurídicas de los particulares (contrato), sea las previsiones del legislador (ley), es ignorada, y a ellas ha de estarse; finalmente, el Código civil francés habla de fuerza mayor en modo tal que su actitud de ignorancia respecto del azar viene confirmada, ignorancia-incomprensión en el sentido de que la fuerza mayor no contempla más que un aspecto del azar, el evento imprevisible, ignorando el evento sin causa que la concepción racionalista, impide imaginar a los autores del siglo XIX; ignorancia-exclusión, en el sentido de que las disposiciones que les conciernen dejan los acontecimientos fortuitos a cargo de la persona sobre los que la naturaleza los hizo recaer.

Por otra parte, la libertad de los individuos les permite prever las manifestaciones del azar. La incertidumbre puede tomarse como objeto o causa de una convención. El azar entra entonces en el campo jurídico por iniciativa de los particulares que lo consideran. Existe ya una causa: la previsión de una incertidumbre y la voluntad de hacer nacer una obligación al respecto. Es el caso de los contratos aleatorios y condicionales. La incertidumbre debe darse, en igualdad de condiciones, en todas las partes contratantes, sin que sea necesario un alea objetivo. Dada esta circunstancia, es preciso, además, un motivo útil o razonable, de aquí el favor concedido a las convenciones encaminadas a prevenir el azar (seguros), la tolerancia solamente de las que lo utilizan (cesiones aleatorias) la reprobación, en fin, de las convenciones con finalidad especulativa (juegos y apuestas).

2. Las ideas expuestas cambian con el siglo XX. Considerando que el liberalismo no asegura la justicia, el Derecho se hace más presente y deviene un Derecho director; por otra parte, el progreso científico desmistifica al azar, acorralado por el desarrollo de los métodos matemáticos, en particular de las estadísticas y el cálculo de probabilidades; finalmente, el individualismo es sustituido por una conciencia de solidaridad social. Como lógica consecuencia, se produce una modificación de las ideas anteriores. En primer lugar, el Derecho no se aferra tanto a la causa de un acontecimiento como a sus efectos: importando poco la ausencia de causa, interviene desde el momento en que un acontecimiento es determinante de una injusticia, entendida ésta como ruptura del equilibrio social. En tanto que fuente de estas rupturas, el azar entra directamente en el campo jurídico.

Es así como el daño fortuito viene reparado. Considerando que la víctima del mismo debe obtener una reparación (a lo cual se tiende mediante una inversión de la carga de la prueba en su favor, la introducción de una obligación de seguridad por la jurisprudencia, a cargo del contratante más fuerte económicamente, el reconocimiento de la responsabilidad de la administración, el desarrollo de los seguros sociales, la creación de los fondos de garantía automovilísticos), se estima, además, que los responsables de los mismos, simples "actores" más que autores, no siendo culpables, no han de soportar las consecuencias gravosas de los mismos que, más bien, ha de amortizar el conjunto de la sociedad (de aquí el desarrollo de los seguros, de los fondos de garantía, de la seguridad social, la atribución al Estado de la carga de ciertos daños excepcionales). Todo esto motiva un declive de la responsabilidad individual en favor de una socialización de los riesgos, paliada por el recurso al "bonus-malus" en los seguros, y la posibilidad de recurso que la colectividad que indemniza tiene contra el autor del daño que haya incurrido en falta.

La transformación del contexto sobre el que se habían establecido las previsiones jurídicas de las partes contratantes (a causa, por ejemplo, del progreso técnico o de la devaluación monetaria) viene considerada (revisión del contrato, rescisión por lesión, aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus"); lo mismo sucede con las previsiones del legislador, abandonado el método de la exégesis. En segundo lugar, y a consecuencia del carácter más familiar adquirido por el azar, se observa una extensión muy sensible del campo de los contratos aleatorios, al mismo tiempo que se acentúa el control estatal sobre los mismos, tanto en los contratos de garantía, que el derecho estimula directa o indirectamente, como en los contratos de especulación: autorización y organización de las apuestas en carreras de caballos, juegos en los casinos, lotería nacional, quinielas.

3. A pesar, sin embargo, de la progresiva recuperación del azar que se puede apreciar en el Derecho del siglo xx, éste conserva aún una esfera de acción, resultado de un otorgamiento o de una impotencia del Derecho con relación al mismo.

En efecto, existen aleas no reabsorbidas por el Derecho, ya sea a causa de la imperfección de los mecanismos de compensación arbitrados —fisuras observadas fundamentalmente en el Derecho de daños—, ya sea a causa de la ausencia de dichos mecanismos —riesgo de insolvencia del deudor, alea de la prueba, alea de la verdadera cualidad de la otra parte contratante—. Además, el Derecho mismo, fenómeno humano, se encuentra sometido al azar, creando incertidumbres y situaciones imprevisibles, en su mismo contenido —desarrollo tentacular de los reglamentos, errores de interpretación, retroactividad— y en su aplicación —fenómenos de ineffectividad, diferente aplicación del Derecho en función de las personas.

El Derecho, por otra parte, no quiere tratar a los individuos como si fuesen menores o irresponsables; cada uno ha de ser consciente de sus actos y de su destino, de aquí que una parte de azar sea voluntariamente dejada directamente a cargo de sus destinatarios. Pueden constatarse, así, aleas obligatoriamente soportadas por los individuos, con fines morales —en sede de derechos de seguros o en la teoría del enriquecimiento sin causa—, con fines económicos —el Derecho se resiste a compensar espontáneamente el alea que pueda derivarse de la devaluación monetaria— o con vistas de mera imparcialidad: el sorteo. De este modo, en diversas ocasiones, el Derecho deja obrar libremente al azar o, incluso, recurre a él. Puede, además, adoptar una postura intermedia: sin imponerlo obligatoriamente, deja a los individuos la libertad de asumir o no la carga del azar. En este sentido: contratos aleatorios, acuerdos sobre los riesgos de la cosa, convenciones sobre las consecuencias de la fuerza mayor, cláusulas limitativas o de no responsabilidad, la aceptación de los riesgos derivados de ciertas actividades. Finalmente, el riesgo se utiliza como medio disuasorio de ciertos actos no prohibidos, más vistos con prevención y, también, como medio disuasorio de actos expresamente prohibidos.

Habiendo mostrado cómo el azar, controlado, puede ser utilizado por el derecho, y cuáles han sido las distintas actitudes por éste adoptadas, corresponde ahora ocuparse del otro aspecto del fenómeno "chance": la noción de probabilidad.

La "chance" reagrupada: la probabilidad.—De un modo muy esquemático,

puede decirse que la teoría de las probabilidades, verdadera disciplina en el seno de las matemáticas, reposa sobre la siguiente constatación: una proporción constante de tal o cual resultado puede observarse en una serie de eventos fortuitos o inciertos de la misma naturaleza. Esta proporción se define como la probabilidad del resultado tomado en consideración y consiste en la "relación entre el número de "chances" favorables al evento y el número total de "chances". Desde el punto de vista de la lucha contra el azar, dos posibilidades de esta teoría merecen ser destacadas: por una parte, permite prever el resultado de eventos inciertos, ayudando a combatir al azar bajo su aspecto de evento imprevisible; de otro lado, puede contrarrestar el otro aspecto del azar, en cuanto evento sin causa conocida: cuando se sabe que la causa de un acontecimiento se encuentra entre un cierto número de causas posibles, posibles, asimismo, señalar aquella que es la más probable.

1. La probabilidad puede servir al jurista utilizada en presencia de series, ya por intermedio de la economía, ya recurriendo directamente a ella.

En la medida en que uno de los principales objetivos del derecho es el de regir las riquezas, los progresos económicos han de repercutir en él; es así que la aportación de la teoría de las probabilidades a la economía beneficia al Derecho en el sentido de limitar el peso que entraña un acontecimiento fortuito —la empresa de seguros no es ya una empresa aleatoria, y los mismos contratos aleatorios se extienden, proporcionalmente, a la reducción del álea en ellos operada—, en el sentido, asimismo, de que la mejor gestión de las empresas entraña una mayor efectividad de las disposiciones jurídicas; cómo es lógico, la actitud ante estas aplicaciones por parte del Derecho es de estímulo, de ayuda, paralelamente, de control.

Pero es que, además, el derecho puede recurrir directamente a la probabilidad, empleándola como técnica de elaboración de las reglas jurídicas. En la elaboración de las reglas de prueba, disminuyendo el álea que la misma entraña al establecer reglas aplicables en todos los casos semejantes de ausencia o insuficiencia de pruebas. Estamos en presencia de las presunciones que, según el sentir común, expresan precisamente una probabilidad; ahora bien, es necesario observar que tal identificación entre presunción y probabilidad no es absoluta, y no lo es porque el Derecho persigue otros fines además de la búsqueda de la verdad, lo cual hace que, deseando mantener en ocasiones un cierto "statu quo", haya ciertas probabilidades que no transforma en presunciones y, a la inversa, que simples probabilidades den lugar a presunciones reforzadas. En la elaboración de las reglas de fondo: disposiciones fundadas en una presunción —leyes supletorias; probabilidades, presunciones que se encuentran en la base de una regla de derecho imperativo— y disposiciones cuantitativas —particularmente en el campo del Derecho financiero y del Derecho penal—. Los problemas aquí aumentan, pues los acontecimientos semejantes, aun dándose en gran número, no siempre son susceptibles de compensación para el jurista, que puede tener escrúpulos en compensar lo verdadero con lo falso, lo justo con lo injusto.

Con estas limitaciones, la posibilidad, y aún más, la necesidad de que el derecho utilice la probabilidad en presencia de series aparece evidente.

2. Asimismo, y aunque los límites surjan más pronto, es posible la utilización de la probabilidad en presencia de casos aislados de la forma siguiente:

si la estadística muestra que, en 100 casos de esta naturaleza, 70 son debidos a tal causa o producen tal resultado, se dirá que el caso considerado tiene el 70 por 100 de probabilidades de tener tal causa o producir tal efecto. Utilizado con prevención, el cálculo de probabilidades puede presentar aspectos positivos, para el juez como para los particulares. El juez tiene necesidad de fallar, a pesar de que las incertidumbres sean frecuentes y las evaluaciones difíciles; en el caso de que no pueda adquirir una certidumbre debe fundar su decisión sobre una verosimilitud, sobre una probabilidad, tanto para determinar los hechos pasados, como para establecer la participación de un hecho en la producción de un acontecimiento, e incluso para pronosticar cómo puedan desarrollarse hechos futuros. Para intensificar sus recursos ante tales problemas, el juez debería recurrir a las estadísticas, a la consulta de expertos, a la informática en fin, atemperando los resultados obtenidos mediante la apreciación de la relación existente, "in specie", entre la utilidad de una decisión justa y los inconvenientes de un error, consciente, además, de que hay dos límites consustanciales con la naturaleza misma de la probabilidad: el primero consiste en el margen existente entre la probabilidad y la certidumbre, el segundo aparece cuando ninguna probabilidad puede deducirse, el llamado "punto ciego" de la probabilidad.

Los particulares, por último, recurren muy frecuentemente a la teoría de las probabilidades, sea en los contratos, sobre todo en los aleatorios, mediante un estudio probabilístico, sea en los litigios, estudiando las posibilidades de triunfo por medio de la informática y del tratamiento de la jurisprudencia por ordenadores.

Benabent termina recapitulando sobre las ideas claves de su obra:

— La "chance" es combatida por el Derecho en sus manifestaciones naturales mediante un esfuerzo de eliminación del azar, un esfuerzo por neutralizarlo restableciendo la igualdad que ha roto y reconstituyendo la seguridad contra la que ha atentado.

— Esta recuperación se hace a nivel de una sociedad o de una colectividad lo bastante amplia para que la noción de probabilidad se pueda aplicar fácilmente; a partir de esta constatación: el azar, que juega a nivel de individuos aislados, no puede actuar al nivel del grupo que estos forman.

En este movimiento de recuperación, en este esfuerzo por pasar de la imprevisibilidad total a la certeza, un fenómeno de "pérdida" se produce en dos planos: entre el azar y la probabilidad, entre la probabilidad y la certidumbre. ¿Cómo combatirlos?

En cuanto al primero, el recurso a la probabilidad y a los métodos científicos es insuficiente por parte de los juristas, más aún, cuando así no fuese, siempre existiría un margen incomprensible entre azar y probabilidad, al que hay que añadir aquel, igualmente incomprensible, que separa la probabilidad de la certeza. Esto sabido, resulta curioso para Bénabent el ver cómo el derecho sigue aferrado a la idea de infalibilidad que implica la autoridad de cosa juzgada. A partir del momento en que la verdad judicial no repose ya sobre una certidumbre y unos principios fundamentales de equidad, sino sobre una probabilidad y unos elementos científicos más móviles, la infalibilidad de la cosa juzgada pierde su legitimidad.

¿Qué decir de la obra? Tomemos otra vez las palabras de Carbonnier:

"Alain Bénabent ha escrito un libro inteligente y nervioso. El vigor de la síntesis se refleja en el plan, en esa oposición entre azar y probabilidad. He aquí una tesis de filosofía del Derecho de las que los civilistas quisieran tener muchas: al mismo tiempo alimentada de Derecho positivo y generadora de aplicaciones. Es necesario ser un jurista maduro para filosofar así." Ciertas son. Armado de una bibliografía selecta e interdisciplinaria, hay muchas cosas sobre seguros, caso fortuito, carga de la prueba, contratos aleatorios, fuerza mayor, presunciones, responsabilidad, riesgos... que se pueden aprender en él. Quizá una sola observación. Habiendo sentado que la "chance", en su acepción de azar, es imparcial, pudiendo ser buena como mala, Bénabent, no sabemos si pesimista, se limita, sin embargo, a estudiar el azar en su aspecto perjudicial, descuidando la consideración de los azares, digamos, felices, aun cuando éstos puedan también romper la igualdad y atentar contra la seguridad. El mismo lo reconoce así, aludiendo someramente a algunos casos en que el Derecho se ocupa de contrarrestar "les hasards heureux". Quede esto saldado con la bondad de lo hecho, con las perspectivas abiertas, con las dudas y las inquietudes que ha logrado suscitar en el lector.

CARLOS ROGEL VIDE

MORALES MORENO, Antonio: "Posesión y usucapión" (Estudio de la posesión que conduce a la usucapión en el Código civil español). Madrid, 1972. Premio "Luis Vives" 1968. Junta de Estudios Económicos, Jurídicos y Sociales del C. S. I. C. Un volumen de XXVIII+383 págs.

Para la civilística, las cuestiones que presenta la posesión son siempre tan sugerentes que, como en el presente estudio, cuando se trata desde su perspectiva temporal, toda una problemática se plantea en el ámbito de las situaciones y relaciones jurídicas en cuanto a la seguridad del tráfico.

El doctor Morales, con una vocación de investigador, ya avalada por años de experiencia y de docencia, nos presenta ahora el fruto de su entusiasmo y de jornadas laboriosas de fecundo estudio en esta ejemplar monografía. El estudio de la estructura de la posesión que conduce a la usucapión está concebido en dos amplias secciones: la de los elementos integradores de la posesión. Dentro de la primera sección, sistematiza dos capítulos: uno primero, donde analiza el elemento material de la posesión que conduce a la usucapión y, otro segundo, sobre el elemento volitivo de esta posesión que conduce a la posesión.

Hay que destacar el conglomerado de valoraciones del elemento material de la posesión, las notas características de la tenencia en la posesión que conduce a la usucapión y la configuración del poder material. Además, los elementos volitivos, donde se matizan por el autor los conceptos de dueño, en cuanto requisito general de la posesión *ad usucapionem* y el *animus possidendi*. También, las relaciones entre la posesión en concepto de dueño y en concepto de tenedor, la referencia de la posesión en concepto de dueño a la posesión civil, la posesión en concepto de dueño y la usucapión, la posesión que no

es en concepto de dueño, los supuestos de posesión que no son en concepto de dueño y las particularidades de algunos títulos (inexistente, nulo, anulable, rescindible, simulado, fiduciario, etc.).

Los caracteres de la posesión que conducen a la usucapación son detalladamente examinados por el doctor Morales a través de situaciones de posesión pública y de posesión pacífica, así como los casos de voluntad en contra, delictiva o de desarrollo no pacífico. En el desarrollo sobre el tiempo de la posesión que conduce a la usucapación se consideran los aspectos de la adquisición y de los límites. Después de exponer las generalidades sobre los modos de adquirir la posesión, el autor aborda las formas originarias de adquirir la posesión *ad usucapionem* y la cesión de posesión o entrega, donde perfila con mano firme una problemática muy completa.

En cuanto a los límites de la posesión, se analizan muy particularmente los tipos de interrupción de la posesión: la interrupción natural de la posesión y la interrupción civil. Para la primera, el autor considera el abandono de la cosa y la renuncia; aquí vemos reflejadas ciertas dudas y contradicciones que la propia doctrina civilista no ha sabido superar, al no haber distinguido claramente entre "abandono" (acto tácito y *facta concludentia*) y "renuncia" (acto expreso y formal, tal como ya tenemos expuesto en otro lugar (1)). De este modo, la renuncia encajaría mejor como un acto civil de interrupción de la posesión al igual que una interrupción por sentencia o por reconocimiento del dueño.

Esta excelente obra, tan profunda y exhaustiva en su problemática, viene completada por un índice de obras citadas y un índice general, tan detallado, que ponen al lector en las particularidades sobre las cuestiones y sus fuentes. El galardón que mereció con el premio "Luis Vives", del C. S. I. C., son una prueba más de reconocimiento al estudio y vocación científica de su autor.

JOSÉ BONET CORREA

PRIETO CASTRO, GUTIERREZ DE CABIEDES, ALMAGRO NOSETE y RUIZ DELEITO: "Tribunales españoles. Organización y funcionamiento". Madrid, 1973. Editorial Tecnos. Un volumen de 228 págs.

Es ejemplar que un ilustre maestro del Derecho procesal español, con el grupo de sus colaboradores más directos, hayan emprendido una labor docente basándose en manuales más abreviados en los que un lector o un alumno se introducen en el conocimiento de una especialidad, teniendo a su disposición una guía concisa y clara del panorama total de la materia tratada, sin necesidad de hacerles pasar por las abrumadoras frondas de un "tratado", cuyo uso y empleo requerirá otros menesteres académicos o profesionales.

La adopción de este criterio, avalado por una dilatada y propia experiencia docente en la enseñanza universitaria, viene a corroborar y coincidir

(1) V. *La renuncia y el abandono liberatorios en el Código civil*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 211 (1961), pp. 241 ss.

con lo que ya desde varias generaciones se viene haciendo en las universidades europeas con sus manuales de instituciones, que no excluye el manejo de otras obras fundamentales y monográficas, así como las de carácter práctico, tan ausentes de nuestra bibliografía universitaria escolar.

El manual sobre los tribunales españoles, muy cómodo y manejable por su formato e impresión, divide la materia en una introducción y dos partes bien definidas: los tribunales jurisdiccionales y los que no lo son. En ocho títulos se aborda: la clasificación de los tribunales jurisdiccionales, sus clases, denominación, ámbito territorial y sus atribuciones; el personal integrante de los tribunales, los órganos cooperadores y auxiliares de la administración de justicia; la constitución de los tribunales; las reglas de atribución del conocimiento de los asuntos a los tribunales jurisdiccionales; las actuaciones de los tribunales y las resoluciones judiciales.

En la segunda parte, correspondiente a los tribunales no jurisdiccionales, se mencionan en su capítulo primero los órganos que no ejercen jurisdicción y, en el segundo, los tribunales y órganos no jurisdiccionales, como los tribunales de honor, sindicales, juzgados de apelación, órganos de arbitraje, tribunal de defensa de la competencia, el Consejo Supremo de Justicia Militar, Tribunal de Cuentas del Reino, el de Aguas de Valencia, jurados de riego, tribunal de contrabando, de delitos monetarios, central de la publicidad, así como otros varios.

JOSÉ BONET CORREA

PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo: "Modelos para la práctica jurídica procesal civil". Madrid, 1973. Editorial Tecnos. Un volumen de 278 págs.

La presente obra, que como su ilustre autor declara, viene a ser una tercera edición de la precedente, "Modelos de Actuaciones y Escritos para la Práctica Jurídica Procesal"; no obstante, se rectifica y concibe nuevamente, puesto que se pretende más que suministrar un catálogo exhaustivo de modelos, el orientar al alumno, o a quien la maneje, en la metodología judicial y forense, sobre todo en las materias más fundamentales de los juicios declarativos y de ejecución.

En todo caso, el autor se propone que se parta de la regla de que, tanto si se trata del órgano jurisdiccional como de las partes, es evidente que lo que se ha de hacer es limitarse a dar expresión concreta, lisa y llanamente para el caso particular, al texto de la ley rectamente interpretado. Dado que el formalismo procesal es un protector de la seguridad jurídica, ha de aspirar a que sea útil para la protección de los intereses y derechos de las partes en un juicio.

Los modelos se refieren, pues, a la jurisdicción, la competencia, a los actos de auxilio judicial, los actos de comunicación, las resoluciones judiciales, los actos secretariales, los actos anteriores o previos a un juicio o negocio, los actos de un proceso de mayor cuantía (fase expositiva, fase de prueba y fase de conclusión), al juicio verbal, los recursos, los juicios sumarios y especiales,

al proceso de trabajo, a la cláusula compromisoria y arbitraje, la ejecución forzosa singular, la suspensión de pagos y ejecución general, las medidas cautelares, las costas y el beneficio de justicia gratuita.

Por último, se incluyen unos facsímiles a fin de que la realidad práctica no nos extrañen con los formatos originales de ciertas actuaciones escritas.

JOSÉ BONET CORREA

RICO, Francisco: "La conducta de las personas en el Derecho civil". Segovia, s. a. Colegio Universitario "Domingo de Soto". Obra Social de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad. Un volumen de 312 págs.

La conducta de las personas dentro del área del Derecho civil, es decir, de las relaciones y situaciones jurídicas privadas, tiene un ámbito delimitado en figuras que tradicionalmente se han ido tipificando, pero sin que por ello queden limitadas ante la fuerza de la imaginación individual y de las relaciones sociales. La obra del Dr. Rico viene a ponerlo en evidencia, especialmente en la segunda parte de su obra, puesto que, en la primera, al abordar cuestiones generales acerca de la conducta, más bien se recoge el pensamiento de filósofos, sociólogos, penalistas y de otros autores varios.

Son, pues, objeto de su primera parte, el concepto y los aspectos de la conducta, su evolución histórica, los elementos que la integran (biológicos, socioculturales y sociojurídicos, el fundamento jurídico de la conducta en la libertad, la naturaleza jurídica de la conducta, sus transformaciones, las clasificaciones más importantes de la conducta, la prueba y la protección de la conducta. Los planteamientos, concebidos de un modo narrativo a través del panorama doctrinal, culminan en esta parte con la sugerencia de que se constituya un "Registro Central de Conductas".

La segunda parte, se concreta a las opiniones de la doctrina civilista más conocida acerca de la conducta siguiendo el orden expositivo de las instituciones encuadradas en el plan docente español del Derecho civil (parte general, derechos reales, derecho de obligaciones, derecho de familia y de sucesiones), ya que, en el germánico, se antecede el derecho de obligaciones a los derechos reales.

Dentro de la parte general se examinan los epígrafes: derecho y conducta, la conducta en las fuentes y como fuente del Derecho, el sujeto de derecho a través de la conducta, conducta y capacidad jurídica, conducta y actos jurídicos. En los derechos reales se consideran: conducta dominical y posesoria, usucapión y conducta y conducta comunidad. En las obligaciones y contratos se analizan: conducta y obligación, la conducta de los sujetos y el contenido de la obligación, la conducta en el cumplimiento y transmisión de las obligaciones y conducta y contrato. Para el derecho de familia se trata: la conducta en la relación familiar, conducta y filiación, conducta y patria potestad, conducta y deuda alimenticia, la conducta en la adopción y la conducta en la institución tutelar. Por último, en el derecho sucesorio se

aborda: la conducta en la adquisición de la herencia, conducta y testamento, condutca y desheredación.

La obra termina con unas conclusiones prácticas sobre la conducta respecto de concursos, oposiciones y cargos, así como en los medios de comunicación (prensa, televisión y radio) y especialmente en el mundo de la empresa, por lo que estima se haga necesario un "Registro Central de Conductas". Un índice de libros sobre la materia y otro de autores cierran esta monografía sobre la conducta de las personas en el Derecho civil.

JOSÉ BONET CORREA

SANZ JARQUE, Juan José: "Cooperación, teoría y práctica de las sociedades cooperativas", Universidad Politécnica de Valencia, Departamento de Derecho y Sociología, 1974, 842 págs.

Sanz Jarque es persona que conoce los problemas del campo, los ha vivido en su propia tierra natal, pero además los ha comprendido y ha intentado y conseguido solucionar muchos de ellos desde su puesto de funcionario en el Servicio de Concentración Parcelaria y más adelante en el Iryda. Hoy, Catedrático de Derecho Agrario en la Universidad Politécnica de Valencia, no es un puro teórico del Derecho. Sus conocimientos agraristas se hallan avalados y respaldados por larga experiencia acumulada a través de años. Y uno de los ámbitos en que la misma se ha proyectado ha sido el de la cooperación.

A la ya importante lista de sus publicaciones, debemos añadir hoy esta interesante obra de la que damos noticia, en la que recoge en lo fundamental las lecciones pronunciadas y comunicaciones presentadas, o trabajos efectuados por él y por otros especialistas o prácticos en la cooperación o en temas político agrarios económicos o de vivienda, como son: Luis Amat Escandell, Doctor en Derecho, Profesor de Universidad; Rafael Carbonell de Masy, Director de la E. T. E. A. de Córdoba; Pascual Carrión Carrión, Doctor Ingeniero Agrónomo; José Luis del Arco Alvarez, Notario de Madrid, Presidente de la A.E.C.O.P.; José Luis Espinosa Yáñez, Licenciado en Derecho, Profesor de Universidad; Francisco Eugenio Díaz, Doctor en Derecho, Profesor de Universidad; Joaquín Fernández Fernández, Doctor en Ciencias Económicas, Jefe de la Obra Provincial de Cooperación de Barcelona; Luis Font de Mora, Doctor Ingeniero Agrónomo; Luis García de Oteyza, Doctor Ingeniero Agrónomo, Expresidente del I.R.Y.D.A., Presidente del F.O.R.P.A.; Leovigildo Garrido Egido, Doctor Ingeniero Agrónomo, Catedrático de Universidad; Marcelino Gavilán Estelat, Consultor de la F.A.O.; Tomás Giménez Lorente, Abogado, Secretario Técnico de la Hermandad Sindical Nacional de Labradores y Ganaderos; Juana Gual, Sociólogo; Manuel Hernández Pagan, Jefe Regional del Servicio de Extensión Agraria; David Herrero Lozano, Abogado del Estado; Manuel Jordán Montañes, Doctor en Derecho, Profesor de Universidad; Enrique Mas Pascual, Ingeniero Agrónomo, Profesor de Universidad; Joaquín Mateo Blanco, Director del Centro Nacional de Educación Cooperativa; Luis Mombiedro de la Torre, Doctor Ingeniero de Montes, Presidente de la Hermandad Sindical Nacional de Labradores y Ganaderos, Presidente de la

Confederación Europea de Agricultura; Vicente Mortes Alfonso, Doctor Ingeniero de Caminos, Exministro de la Vivienda y Presidente del Patronato de la Universidad Politécnica de Valencia; José Pomares Martínez, Abogado, Asesor de la Caja Rural Nacional; Ivano Rinaldi, Profesor de la Universidad de Bolonia; Juan José Sanz Jarque, Doctor en Derecho, Catedrático de Derecho Agrario y Sociología, Director de la Asociación Española de Derecho Agrario; Gonzalo Torres Roca, Ingeniero Agrónomo; Alfonso Vázquez Fraile, Presidente de la Unión Nacional de Cooperativas de Vivienda; Juan Antonio Vivar Delgado, Abogado, Miembro del Consejo Superior de Cooperación.

Después de una breve Introducción y en la que pudiéramos llamar Parte General de la obra, se analiza el origen y evolución del Movimiento Cooperativo para entrar después en el examen del fundamento, concepto y clases de cooperativas, reglas generales de constitución, principios y legislación cooperativa.

En la parte especial se estudian las diversas clases de cooperativas con particular detenimiento en las agrarias, no sólo en España, sino en diversos países extranjeros, y con específicas referencias a realidades cooperativas en la región valenciana.

Aunque la mayor parte de los trabajos se refieren al cooperativismo agrario, no faltan referencias a las cooperativas industriales, de crédito, de consumo y de vivienda, que tienen su adecuado estudio en otros tantos capítulos del libro que presentamos.

No todos sus autores son juristas, pero no todos los temas que se ofrecen son jurídicos; los hay económicos, psicológicos, sociológicos y hasta políticos, aunque, eso sí, relacionados con la cooperación.

El Profesor Sanz Jarque ha sabido ensamblar tan variado material de forma que aparezca, pese a las dificultades de su labor, como un conjunto sistematizado de interés y en el que el lector puede hallar una fácil guía, una iniciación y un estímulo en el estudio de este tipo de sociedad como es la Cooperativa, de tanta importancia en los tiempos actuales.

Es, en suma, un libro de gran valor didáctico al que auguramos feliz acogida entre los estudiosos de los temas cooperativos.

FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: "Estudios sobre Derecho de cosas". Madrid, 1973. Editorial Motecorvo, S. A. Un volumen de 612 págs.

La obra científica de un jurista se ve obligada en muchas ocasiones a aparecer un tanto diseminadamente, no sólo en razón del método inductivo aplicado particularmente a sus instituciones, sino debido al *modus operandi* conflictual y casuístico con el cual ha de tratar el planteamiento y resolución de las cuestiones jurídicas. De aquí que se vayan abordando una serie de facetas y aspectos de una misma institución, o de aquellas otras correspondientes a un ámbito común y aparezcan como publicaciones separadas a pesar de su dependencia y conexión.

Cuando estas publicaciones separadas se reúnen dentro de un mismo volumen, a la unidad material se le añade su unidad interna o sustantiva. Tal es el caso de los estudios sobre Derecho de cosas o derechos reales que nuestro gran e ilustre jurista, académico y notario, Vallet de Goytisolo reúne en este amplio tomo, donde se identifican con mayor intensidad sus posiciones originales, a pesar de haberlas dado a conocer por separado en otros lugares.

Vallet, siempre en la vanguardia científica de la problemática jurídica, aborda magistralmente temas y cuestiones, como las que componen este volumen de estudios; así, “la concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble”; el “fundamento, función social y limitaciones de la propiedad privada”; “la distinción entre derechos reales y derechos de crédito”, “el problema de los denominados derechos sobre derechos”; “la determinación de las relaciones jurídicas referentes a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto de tercero”; la “especulación del suelo, plusvalías urbanas y planificación territorial”; “la buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública”; “el § 1.º del artículo 464 del Código civil, según la Sentencia de 19 de junio de 1945 y el requisito de la buena fe”; “la reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código civil”; “notas críticas sobre la pretendida naturaleza personal del derecho arrendaticio”; y, “la repercusión de la extinción del usufructo en los arrendamientos concertados por el usufructuario”.

Por la especialidad y concreción de los temas, el lector podrá apreciar el interés y actualidad de esta obra, que contiene una abundante bibliografía, correspondientes índices para materias o analítico y de autores.

JOSÉ BONET CORREA

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
CHICO ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

DERECHO MERCANTIL

FUSIÓN POR ABSORCIÓN.—NO ES INSCRIBIBLE EN EL FOLIO DE LA SOCIEDAD ABSORBENTE, UNA ESCRITURA DE FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES POR ABSORCIÓN DE UNA DE ELLAS QUE APARECE INSCRITA EN REGISTRO DISTINTO, SIN QUE CONSTE PREVIAMENTE EN ÉL LA DISOLUCIÓN DE ESTA ÚLTIMA. (Resolución de 21 de junio de 1971, *Boletín Oficial del Estado* de 7 de agosto de 1971).

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid don Roberto Blanquer Uberos contra la negativa de V. S. a inscribir una escritura de absorción social:

Resultando que mediante escritura autorizada en Madrid por el Notario recurrente en 15 de junio de 1970, entre otros actos jurídicos se declaraba la disolución de «INEXA, Compañía Mercantil de Responsabilidad Limitada», inscrita en el Registro de Valencia, que quedaría absorbida por la Anónima inscrita en el de Madrid, denominada INA, cuyo capital social se ampliaba en la medida pertinente y a la que pasaría en bloque todo el patrimonio social de la primera, entregándose en compensación a sus socios las correspondientes acciones de la Sociedad absorbente;

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «No se practica operación alguna por virtud del presente documento, por faltar la inscripción de la disolución de la Sociedad Industrias y Explotaciones Agrícolas, S. L. —INEXA, S. L.— en el Registro Mercantil de la provincia de Valencia, que previene el artículo 146 de la Ley sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951»;

Resultando que subsanado el defecto por haberse inscrito el documento en el Registro Mercantil de Valencia en cuanto a la disolución de INEXA y practicada la inscripción, el Notario autorizante del expresado documento interpuesto, a efectos puramente doctrinales, recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo, contra la anterior calificación, y alegó: que, en general las causas de disolución, cualquiera que sea su origen y justificación, persiguen la finalidad negativa de hacer desaparecer la Sociedad que se disuelve con el natural cese de sus actividades y liquidación patrimonial consiguiente; que la absorción es, por el contrario, una causa de disolución de la absorbida, basada en la concentración de empresas, en la cual desaparece la actividad separada o independiente de la entidad absorbida, pero continuando integrada en la Sociedad resultante de la concentración; que en ella, aunque exista una liquidación patrimonial previa a instancia de los acreedores o accionistas disidentes, el acuerdo de fusión no persigue primordialmente el reparto del patrimonio social, sino un traspaso en bloque del mismo, por lo que funcionalmente es igual que figure

primero la disolución o la absorción; que al tratar de modo general esta materia la Ley de Sociedades Anónimas, en sus artículos 146, 147 y 148, mantiene un criterio cronológico al ocuparse el primero de la disolución de la Sociedad que se extingue; el segundo, de la creación de la Sociedad nueva en el caso de fusión simple, y el tercero, de la ampliación de capital de la Sociedad preexistente en el supuesto de fusión por absorción; que el legislador pudo redactar los citados artículos con criterio funcional en vez de cronológico, con resultados más lógicos, como ha puesto de relieve la doctrina, según la cual, en la fusión, el asiento de disolución no tiene por finalidad esencial publicar ésta, sino la dicha fusión de la que la disolución es consecuencia; que según el Reglamento del Registro Mercantil de 1919, cuando la fusión de Sociedades se hacía por incorporación de una a otra, la inscripción se realizaba en la hoja de la Sociedad subsistente, cerrándose la de aquella que desaparecía, mediante una simple nota de referencia; que actualmente entiendo rige el mismo criterio, aunque la doctrina se ha planteado algunas dudas, por estimar que se exige legalmente una mayor claridad en la constancia de disolución de la Sociedad que se extingue; que en la práctica se pueden distinguir varios supuestos en que la fusión y disolución se documentan de forma diferente; que si la escritura de disolución se otorga por la Sociedad absorbida, no se cerrará el ciclo hasta que la fusión tenga lugar, lo que comportará la necesidad de extender en su folio la nota correspondiente y, en definitiva, el asiento de disolución sólo publicaría la eventual, futura e incierta extinción que sólo tendría lugar en caso de ejecución de la absorción; y que si la escritura se otorgase por representantes de las dos Sociedades —caso del recurso— la inscripción base de la absorción que se extiende en el folio registral de la Sociedad absorbente, comprende la disolución de la Sociedad que se extingue, cuya hoja registral se cerrará con una simple nota, según el modelo oficial, que podrá tener lugar con posterioridad;

Resultando que el Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que el recurrente omite el hecho fundamental de que la Sociedad absorbente estaba inscrita en el Registro Mercantil de Madrid y la absorbida en el de Valencia; que si ambas Sociedades hubieran estado inscritas en el mismo Registro, habría realizado una sola inscripción de absorción y disolución en la hoja de Sociedad absorbente y extendido nota de cierre en el folio de la absorbida; que el Registro Mercantil de Madrid no podía practicar inscripción alguna en la hoja de la Sociedad absorbente hasta que constara en el de Valencia la extinción de la Sociedad absorbida, ya que podían existir circunstancias que habría que tener en cuenta en la calificación, como sería, por ejemplo, la existencia de un asiento de suspensión de pagos de la Sociedad absorbida; que si se inscribiera la fusión en el Registro de Madrid antes de la disolución en el de Valencia, podría ocurrir que después se denegase la inscripción en éste, con la consecuencia de subsistir formalmente una Sociedad extinguida, lo que originaría una inexactitud registral; que el artículo 137 del Reglamento del Registro Mercantil y su modelo XIII no se oponen a que, en el caso de que se trate de Sociedades inscritas en distintos Registros se inscriba primero la disolución y luego la fusión, poniéndose, por último, la nota de cierre registral en el folio de la Sociedad disuelta; que la disolución de la Sociedad absorbida se realiza en la escritura que originó el recurso, y esa disolución deberá inscribirse en el

Registro Mercantil correspondiente, según dispone el número 7 del artículo 86 del Reglamento; que al inscribir la previa disolución, el Registro Mercantil de Valencia confirma la nota recurrida; que si se inscribiere primero la absorción, sus efectos habrían de quedar pendientes hasta que se inscribiese la disolución y ese condicionamiento necesario, dada la naturaleza de las inscripciones registrales, no se pide en la escritura calificada; y que, como fundamentos legales de su acuerdo denegatorio, señala los artículos 30, número 4, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 146 de la de Anónimas; 3, 15, adicional 4.ª, 86, número 7, 137 y modelo XIII del Reglamento de Registro Mercantil, y 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento.

Doctrina.—«Considerando que la cuestión planteada en el presente recurso consiste en determinar si en la fusión de sociedades mercantiles realizada mediante la absorción de una por otra, cuando ambas figuran inscritas en distinto Registro Mercantil, es necesario que previamente se haya inscrito la disolución de la sociedad absorbida en el Registro Mercantil donde se encuentra inscrita, para que pueda inscribirse la fusión en el Registro Mercantil de la sociedad absorbente.»

«Considerando que conforme al último párrafo del artículo 137 del Reglamento del Registro Mercantil, y según parece también desprenderse del modelo XIII de los que acompañan a dicho Reglamento, la disolución de la sociedad absorbida se realiza en la misma inscripción de fusión que se practica en la hoja correspondiente a la sociedad absorbente, con extensión en la hoja de aquélla de una simple nota de cierre al margen de su última inscripción.»

«Considerando que cuando ambas sociedades están inscritas en el mismo Registro Mercantil, la aplicación del citado precepto reglamentario no ofrece en principio ninguna dificultad, ya que el Registrador Mercantil puede calificar perfectamente el título atendiendo no sólo a éste, sino también a lo que resulte de «los correspondientes asientos del Registro», según el artículo 5 del Reglamento del Registro Mercantil, lo que no ocurre cuando la sociedad absorbida está inscrita en distinto Registro Mercantil y el Registrador a quien corresponde practicar la inscripción de fusión por absorción desconoce los asientos registrales de esta última, con la posibilidad de que exista en ellos alguna circunstancia que impida la absorción.»

«Considerando que el régimen establecido en el último párrafo del artículo 137 del citado Reglamento, que atiende primordialmente a una simplificación de operaciones registrales a practicar, parece dictado exclusivamente para el supuesto de que ambas sociedades estén inscritas en el mismo Registro, lo que permite que se realice en forma simultánea la inscripción de fusión por absorción y la disolución, pero cuando no es así, es indudable que la sociedad absorbida, de seguirse idéntico criterio, podría continuar desarrollando su actividad aun después de haberse inscrito su disolución en el Registro de la sociedad absorbente, en contradicción de las normas generales contenidas en los artículos 146 de la Ley de Sociedades Anónimas, 30, 4.º, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y 86, 7.º, del Reglamento del Registro Mercantil, que ordenan la inscripción de la disolución de las sociedades, en la hoja abierta a cada una de ellas, a fin de determinar el momento exacto en que ello ha tenido lugar.»

«Considerando que no constituye obstáculo al anterior criterio la peculiar naturaleza que reviste la disolución por absorción, puesta de manifiesto por el No-

tario recurrente a lo largo de su escrito, ya que es indudable que el asiento que se extienda publicará la causa que ha motivado dicha disolución, o sea, la absorción de la sociedad.»

Esta Dirección General ha acordado confirmar la nota y acuerdo del Registrador.

Consideraciones críticas.—La presente Resolución aborda el problema de la fusión de sociedades, en su modalidad de absorción, por sociedades inscritas en Registros Mercantiles de distintas poblaciones y que el Notario autorizante provoca por razones puramente doctrinales, después de haber subsanado el defecto que la nota calificadora establecía. Juegan un importante papel los artículos 146 a 148 de la Ley de Sociedades Anónimas, el artículo 137 del Reglamento del Registro Mercantil y el Modelo XIII acompañatorio de dicho Reglamento. Aparte de ello citaremos otros preceptos que pueden llevarnos a conclusiones muy de acuerdo con las sustentadas por la Dirección General, en contra de la tesis sostenida brillantemente por el Notario recurrente.

Estimo que en esta discusión doctrinal provocada por el recurso, están indebidamente mezcladas dos ideas que, por supuesto, son compatibles, pero que aisladamente pudieran llevarnos a puertos de conclusiones más pacíficas. Una puede ser el aspecto sustantivo del fenómeno que entraña la fusión y otro el aspecto formal de su reflejo en el Registro Mercantil. Anticipemos, sin embargo, que al hablar de creación y extinción de Sociedades Mercantiles la inscripción y, por supuesto la cancelación, vienen a ser requisitos sustanciales para reputar existentes o extinguidas las mismas. Afirmación ésta que, aun siendo discutida doctrinalmente, es presupuesto básico que la Ley refleja en el artículo 6 y en el 153 y que el Reglamento del Registro Mercantil ratifica en el artículo 86. Partiendo de estas bases vamos a distinguir los dos aspectos citados.

a.—*Aspecto sustantivo.*—El fenómeno de la fusión y cualquiera que sea la clase o la forma de llevar a cabo esta transformación del ente social exige, a juicio de RODRIGO URÍA, cuatro presupuestos: 1.º Disolución de todas o de alguna de las sociedades que se fusionan. 2.º Transmisión en bloque de los patrimonios de las sociedades disueltas a la sociedad anónima nueva o a la absorbente. 3.º Ausencia de liquidación en las sociedades fusionadas, y 4.º Paso de los socios que integraban las sociedades extinguidas por la fusión a la sociedad nueva o a la absorbente.

El autor anteriormente citado, con el prestigio que su opinión lleva consigo, dice que es cosa evidente que la fusión exige en todo caso la disolución de alguna de las sociedades participantes en la operación. Si los artículos 142, 146 y 148 de nuestra Ley ya son por sí suficientemente claros sobre este punto, viene además el artículo 150 a disipar cualquier posible duda, incluyendo entre las causas de disolución de la sociedad anónima «la fusión o absorción a que se refieren los artículos 142 y 148». Está, pues, claro —remata el autor citado— que sin disolución no puede haber fusión.

Previa, pues, a la absorción está la disolución de la sociedad absorbida, aunque esta disolución esté basada, como dice el Notario en su informe, en la concentración de empresas, en la cual desaparece la actividad separada e independiente de la entidad absorbida, pero continuando integrada en la Sociedad resultante de la concentración. La absorción es, conforme hemos visto, una causa de disolución. La

Dirección General en su último considerando así lo reconoce e igualmente el Notario, pero mientras este último estima que es lo mismo que figure primero la disolución o la absorción, la Dirección matiza y considera que «el asiento que se extienda publicará la causa que ha motivado dicha disolución, o sea, la absorción de la sociedad». Con ello no creo que la Dirección General quiera decir que lo único que va a publicar el Registró sea la absorción y como consecuencia de la misma el cierre registral de la sociedad absorbida, sino que el asiento que se practique reflejará la disolución de la sociedad como requisito previo para poder realizar la absorción, que es causa de dicha disolución.

Lo que sucede es que, por razones de economía, la escritura de fusión reflejará la previa disolución y la absorción, así como en el Registro se hará constar el cierre y la inscripción de absorción. Todo ello conforme a lo que disponen los artículos 148 de la Ley de Sociedades Anónimas, 137 del Reglamento del Registro Mercantil y Modelo XIII acompañatorio. Sin embargo, esta normativa, pensada para los casos normales, al no contemplar el supuesto de hecho ahora existente entorpece la argumentación sustantiva.

Tampoco creo que pueda ser argumento decisivo el utilizado por el Notario al contemplar el supuesto de que sea la sociedad absorbida la que otorgue la escritura de disolución, pues en este caso, dice el recurrente, el asiento de disolución que se practique sólo publicará la eventual, futura e incierta extinción que sólo tendría lugar caso de ejecución de la absorción. Aún suponiendo que pueda darse ese caso, lo que ya es difícil admitir es que solamente se presente a inscripción la escritura de disolución sin ser acompañada de la de absorción. No obstante, aún admitiendo ese supuesto excepcional, lo que sí sucedería es que si la escritura de absorción no se otorga, siempre habría la posibilidad de rectificar el Registro conforme a las normas del Reglamento Hipotecario (disposición cuarta de las transitorias y adicionales).

b.—*Aspecto formal.*—Parece ser decisiva para resolver el aspecto formal de la cuestión la forma de proceder que impone el artículo 137 del Reglamento del Registro Mercantil y el Modelo XIII ya citado, conforme a los cuales hay que realizar una sola inscripción de absorción y disolución en la hoja de la sociedad absorbente y extender nota de cierre en el folio de la absorbida. Así lo reconoce una de las argumentaciones dadas por el Registrador en defensa de su nota y la Dirección General en uno de sus considerandos, refiriendo, sin embargo, esa forma de proceder al solo caso de que ambas sociedades —absorbente y absorbida— estén en un mismo Registro.

La disposición cuarta de las transitorias y adicionales del Reglamento del Registro Mercantil remite al Reglamento Hipotecario en las materias de jurisdicción disciplinaria, publicidad formal, rectificación de errores, honorarios «y demás materias no previstas en este Reglamento». Forzando un poco la argumentación hemos visto que el caso contemplado por el recurso no estaba incluido expresamente en la norma reglamentaria, pues aplicando la misma a ese supuesto podrían contravenirse otras como el artículo 146 de la Ley de Sociedades Anónimas, 30, 4.º de la Responsabilidad Limitada y 86, 7.º del Reglamento Mercantil.

Si no estaba contemplado, habrá que acudir al Reglamento Hipotecario y en él ver el espíritu que anima la doctrina contenida en el artículo 383 al dictar una norma coordinadora entre dos Registros: es imposible inscribir en el Registro de la

Propiedad una aportación a sociedad que antes no está inscrita en el Registro Mercantil. La doctrina es clara y perfectamente aplicable al caso contemplado: no es posible inscribir una absorción de sociedad que previamente no se ha disuelto y su disolución se ha hecho constar en el Registro respectivo.

Es bien cierto, como pone de relieve JESÚS RUBIO, que la Ley de sociedades anónimas no expresa la necesidad de la inscripción de la absorción, siendo una laguna inexplicable, pues constituye el elemento decisivo para determinar el momento de eficacia de la fusión y la posición como socios de la sociedad absorbente de los procedentes de las absorbidas, pero también es cierto que si la Ley no lo dice, pueden ser aplicadas las normas de modificación estatutaria, y los artículos 86, 136 y 137 del Reglamento Registro Mercantil.

Aparte de estos argumentos, la Dirección General acertadamente añade que el artículo 137 del Reglamento del Registro Mercantil es perfectamente aplicable en los casos en que ambas sociedades están inscritas en un mismo Registro Mercantil, ya que el Registrador puede calificar ateniéndose a lo que resulte de «los correspondientes asientos del Registro», lo que no ocurre en el caso del recurso, con la posibilidad de que pueda existir en los que el Registrador no tiene a la vista alguna circunstancia que impida la absorción.

SOCIEDAD COMANDITARIA: CESE Y NOMBRAMIENTO DE GERENTE.—LA VOLUNTAD SOCIAL EN UNA SOCIEDAD DE TIPO PERSONALISTA PUEDE MANIFESTARSE DE CUALQUIER MODO, SIN QUE SEA NECESARIO ACUDIR A LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE NORMAS ESPECIALES DICTADAS PARA OTRA CLASE DE SOCIEDADES. (Resolución de 2 de noviembre de 1971, *Boletín Oficial del Estado* de 1 de diciembre de 1971).

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto por don Ricardo Rodríguez Quintana y otros, contra la negativa de V. S. a inscribir un acuerdo sobre cese y nombramiento de Gerente de la Sociedad en comandita «Rodríguez y Moreno»;

Resultando que por escritura otorgada en Las Palmas, el 25 de octubre de 1922, ante el Notario don José Múrtula Soler, se constituyó la Compañía Mercantil Rodríguez y Moreno, Sociedad en comandita; que como consecuencia de acuerdo tomado en Junta General el 22 de agosto de 1946 se otorgó otra escritura ante el Notario don Juan Zabaleta Corta, cuya cláusula II dice lo siguiente: «La designación de Gerente a favor de don Alejandro Rodríguez Quintana, es irrevocable mientras dure la vida de los padres de los otorgantes, don Francisco Rodríguez Moreno y doña María del Carmen Quintana Cruz, pero una vez fallecidos ambos padres, podrán los socios colectivos, por mayoría de capital, designar nuevo Gerente si así lo estimasen conveniente, pero entendiéndose que mientras no hiciesen uso de este derecho seguirá desempeñando el cargo de Gerente don Alejandro Rodríguez Quintana»; que una vez fallecidos los citados padres, mediante acta autorizada por el Notario de Las Palmas don José María Bloch Rodríguez, el 14 de noviembre de 1969, los recurrentes, que integraban, junto con el Gerente, la totalidad de los socios, requirieron a don Alejandro Rodríguez Quintana, que ocupaba el mencionado cargo, para que con toda urgencia, y en el plazo máximo de cinco días, convocase Junta General, que habría de celebrarse dentro de los

veinte siguientes, con objeto de nombrar nuevo Gerente, absteniéndose, mientras tanto, el requerido, de realizar otras operaciones que las indispensables al normal desarrollo del negocio; que el notificado contestó dentro del plazo legal accediendo a la petición y citando, en consecuencia, a los socios a Junta General, que habría de tener lugar el 17 de diciembre, en el domicilio social, para tratar del nombramiento de nuevo Gerente y presentar el balance de situación; que los recurrentes estimaron que el plazo señalado era demasiado largo, por lo que acordaron celebrar la reunión en fecha más próxima, y, a tal fin, el 21 de noviembre de 1969, mediante acta autorizada por el Notario don Mariano Nieto Lledó, citaron al mencionado Gerente, don Alejandro Rodríguez Quintana, para la Junta que se celebraría el 26 de noviembre de 1969; que el requerido manifestó que tenía que ausentarse a Madrid, exhibiendo a tal efecto pasaje en la Compañía Iberia, adquirido el día 15 anterior, para ser utilizado el 23, por cuyo motivo no estaría en la reunión del 26, manteniendo por su parte la convocatoria hecha por él para el 17 de diciembre, que se acomodaba, según dijo, a las pretensiones de los requirentes, y sin que hiciese uso de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley de Sociedades Anónimas, que señala un plazo de treinta días a partir de la fecha en que hubiesen sido requeridos notarialmente los Administradores para convocar a Junta general; que igualmente manifestó que consideraba ilegal la convocatoria de los requirentes por ser contraria a lo pretendido por ellos mismos en su requerimiento de 14 de noviembre y a lo dispuesto en el citado artículo 56 de la Ley de Sociedades Anónimas; que en el mismo acto requirió, a su vez, a los requirentes para que se abstuviesen de inmiscuirse en los asuntos y negocios de la Compañía, de penetrar en sus locales y de sacar libros y papeles de la Sociedad, debiendo reintegrar los documentos contables que habían tomado, acción que paralizaba la contabilidad de la Empresa; que el señalado 26 de noviembre se celebró, sin la asistencia del gerente, don Alejandro Rodríguez Quintana, la Junta general convocada por los restantes socios, tomándose el acuerdo de destituir al nombrado gerente, designando para sustituirle a don Arturo Rodríguez Quintana, quien tendría las facultades administrativas que específicamente se señalaban; con fecha de 7 de octubre de 1970 se presentó en el Registro Mercantil de Las Palmas una certificación del acta de la anterior Junta general, cuya inscripción fue denegada, sin que se recurriese contra la misma; que el 2 de enero de 1971 los concurrentes a la Junta del 26 de noviembre de 1969 comparecieron en el estudio de don Mariano Nieto Lledó y le manifestaron que habían decidido celebrar nueva Junta general el día 15 siguiente para ratificar los acuerdos tomados en la reunión anterior, por lo que le requerían para que citase al socio don Alejandro Rodríguez Quintana, diligencia que tuvo lugar el día 5 de enero, manifestando el interesado que la convocatoria no era válida por las razones que expuso; que el día 15 de enero, y en presencia del citado notario, tuvo lugar la reunión anunciada con asistencia de todos los socios colectivos—excepto el antiguo gerente—, que ostentaban la mayoría absoluta del capital social, asistiendo también, aunque sin voz ni voto, el único socio comanditario, don Manuel Rodríguez Quintana; que en la reunión se acordó ratificar el cambio de gerente tomando en la Junta celebrada el 26 de noviembre de 1969 y el otorgamiento de la correspondiente escritura pública para su inscripción en el Registro Mercantil; y que el 23 de marzo de 1971 se otorgó tal escritura,

aceptando don Ricardo Arturo Rodríguez Quintana el cargo para el que había sido nombrado, prometiendo desempeñarlo fiel y lealmente;

Resultando que presentada en el Registro Mercantil de Las Palmas primera copia del anterior documento, junto con otros complementarios, fue calificada con una nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción que se pretende, del acuerdo sobre revocación en el cargo de gerente de la Sociedad, del socio colectivo don Alejandro Rodríguez Quintana y nombramiento del nuevo gerente, con específicas facultades de administración, en favor del también socio colectivo, don Ricardo Arturo Rodríguez Quintana, porque no obstante haberse tomado dicho acuerdo por los restantes socios, con exclusión del primeramente nombrado, esta voluntad, aunque mayoritaria, no constituye verdadero «acuerdo social» con fuerza vinculante, toda vez que se adopta en reunión no convocada debidamente, o sea, por el socio que en tal momento ostentaba la cualidad de gerente y administrador único de la Sociedad, quien, por otra parte, y a requerimiento de los demás socios, había convocado a Junta general, con el preciso objeto de proceder estatutariamente a la designación de nuevo gerente—aparte de la presentación de balance de situación correspondiente—, sin que toda la documentación aportada resulte que dicha Junta hubiese tenido lugar ni los motivos de su no celebración»;

Resultando que don Ricardo Rodríguez Quintana y otros socios de la Compañía Mercantil «Rodríguez y Moreno», Sociedad en comandita, interpusieron recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, y alegaron: que en la segunda quincena de noviembre de 1969, es decir, después de haber sido requerido para que se abstuviera de disponer del patrimonio social y convocase Junta general para el nombramiento de nuevo gerente, don Alejandro Rodríguez Quintana, pretextando dificultades de tesorería, gestionó y obtuvo de los Bancos Hispano Americano y Español de Crédito, de Las Palmas, que le admitiera a descuento, en cada uno de ellos, una letra por valor de quinientas mil pesetas, libradas por «Rodríguez y Moreno», Sociedad en comandita, y aceptadas por Almacenes Bravo, S. A., Empresa perteneciente a la primera Sociedad, según resulta del balance de situación cerrado el 31 de octubre de 1969, si bien todas sus acciones fueron adquiridas por don Alejandro Rodríguez Quintana durante su gerencia; que abonado medio millón de pesetas en las respectivas cuentas de «Rodríguez y Moreno», Sociedad en comandita, en cada uno de los citados Bancos, fue extraído el millón de pesetas mediante cuatro cheques de doscientas cincuenta mil pesetas firmados por el interesado como gerente de «Rodríguez y Moreno», Sociedad en comandita, y que ingresó en su cuenta personal de la Caja Insular de Ahorros; que las dos letras de cambio referidas no fueron atendidas a su vencimiento, por lo que se protestaron, y sus respectivos importes—un millón de pesetas en total—cargados en las cuentas de «Rodríguez y Moreno», Sociedad en comandita, en los Bancos tenedores; que teniendo en cuenta los anteriores acontecimientos y temiendo que la demora en la reunión de la Junta diese ocasión a nuevas maquinaciones en propio beneficio del gerente, decidió a los recurrentes a convocar la Junta señalada para el día 26 de noviembre, a la que fue citado notarialmente don Alejandro Rodríguez Quintana; que la reunión tuvo lugar en la fecha indicada sin la asistencia del mismo, pero sí la de todos los demás socios, que representaban las siete

octavas partes del capital colectivo; que en tal Junta se acordó por unanimidad la remoción como gerente de don Alejandro Rodríguez Quintana, nombrándole para sustituirle a don Ricardo Arturo Rodríguez Quintana y así consta en el acta de la reunión levantada por el notario don Mariano Nieto Lledó, que asistió a la misma; que presentada en el Registro certificación de los acuerdos tomados, fue denegada la inscripción por determinados defectos que se señalaban en nota de fecha 8 de octubre de 1970; que para resolver esta dificultad se convocó nueva Junta general para el día 15 de enero de 1971, a la que fue notarialmente citado el antiguo gerente; que la reunión tuvo lugar en la fecha indicada, con asistencia de todos los socios de la Compañía, salvo el colectivo mencionado, ratificándose por unanimidad el acuerdo de sustituir al anterior gerente, don Alejandro Rodríguez Quintana, por don Ricardo Arturo Rodríguez Quintana, a cuyo efecto se otorgaría la oportuna escritura pública para su inscripción en el Registro Mercantil; que autorizada ésta por el notario don Mariano Nieto Lledó, que había concurrido a la Junta, se presentó en el Registro primera copia del citado instrumento, acompañado de certificaciones de defunción de los padres de los interesados, que fue calificada con nota contra la cual se recurre; que las sociedades comanditarias por acciones carecen de reglamentación propia en la legislación española, por lo que debe entenderse que le son aplicables las normas de las comanditarias simples, las cuales, de acuerdo con la Ley—arts. 145 y ss. del Código de Comercio—y la doctrina, son una subespecie de la compañía colectiva; que en la gestión de estas sociedades, si falta designación del Administrador todos los socios colectivos lo son, si fue nombrado estatutariamente no podrá ser removido del cargo por los otros socios colectivos, pero si no fue nombrado en el contrato social puede ser libremente privado de la gerencia en el modo y forma previstos en las reglas sociales o acto en que fue nombrado; que éste es el supuesto aplicable, según lo expuesto, a la Compañía «Rodríguez y Moreno», Sociedad en comandita; que según la escritura de 22 de agosto de 1946 «podrán los socios colectivos, por mayoría de capital, designar nuevo gerente», sin que se hable para nada de previa reunión o Junta de socios debidamente convocada; que por ello estiman es errónea la calificación del Registrador; que, además, y en todo caso, entienden que hubo acuerdo social en la Junta debidamente convocada, ratificado en otra posterior, a las que asistieron, con excepción de don Alejandro Rodríguez Quintana, todos los demás socios de la Compañía, representantes de las siete octavas partes del capital social, que resolvieron por unanimidad dejar sin efecto la designación del gerente hecha a favor de don Alejandro Rodríguez Quintana, por escritura de 22 de agosto de 1946, y nombrar para sustituirle a don Ricardo Arturo Rodríguez Quintana; que si don Alejandro no concurrió a las Juntas celebradas, a las que fue citado notarialmente, fue porque no quiso; que el Código de Comercio no contiene precepto alguno que determine quién ha de convocar las Juntas generales en las sociedades colectivas y comanditarias, por lo que debe entenderse que, salvo que otra cosa se prevenga en las reglas o estatutos sociales, podrá hacerlo cualquiera de los socios colectivos, dada la condición de los mismos de administradores natos; que si existe un gerente, éste sólo ostentará tal facultad con carácter exclusivo cuando así se haya establecido en su nombramiento, cosa que no ocurre en el caso planteado; que la Resolución de 19 de noviembre

de 1957, que posiblemente haya tenido en cuenta el Registrador en su calificación, contempla un supuesto totalmente distinto; y que como fundamentos legales citan los artículos 49, 50, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 63 y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil;

Resultando que el Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación con los siguientes razonamientos: Que el presente recurso contempla dos problemas: a) El de la forma de revocar la gerencia conferida a un socio colectivo de una Sociedad en comandita por acciones, que le fue otorgada en cláusula modificativa del contrato social, con expresa previsión de poder ser revocada por los socios colectivos por mayoría de capital, y b) la compatibilidad de dos convocatorias de Junta general con el mismo orden del día, una hecha por el gerente de la Entidad y la otra por los restantes socios sin esperar a la celebración de la anterior; que mediante el contrato de Sociedad Mercantil surge una nueva personalidad jurídica distinta de la de cada uno de los socios; que la voluntad social de esta nueva personalidad jurídica procede de un acto colegial implícito en el artículo 55 de la Ley de 17 de julio de 1951, que exige para considerar debidamente convocada y constituida la Junta general, la previa aceptación por unanimidad de la celebración de aquélla; que las compañías mercantiles se rigen por las cláusulas y condiciones de sus contratos y, en cuanto en ellos no se determine, por las disposiciones del Código de Comercio; que la voluntad colectiva, de orden institucional, requiere el acuerdo social en forma como demuestra el propio comportamiento de los recurrentes que en primer lugar solicitaron del gerente la convocatoria de la Junta y luego la convocaron ellos mismos, pues si no fuese así hubiera bastado que cada uno de los socios colectivos manifestase su voluntad de revocar en el cargo de gerente al citado don Alejandro Rodríguez Quintana, lo que a todas luces habría sido absolutamente improcedente; que la repetida voluntad social es la que se obtiene en las Juntas generales debidamente convocadas; que al no existir regulación legal específica de las sociedades comanditarias por acciones, habrá que acudir a las que le sean subsidiariamente aplicables, entendiéndose que éstas son las de las sociedades anónimas, según resultado de lo dispuesto en el artículo 4 y disposición transitoria 3.ª de la Ley de 17 de julio de 1951, criterio mantenido por la doctrina y por el Derecho comparado, que suelen considerar a estas sociedades como una subespecie de las anónimas; que en consecuencia, por aplicación analógica, tanto de la citada Ley como de la de 17 de julio de 1953 sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, es evidente que incumbe al administrador o gerente la convocatoria de la Junta, bien por su propia iniciativa o a instancia de los socios; y que, en cuanto al segundo problema, convocada Junta general por el gerente, a instancia precisamente de los recurrentes y con el objeto por ellos pretendido, para celebrar dentro del plazo de treinta días que señala el artículo 56 de la Ley de 17 de julio de 1951, no es legalmente posible la convocatoria de otra Junta por los restantes socios y con el mismo orden del día, no sólo por infringirse por los recurrentes la doctrina de los actos propios y el principio general de derecho *non bis in idem* y porque de admitir dicha compatibilidad se produciría un confusionismo social en la vida de la propia Entidad, sino porque dados los términos en que se expresan, tanto el artículo 56 de la Ley de Sociedades Anónimas como el 15 de las de Res-

ponsabilidad Limitada, no obstante conceder a los socios la facultad de instar la convocatoria a las Juntas, es siempre al administrador al que compete convocar, de donde hay que deducir la nulidad de la convocatoria origen del acuerdo tomado y cuya inscripción se pretende.

Doctrina.—«Considerando que este expediente plantea la cuestión de si es inscribible una escritura en la que todos los socios colectivos de una sociedad comanditaria—excepto uno, que es el actual gerente—acuerdan por unanimidad dejar sin efecto el nombramiento de este último y designar en su lugar a otro de los socios para este cargo, cuando tal acuerdo se ha adoptado sin haber sido convocada Junta social en igual forma o análoga a como se previene se haga para las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada por la legislación vigente».

«Considerando que tanto las sociedades colectivas como las comanditarias, por su carácter de sociedades personalistas, presentan una regulación especial que las distingue de la anónima—típicamente capitalista—y de la de responsabilidad limitada, y que tiene su fundamento en la responsabilidad personal y solidaria de los socios por las operaciones que se hagan en nombre de la Sociedad, y ello se traduce, sin duda, en el aspecto administrativo, en la no necesidad de Junta general ni de que la validez de los acuerdos sociales quede sujeta a un régimen de formalidades establecido, y por ello, a diferencia de la sociedad anónima—artículo 15 de su Ley especial—, el Código de Comercio establece en el artículo 29 que cuando no hay pacto especial, los socios presentes se pondrán de acuerdo para todo contrato u obligación que interese a la Sociedad, en el 132 la posibilidad de pedir judicialmente por los mismos socios el nombramiento de un administrador en caso de gerente estatutario que usase mal de la facultad de administrar, el 148 indica la aplicación de las mismas normas en caso de sociedad comanditaria, y el 150 la posibilidad de examinar el balance durante un plazo establecido, sin que en todos estos casos haya de ser convocada Junta social.»

«Considerando que en el presente caso se trata de la revocación de la facultad de administrar que tenía uno de los socios sin ostentar el carácter de gerente estatutario y la subsiguiente designación de nuevo administrador, acto típicamente social, en el que la sociedad hace valer un poder que le había sido conferido estatutariamente, y que exige, tal como declaró la Resolución de 19 de noviembre de 1957, un procedimiento y mecanismo idóneo para que se forme esa voluntad común que impulse y legitime el acto social.»

«Considerando que, tal como se ha indicado en el segundo de los Considerandos, la voluntad social en una sociedad de tipo personalista puede ser recogida de cualquier manera al ser suficiente la manifestación de las singulares voluntades de los socios, según se deduce de los artículos allí citados, sin que sea necesario acudir a la aplicación analógica de normas especiales dictadas para otra clase de sociedades, y que, en consecuencia, tenga que ser convocada en una sociedad colectiva o comanditaria, forzosamente, la Junta, por el administrador en funciones o en su defecto por el Juez, pues de los propios preceptos que en Sección 2.^a y 3.^a del Título I del Código de Comercio regulan estas sociedades, se deduce la no necesidad de tales formalidades y una mayor libertad de procedimiento para la obtención de un acuerdo social.»

«Considerando que por lo expuesto hay que estimar como acto social al realizado por los comparecientes al reunirse en el domicilio de la sociedad, en donde, tras la correspondiente deliberación, se adoptaron por unanimidad los acuerdos discutidos, de los que se levantó acta notarial, y que, junto con las certificaciones correspondientes, sirvieron de base al otorgamiento de la escritura calificada, acuerdos notificados al socio hasta entonces gerente, sin que, como ya declaró este Centro en la Resolución de 7 de febrero de 1953 —y en un caso de mayor gravedad que el actual, por tratarse de una exclusión de socio en base a un acuerdo unánime de los restantes socios por decisión unilateral de éstos— deje de conservar, como es lógico, el gerente destituido la posibilidad de impugnar a *posteriori* las causas y motivos de su cese, sin que el cambio procesal que implica el actuar como demandante en lugar de demandado, desplace en este supuesto la carga de la prueba ni haga más oneroso su ejercicio, ni ponga en peligro sus intereses en caso de injusticia notoria, facilitando, en cambio, el normal desenvolvimiento de la sociedad.»

«Considerando, por último, que no cabe pueda producirse un confusionismo en la vida de la sociedad ante la posibilidad de acuerdos contradictorios, puesto que la Junta convocada por el entonces gerente a requerimiento de los socios —un año antes—, no tuvo lugar, y precisamente por no haberse celebrado se reunieron nuevamente los indicados socios para ratificar el acuerdo anterior sometido a debate.»

Esta Dirección General ha acordado revocar la nota y acuerdo del Registrador.

Consideraciones críticas.

El principal problema que esta Resolución plantea es el de la aplicación analógica a las sociedades comanditarias de las normas sobre convocatoria de Junta social de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Junto a él existen otros de menor entidad, pero que vienen agrupados en el caso concreto que se contempla. Creo que solucionado el primero, caen por su base los otros derivados.

Las naturales diferencias entre las llamadas sociedades personalistas colectivas y comanditarias, y las capitalistas, que tienen su fundamento esencial en el principio de responsabilidad personal y solidaria de los socios, produce una inevitable repercusión en el aspecto administrativo, en la no necesidad de Junta general, ni de que la validez de los acuerdos sociales quede sujeta a un régimen de formalidades establecido. Estas iniciales conclusiones que resplandecen en uno de los considerandos de la Dirección General llevan a excluir de aplicación analógica a los artículos 56 y 57 de la Ley de Sociedades Anónimas y 15 de la Limitada para el caso planteado y dar entrada sustantiva al artículo 9 del Código de Comercio, en el que se establecen que, a falta de pacto especial, los socios presentes se pondrán de acuerdo para todo contrato u obligación que interese a la sociedad.

El argumento principal esgrimido por el Registrador en el informe que defiende su nota es la aplicación analógica de preceptos, y puesto que en las sociedades comanditarias la ley está huérfana de disposiciones de este tipo, habrá que acudir a las que sean «subsidiariamente» aplicables, siendo éstas las de las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada. Para que existiese analogía era preciso que se diese un caso que no estuviese previsto en la norma, pero que presentase afinidad o igualdad jurídica con otro u otros que la norma regula.

Pero no hay que confundir, decía CASTÁN, la analogía con la interpretación extensiva, ni con la subsidiaria. La extensiva se desenvuelve en torno a una disposición de ley, para comprender en ella casos no expresos en su letra, pero sí virtualmente en su espíritu. La analogía, por el contrario, opera sobre casos que no pueden resolverse por una disposición precisa. La subsidiaria es una exclusión de las anteriores, pues si subsidiariamente puede aplicarse una ley, la razón de analogía solamente puede entenderse implícita. El Registrador emplea la terminología de la «subsidiariedad» y cita a este respecto los artículos 4.º de la Ley de Sociedades Anónimas y disposición transitoria 3.ª de la misma, lo cual lleva, sin embargo, a decidirse por la tesis contraria, pues las sociedades comanditarias simples quedan siempre excluidas del sistema, y las por acciones que tengan un capital superior al fijado o se han convertido en anónimas o han quedado disueltas. Luego, eliminada la subsidiariedad, sólo queda la analogía, y ya hemos visto cómo la esencia del ente social impide la aplicación analógica de normas a supuestos que responden a principios totalmente diferentes.

Sustancialmente ésta es la nota característica de la resolución comentada: la voluntad social de una sociedad de tipo personalista puede modificarse de cualquier modo, sin que sea preciso aplicar analógicamente las normas especiales dictadas para otra clase de sociedades. Todo en base del artículo 29 citado del Código de Comercio y la inaplicación a este caso de lo que disponen los artículos 132 y 148 del mismo Código en relación con el gerente estatutario y la posibilidad de pedir al Juez el nombramiento de un administrador.

La referencia al Gerente estatutario podría plantear alguna posible duda, pero ya de los antecedentes de hecho hemos visto que el gerente no fue nombrado en el acto constitucional en el año 1922 y sí lo fue en el año 1946 con carácter condicional hasta el fallecimiento de los padres de los otorgantes, pudiendo los socios colectivos, una vez ocurrido dicho hecho, por mayoría de capital, designar nuevo gerente si así lo estimasen conveniente. La figura que aquí aparece dista mucho de reunir las condiciones de Gerente estatutario de que habla el artículo 132 del Código de Comercio y cuyas características resume la Resolución de 7 de febrero de 1953, entre las que figura la más esencial a nuestro juicio: el que no se hayan determinado causas específicas de revocación y aquí, como hemos visto, se concede a los socios la facultad de revocar el cargo, designando nuevo gerente.

Aun y a pesar de que el recurrente cita la Resolución de 19 de noviembre de 1957, como argumento contrario utilizado por el Registrador, el centro directivo cita precisamente esta Resolución para apoyar sus argumentos y revocar la nota del Registrador. Esta Resolución establecía la necesidad de «un procedimiento y un mecanismo idóneos, mediante los cuales la pluralidad de sujetos opera como creadora de la voluntad común, medio técnico que no es otro que la organización colegiada deliberante, para que surja el acto dotado de unitaria relevancia jurídica y de general eficacia». Ello nos lleva a perfilar el supuesto de hecho en el que existen, por así decirlo, tres convocatorias: la primera realizada por el gerente a instancia de los socios; la segunda, anticipándose los socios a la fecha de la señalada, y la tercera, celebrada con posterioridad para ratificar acuerdos adoptados en la segunda. La Dirección General estima que esta última reunión es un «acto social» en el que los socios se reúnen en el domicilio de la

sociedad y acuerdan por unanimidad los actos que se solicitan inscribir, levantándose de ello la correspondiente acta notarial.

La causa de esta última reunión reside en la falta de celebración de la primera que fue convocada por el gerente, pero que no pudo celebrarse, pues los socios, indebidamente, acordaron sin unanimidad celebrar una reunión con anterioridad. Sólo la última de las reuniones citadas cabe señalarla como válida, pues acordada por todos los socios, sobre la base del artículo 29 del Código de Comercio, fue notificada al gerente, quien no asistió a la misma. Ello no obsta, dice la Dirección General, para que el gerente conserve la posibilidad de impugnar el acuerdo social *a posteriori* y sus causas y motivos, sin que el cambio procesal que implica el actuar como demandante en lugar de demandado, desplace en este supuesto la carga de la prueba ni haga más oneroso su ejercicio, ni ponga en peligro sus intereses en caso de injusticia notoria, facilitando, en cambio, el normal desenvolvimiento de la sociedad.

De todo ello, se deduce que la Dirección General, en contra del criterio del Registrador, estima legitimada para la convocatoria de la Junta a la voluntad social, sin que sea precisa la intervención del socio gerente para realizar la convocatoria social.

DERECHO HIPOTECARIO

CAMBIO DE DENOMINACIÓN DE UNA SOCIEDAD: SU CONSTANCIA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—LA NOTA MARGINAL ES EL ASIENTO ADECUADO PARA HACER CONSTAR EL CAMBIO DE NOMBRE O DENOMINACIÓN DE UNA SOCIEDAD QUE ES TITULAR DE BIENES INMUEBLES INSCRITOS.—TESTIMONIO NOTARIAL.—PARA QUE EL TESTIMONIO PUEDA TENER ACCESO AL REGISTRO, HA DE ESTAR EXTENDIDO A SOLICITUD DE PERSONA QUE TENGA DERECHO A QUE SE LE EXPIDA LA COPIA CORRESPONDIENTE. (Resolución de 26 de noviembre de 1971. *Boletín Oficial del Estado* de 12 de enero de 1972.)

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto por el notario de Madrid, don Florencio Porpeta Clérigo, y Unión Explosivos Riotinto, S. A., contra la negativa del Registrador de la Propiedad núm. 3, de la capital, a extender notas marginales a inscripciones de dominio pendiente en este Centro, en virtud de apelación del Registrador;

Resultando que por escritura otorgada en Madrid ante el notario recurrente el 24 de julio de 1970 se estipuló la absorción de la Compañía Española de Minas Riotinto, S. A., por Unión Española de Explosivos, S. A., que en lo sucesivo giraría bajo el nombre «Unión Explosivos Riotinto, S. A.»; que cumplidos los requisitos fiscales, la citada escritura se inscribió en el Registro Mercantil, en la hoja de La Unión Española de Explosivos, constando en la inscripción el cambio de nombre social verificado al amparo del artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas; y que en instancia de 2 de febrero de 1971, en base al citado artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas, se solicitó del Registrador de la Propiedad núm. 3, de Madrid, hiciera constar mediante las correspondientes notas al margen de las inscripciones de las fincas que figurasen a nombre de la Unión Española de Explosivos, S. A., que su actual denominación es Unión Explosivos Riotinto, S. A., para lo cual se acompañó a la instancia fotocopia de la primera

copia de la escritura de fusión por absorción de las expresadas Sociedades, inscrita en el Registro Mercantil;

Resultando que el anterior documento fue calificado con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento en unión de una instancia, el día 2 del presente mes, se suspende la extensión de la nota marginal solicitada por observar los siguientes defectos: 1.º Solicitarse que se ponga en todas las fincas inscritas a nombre de la Unión Española de Explosivos, S. A., nota marginal haciendo constar el cambio de nombre de dicha Sociedad por el de Unión Explosivos Ríotinto, S. A., y entender el Registrador que suscribe que el asiento que debe practicarse es el de inscripción. 2.º No describirse ni expresarse los bienes inmuebles objeto de la inscripción o nota marginal. 3.º Haberse presentado varias fotocopias de la primera copia con una diligencia al final de la misma en la que el Notario autorizante afirma son reproducción exacta del documento a que las mismas se refieren, y entender el Registrador que suscribe que debe presentarse la primera copia original. 4.º El autor de la instancia afirma que es Apoderado de Unión Explosivos Ríotinto, S. A., pero no se acompaña el poder ni está legitimada la firma. No se ha solicitado anotación preventiva de suspensión. Se ha cumplido la regla c) del artículo 485 del Reglamento Hipotecario, manifestando mi cotitular don Emilio de la Vara Ortiz, que está conforme con esta calificación.» En la instancia, se puso esta otra nota: «Se ha tenido en cuenta la presente instancia en la calificación de la escritura otorgada en Madrid a veinticuatro de julio de mil novecientos setenta, ante su Notario don Florencio Porpeta Clérigo, con el número mil setenta y cuatro de su protocolo»;

Resultando que el Notario autorizante del instrumento y la Sociedad interesada interpusieron recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegaron: que si el Registrador entendía que no era procedente el asiento pedido, sino otro distinto, debió negar la práctica del solicitado y no suspenderlo; que el funcionario calificador emite un juicio personal pero no da las razones por las que entiende no procede el asiento pretendido sino otro distinto; que si bien el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y complementarios de la misma y su Reglamento dicen que los Registradores calificarán bajo su responsabilidad los documentos presentados, esta norma está condicionada por una serie de limitaciones legales entre las que interesa destacar el hecho de que el documento ha sido previamente calificado e inscrito en el Registro Mercantil; que las Resoluciones de 9 de diciembre de 1943, 24 de diciembre de 1948, 24 de enero de 1949 y 21 de febrero de 1951, entre otras, apoyándose en la legitimación concedida a las inscripciones que se practiquen en el Registro Mercantil, declaran que las cuestiones referentes a las Sociedades Mercantiles debidamente registradas, no pueden plantearse de nuevo ante el Registrador de la Propiedad, al que niegan competencia para calificar sobre lo ya resuelto; que el título presentado en el Registro de la Propiedad para que se extienda la nota marginal solicitada, ha sido previa y debidamente calificado en el Registro Mercantil y, en consecuencia, no puede ser calificado de nuevo por el Registrador de la Propiedad, debiendo bastarle saber que el documento figura ya inscrito en aquél, sin preocuparse de más ni tener que comprobar ningún otro extremo; que la petición hecha, de acuerdo con el artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas, es que se consigne al margen de las fincas pertenecientes a una Sociedad que ha cambiado de nombre, esta circunstancia, sin que deba entrarse en

calificar si el cambio de nombre se ha producido legalmente ni si la Sociedad ha modificado su personalidad jurídica, pues estos hechos vienen perfectamente demostrados por su inscripción en el Registro Mercantil; que las inscripciones se refieren a la creación, modificación o extinción de derechos reales y aquí sólo se pretende la anotación del cambio de nombre de un titular registral que no desaparece ni trasmite ni altera su personalidad jurídica, por lo que, la escritura presentada no debe considerarse a estos efectos como un título inscribible; que el artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas —posterior a la Hipotecaria— dice categóricamente que la vía de acceso al Registro del acto jurídico controvertido es la nota marginal; que no existe ni en la Ley ni en el Reglamento Hipotecario precepto alguno que defina este asiento sino que solamente el artículo 41 del Reglamento contiene una relación de las anotaciones que suelen practicarse; que a lo largo de los citados Ley y Reglamento, se encuentran preceptos aislados relativos a notas marginales y en todos ellos se advierte la misma característica, que es la de tener por objeto la consignación en el Registro de una modificación jurídica que ha de surtir determinado efecto pero que no alcanza categoría suficiente para merecer una inscripción principal; que si se comparan los requisitos exigidos para las inscripciones extensas o concisas y para las anotaciones, se observa que de las notas marginales quedan excluidos los datos referentes a las características y gravámenes de las fincas, los cuales sería inútil consignar puesto que ya constan en la inscripción a cuyo margen se ponen; que si bien la Ley Hipotecaria en su redacción de 8 de febrero de 1946 no citó nominativamente entre las anotaciones que relaciona la de cambio de nombre social, el artículo 86 de la de Anónimas, posterior a la Hipotecaria, ha llenado con toda solemnidad aquella laguna al decir terminantemente que determinadas alteraciones de las Sociedades Anónimas que no modifican su personalidad jurídica, como son el cambio de nombre, de la sede social, del objeto o de las operaciones a que la Sociedad se dedique, se harán constar «en los demás Registros» por medio de notas marginales, una vez inscritos estos acuerdos en el Mercantil; que el citado artículo 86 no requiere que concurren los anteriores actos en un mismo documento ni que se utilice el procedimiento de la inscripción principal, sino que sólo exige que el acuerdo sea válido, se inscriba en el Registro Mercantil y se anuncie en la prensa diaria de la capital de la provincia, requisitos que se han cumplido en el presente caso; que aunque el Registrador habla de fotocopias refiriéndose al título presentado, lo que puede inducir a confusión, en realidad se trata de una fotocopia del mismo obtenida por el expresado sistema y a la que el acta notarial que da fe de la compulsula, la convierte en un testimonio notarial; que en este sentido y con arreglo a lo previsto en el artículo 33 de la Ley Hipotecaria no cabe duda de que el título presentado por la dación de fe consignada por el Notario, es un verdadero instrumento público que produce plenos efectos para que, a base de él, se tome la nota marginal que se pretende; que según el artículo 152 del Reglamento notarial, en su actual redacción dada por el Decreto de 8 de agosto de 1958, los instrumentos públicos podrán escribirse a mano, a máquina o por cualquier otro medio similar; que tampoco hay que olvidar que el Notario da fe de que la fotocopia presentada es reproducción exacta de la primera copia de la escritura original; que, ciertamente, aunque la Resolución de 7 de julio de 1944, permitió la presentación de un testimonio por exhibición de un auto judicial de declaración

de herederos, la de 13 de noviembre del mismo año dijo que esa autorización «no puede hacerse extensiva a una práctica notarial que trata de equiparar la primera copia de la escritura pública al testimonio por exhibición de la misma... como si las garantías de aquélla y éstos fuesen iguales», pero es lo cierto que en el presente caso, las citadas garantías resultan absolutamente iguales porque es el propio Notario autorizante de la matriz el que da fe de que la fotocopia notarial es reproducción exacta de la escritura de fusión por absorción autorizada por el mismo; que es lamentable que el legislador, al redactar el artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas no se cuidara de hacer las necesarias aclaraciones en la Ley Hipotecaria que habrían despejado cualquier duda que pudiera presentarse; que en el presente caso de cambio *ad externum* de nombre, habría bastado con llevar esta circunstancia al índice correspondiente y a lo sumo con efectuar las oportunas menciones en los folios reales, quedando en lo demás inalterados los asientos; que para llevar un nombre al índice personal es preciso que el titular tenga algo inscrito, razón por la cual la inscripción en el folio real precede siempre a la consignación del nombre en el índice, y por este motivo, para seguir el camino más rápido y seguro, se solicitó primero la anotación en el folio real y luego el traspaso del dato al índice personal, pero incluso esta sencilla y legal solución ha sido rechazada por el Registrador; que la descripción de las fincas que parece exigir la nota calificadora no viene impuesta por ningún precepto legal puesto que, como se ha dicho, no se pretende una inscripción principal sino una simple anotación marginal; que por otra parte, lo que se trata de anotar no es una finca, sino un documento que acredita un cambio de nombre; que en definitiva parece que si se hace una mención indubitable de los bienes a que pudiera afectar ese cambio social, estaría sencillamente cumplido el requisito del documento complementario a que alude el artículo 33 del Reglamento Hipotecario, y eso es precisamente lo que se ha hecho mediante la instancia en que se pide la consignación de la nota en todas y cada una de las fincas que según el índice de propietarios del Registro figuren inscritas a nombre de la Unión Española de Explosivos, S. A.; que por ello, aunque no se describen —cosa que no es necesaria— no puede decirse que no se expresan «los bienes objeto de inscripción o nota marginal» sino que, por el contrario, la expresión de los citados bienes inmuebles es clara, precisa y terminante, puesto que se pide la consignación de la nota en todos aquellos en que figure como propietaria —según el índice del Registro— la Unión Española de Explosivos, S. A.; y, finalmente, que no contiene el defecto señalado de falta de poder en el solicitante, dados los claros términos del artículo 6, apartado d) de la Ley Hipotecaria y 39 de su Reglamento, en el segundo de los cuales se dice textualmente que «se considerará comprendido en el apartado d) del artículo 6 de la Ley a quien presente los documentos correspondientes en el Registro, con objeto de solicitar la inscripción», y precisamente el firmante de la instancia pidiendo la anotación marginal, que es apoderado de la Unión Explosivos Riotinto, S. A., no solamente hizo eso, sino que personalmente presentó los documentos en el Registro;

Resultando que el Registrador informó: Que el artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas no es aplicable al Registro de la Propiedad, que se rige por normas propias, que son la Ley Hipotecaria y su Reglamento; que el artículo 9 de la citada Ley y 51 de su Reglamento, determinan las circunstancias de las inscripciones y cualquier variación posterior en las mismas tiene que constar en una

nueva inscripción salvo que un precepto especial autorice que se haga mediante nota marginal como ocurre en las segregaciones y en el cambio de nombre o número de las calles; que no existiendo tal precepto especial, las variaciones en las circunstancias de la inscripción, como son, por ejemplo, el cambio de uno de los linderos de una finca por la apertura de una nueva calle, tiene que hacerse por medio de otra inscripción; que todas las circunstancias que constan en la inscripción de una finca, la más importante, con gran diferencia, es el nombre del titular del derecho real inscrito, que no puede ser cambiado sin practicar una nueva inscripción; que no rige, por tanto, en este punto el artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas; que la nota marginal que se solicita habría que redactarla en los siguientes o parecidos términos: «La Unión Española de Explosivos, S. A., ha cambiado su nombre por el de Unión Explosivos Riotinto, S. A., según consta en la escritura... que ha sido presentada» (fecha y firma), lo cual sería una inexactitud, porque no se trata de un simple cambio de nombre de una Sociedad, sino de la fusión de dos que como consecuencia han fusionado también sus nombres; que por tanto, como mínimo tendría que decir: «Las Sociedades Unión Española de Explosivos, S. A., y Minas de Riotinto, S. A., se han fusionado y como consecuencia han adoptado el nombre común de Unión Explosivos Riotinto, S. A.», con lo que se está fuera de lo previsto en el artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas; que en un simple cambio de nombre —acto unilateral— sólo comparecen en la escritura los representantes de la Sociedad afectada y el Registrador únicamente califica la capacidad de los mismos, pero en una escritura de fusión, comparecen los representantes de todas las Entidades interesadas y hay que calificar los pactos estipulados y la capacidad de los representantes de las Sociedades que se fusionan; que el fin del Registro es la publicidad de los derechos reales sobre inmuebles en beneficio de sus titulares y de los terceros interesados, entre los cuales destacan los acreedores; que si se extendiese la nota que pretenden los representantes de Unión Explosivos, S. A., podrían embargar los bienes de Minas de Riotinto, S. A., pero los de esta última Sociedad no podrían hacer lo mismo en cuanto a cuanto a la primera; que para los representantes de la Sociedad recurrente se trata sólo de un problema de honorarios al tener las notas marginales el tope máximo de 500 pesetas y las inscripciones el de 12.500, pero para los Registradores titulares de la Oficina se trata de que en el Registro se extiendan solamente los asientos que deban practicarse; que en cuanto al segundo defecto se podría citar innumerable jurisprudencia, pero basta con referirse a los artículos 249 de la Ley Hipotecaria y 430 de su Reglamento, de cuyo texto resulta que la escritura no fue otorgada conforme a los requisitos legales como ordena el artículo 21 de la expresada Ley; que en cuanto al tercer defecto, la dificultad estriba en lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y 154 del Reglamento notarial; que en su vida profesional no se le ha presentado hasta ahora el problema de la validez de las fotocopias, que, lógicamente hay que estimar comprendidas dentro de lo previsto en el artículo 247 del Reglamento notarial en su última redacción, sobre el cual conviene que se pronuncie la jurisprudencia, dadas las dudas que suscita; que en cuanto al cuarto defecto, hay que tener en cuenta que los artículos 6.º de la Ley Hipotecaria y 39 de su Reglamento determinan las personas que pueden solicitar la inscripción, pero no la extensión de asiento o exigir nota de suspensión o denegación o interponer

recurso gubernativo, se necesita la misma capacidad que para interponerlo, y aunque el interesado ha acompañado el correspondiente poder al escrito del recurso, no está legitimada la firma del recurrente, formalidad necesaria, por ser desconocida de los Registradores; que la instancia tiene, además, el defecto de no reseñar el Documento Nacional de Identidad, y aunque este extremo, conforme a lo dispuesto en el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, no puede discutirse en el recurso, si se puede hacer constar; y que, como observaciones finales, hace las siguientes: 1.^a Que hubo cambio de impresiones entre los titulares de varios Registros sobre la cuestión discutida, y todos estuvieron de acuerdo en que no era aplicable el precepto que pretenden los recurrentes, manifestándolo así a los interesados, por lo que no puede estimarse que ha existido una situación de indefensión de los mismos; 2.^a Que en la nota se dice que se habían presentado varias fotocopias, y aunque se trata de la fotocopia de un documento, no hay que olvidar que en el acto o diligencia notarial referente a la misma se dice textualmente: «las precedentes fotocopias numeradas correlativamente del uno al ciento setenta y ocho, ambos inclusive», etc., texto a que se atuvo el informante, y 3.^a que se suspendió la práctica del asiento solicitado y no se denegó como entienden los recurrentes que procedía si el adecuado era otro distinto, porque estimaba que el defecto era fácilmente subsanable, ya que hubiese bastado con presentar otra instancia o dejar al criterio del Registrador la clase de asiento que debía practicarse, estimando igualmente el funcionario calificador que los demás defectos son también subsanables, aunque alguno no lo sea tan fácilmente. El informe va firmado por los titulares de los Registros en que se desdobló posteriormente aquel en donde el documento fue presentado con anterioridad a la división;

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por los recurrentes y el funcionario calificador se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos.

Doctrina.—«Considerando en lo que se refiere al primero de los defectos señalados, que en la escritura calificada se pueden distinguir perfectamente dos clases de pactos, unos los relativos a la función por absorción que aparecen otorgados por los representantes de ambas sociedades y otros los correspondientes a la modificación de los estatutos de la sociedad absorbente, entre ellos el cambio de nombre, que están otorgados sólo por el representante de dicha sociedad, previo acuerdo de la Junta General de Accionistas de la misma, siendo de destacar que en dichas modificaciones estatutarias hay algunas que son consecuencia necesaria de la fusión, por ejemplo, el aumento de capital conforme a los artículos 142 y 148 de la Ley de Sociedades Anónimas, en tanto que otras no tienen tal carácter, como precisamente ocurre con el cambio de nombre, ya que es indudable que la sociedad absorbente podía haber seguido con su denominación primitiva»;

«Considerando que al no quedar alterada por la absorción la personalidad de la sociedad absorbente, ni ser el cambio de nombre social de la misma una consecuencia necesaria de dicha absorción, parece indudable que la constancia registral del mencionado cambio debe regirse por la norma que con carácter general para los cambios de nombre y otros que no suponen modificación de la personalidad jurídica de la sociedad, ni transmisión patrimonial alguna, contiene el artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas, precepto éste que al referirse con expresión amplia a «los demás Registros», estableció sin duda, también en cuanto al de la Propie-

dad la nota marginal como medio de hacer constar tal cambio respecto de los bienes inscritos a favor de la sociedad, lo que por el rango de la disposición en que se contiene, podía hacerse sin inconveniente alguno»;

«Considerando que ni en la Ley ni en el Reglamento Hipotecario aparece expresamente regulada la forma de hacer constar en el Registro de la Propiedad el cambio de nombre de los titulares de bienes o derechos, por lo que se hace necesario acudir a otras normas, como la ya citada del artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas que establece como asiento procedente la nota marginal, sin que, por otra parte, pueda decirse que el referido precepto contradice la naturaleza de esta clase de asientos, toda vez que en la misma legislación hipotecaria se regulan diversas notas marginales que la doctrina denomina de modificación jurídica y que tienen por finalidad consignar registralmente hechos o circunstancias que alteran la situación jurídica registrada sin tener la trascendencia necesaria para motivar una nueva inscripción»;

«Considerando en lo que se refiere al segundo defecto alegado por el Registrador que, conforme a reiterada doctrina de este Centro Directivo, los títulos que pretenden tener acceso al Registro, deben contener la descripción de las fincas a que los mismos se refieran, sin que ni siquiera sea suficiente, como regla general, la simple consignación de los datos registrales y sólo en algunos supuestos excepcionales se admite por la legislación hipotecaria practicar asientos respecto a todos los bienes inscritos a nombre de una persona en virtud de títulos que no los describan, sin que sea uno de dichos supuestos el de la nota prevista en el artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas»;

«Considerando, en cuanto al tercer defecto de la nota del Registrador, que el artículo 144 del Reglamento Notarial confiere al testimonio el carácter de instrumento público al decir que éste comprende «las escrituras públicas, las actas y, en general, todo documento que autorice el Notario, bien sea original, en copia o testimonio», si bien la gran variedad de tipos de testimonios, unida al hecho de carecer la legislación Notarial de una regulación completa de aquéllos, hace necesario acudir a los preceptos que regulan el instrumento público y especialmente a los referentes a las copias, evitándose así anomalías tan graves como las que podrían derivarse, por ejemplo, de la utilización de testimonios de poderes revocados, o de documentos de cualquier clase que han quedado desvirtuados por otros posteriores y, en general, de testimonios de documentos notariales, librados a solicitud de personas que no gozan del derecho a obtener copia de éstos»;

«Considerando que la manifestación del Notario amparada por la fe pública, e impresa al pie de una o varias fotocopias, de que coinciden con la primera copia de una escritura notarial ha de calificarse como testimonio por exhibición al que hay que aplicar, análogicamente, los artículos 221 y siguientes, especialmente el artículo 246, todos del Reglamento Notarial, permitiendo este último que se libre testimonio de determinados particulares de las matrices «a instancia de los que tuvieron derecho a copia», doctrina que ha de aplicarse, también, a los testimonios de copias de escrituras notariales, al menos cuando se pretenda su inscripción en el Registro de la Propiedad, debiendo, por tanto, consignarse, en el mismo testimonio, a favor de quien se expide, lo que no ha ocurrido en el presente caso»;

«Considerando, por último, y en cuanto al cuarto defecto, que tal como tiene

establecido el artículo 39 del Reglamento Hipotecario, la persona que haya presentado los documentos en el Registro ostenta el carácter de apoderado y podrá solicitar la práctica del asiento pretendido, dado el carácter rogado de nuestro sistema hipotecario, todo ello sin perjuicio de la facultad calificadora del Registrador para acceder o no a lo solicitado y de la superior decisión de esta Dirección General, si por el peticionario se hubiese interpuesto recurso gubernativo»;

Esta Dirección General ha acordado, con revocación parcial del auto apelado, confirmar los defectos segundo y tercero de la nota del Registrador.

Consideraciones críticas.

Cuatro son los defectos que el Registrador de la Propiedad opone a la escritura presentada y cuatro han de ser las partes de nuestro comentario, para así dejar en esquema el esqueleto sustancial de la doctrina sustentada por la Dirección General de los Registros. Si bien es cierto que el problema crucial discutido es el de si el cambio de nombre de una sociedad mercantil debe reflejarse en el Registro en virtud de una inscripción o por medio de una nota marginal, es también de tener en cuenta que el fenómeno «subyacente» no es propiamente un cambio de nombre, sino una calificación de la naturaleza jurídica del acto o negocio realizado por la unión, fusión, absorción o transformación de las sociedades «Unión Española de Explosivos, S. A.» y «Compañía Española de Minas de Riotinto, S. A.». Sin adelantar conclusiones vamos a tratar de cada uno de los defectos señalados en la nota del Registrador.

a.—*Imprudencia de la nota marginal por el cambio de nombre social.*— Quizá aquí radique toda la fuerza dialéctica de la discusión y en base de ella no se haya llegado a la esencia del fenómeno encubierto que el acto llevaba consigo. Haberse obsesionado por la manera de reflejar registralmente el acto, ha oscurecido totalmente lo que de verdad podía haber sido un juego expositivo de opiniones constructivas en orden a las discutidas figuras de la fusión y absorción.

El Registrador de la Propiedad parte de una idea poco abierta en cuanto piensa que sólo la Ley Hipotecaria y su Reglamento rigen la materia referente al Registro de la Propiedad. Esta visión estrecha de la legislación hipotecaria reduce excesivamente su normativa y elimina relaciones con otras legislaciones y otros derechos. La visión tiene que ser más amplia. Hay que reconocer —y alabar, por supuesto— que un conjunto de normativas más o menos afortunadas y más o menos precisas, «cuenten» con el Registro de la Propiedad para hacer constar determinados actos regulados por ellas. Comprendo que, a veces, la terminología es incorrecta pero imprescindible para la debida correlación entre el principal instituto que garantiza la «seguridad del tráfico jurídico» y los demás derechos. Por eso, en esa mención que el artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas hace a «los demás Registros» es preciso incluir el Registro de la Propiedad, aunque no lo mencione expresamente. De ahí que la opinión sustentada por LACRUZ BERDEJO de que en materia de notas marginales sigue nuestro derecho un sistema de *numerus clausus*, ha de ser entendida en una referencia genérica a la totalidad del ordenamiento jurídico y no a la exclusiva legislación hipotecaria.

El problema del cambio de nombre —decía en uno de mis comentarios, no hace mucho— no ha sido tratado en forma sustantiva por la legislación hipoteca-

ría por no ser, en el fondo, materia «inscribible», aunque produzca una discordancia entre la realidad y la publicidad registral. La solución del problema se hacía en forma indirecta, al igual que el de las alteraciones introducidas en los nombres de calles y edificios a que se refiere el artículo 437 del Reglamento Hipotecario. Igualmente, por razones de analogía, se aplicaba a las personas lo que establecen para las fincas los artículos 171 del Reglamento Notarial y 51 del Reglamento Hipotecario, pero siempre sobre la base de un nuevo título que servía, para la rectificación del Registro por la causa de uno de los casos enumerados por el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Esta laguna legal de la normativa hipotecaria ha venido a ser solucionada por la Dirección General al acudir a otras normas, como la del 86 de la Ley de Sociedades Anónimas, sin que, por otra parte, pueda decirse «que el referido precepto contradice la naturaleza de esta clase de asientos, toda vez que en la misma legislación hipotecaria se regulan diversas notas marginales que la doctrina denomina de modificación jurídica y que tienen por finalidad consignar registralmente hechos o circunstancias que alteran la situación jurídica registrada sin tener la trascendencia necesaria para motivar una nueva inscripción». A la misma conclusión se llega en el acuerdo de la Asamblea General del Ilustre Colegio Nacional de Registradores, de 8 de abril de 1972, al fijar el arancel aplicable a las notas marginales que reflejen cambio de nombre, denominación o razón social de sociedades que se practiquen en el Registro de la Propiedad después de inscrito el título en el Registro Mercantil.

Aunque el problema se centra única y exclusivamente sobre las sociedades, creo que puede ser ésta una buena ocasión para entender que no hay razón para no aplicar las mismas normas a las personas físicas una vez que el cambio de nombre esté reflejado en el Registro Civil y se solicite la extensión de dicha nota acompañando el título que provocó la última inscripción. RÍOS MOSQUERA, citado por LACRUZ BERDEJO, había entendido que cabía una nueva inscripción rectificatoria de la anterior, acompañando los documentos dichos.

Y dicho lo anterior, debemos analizar el considerando primero de la Resolución, que es el que da pie a pensar en ese fenómeno subyacente del que hablamos al comienzo. La Dirección hábilmente estima que existen dos pactos perfectamente deslindados: uno, el referente a la fusión por absorción otorgado por los representantes de ambas sociedades, y otro, los referentes al cambio de estatutos de la sociedad absorbente, entre los cuales figura el cambio de nombre, otorgado por el representante de dicha sociedad absorbente. Como el cambio de nombre no es una consecuencia necesaria en el fenómeno de la absorción, por ello, la Dirección General separa los pactos modificativos de estatutos en lo referente al aumento de capital (artículos 142 y 148 de la Ley de Sociedades Anónimas) y los del cambio de nombre que no son obligatorios, pues la sociedad pudo continuar con su denominación primitiva. Para la Dirección General esto es claro, pero para el Registrador no lo era tanto, ya que en su informe hablaba del cambio de nombre como consecuencia de la fusión llevada a efecto y de que la fusión realizada llevaba consigo también una fusión de nombres, caso al que no podía referirse el artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Esta intuitiva deducción del Registrador pudo construirse como base del

recurso, pues no puede negarse la aplicación del artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas, en base de una «aplicación exclusiva de la legislación hipotecaria» y luego decir que el mismo artículo no es aplicable al caso de fusión, reconociendo implícitamente que sí lo es para los demás supuestos de cambio de nombre.

Pero ante esa posible disyuntiva, que el funcionario informante en defensa de su nota tenía, yo pregunto: ¿podía el Registrador de la Propiedad calificar de fusión un acto mercantil inscrito en el Registro Mercantil con la categoría de absorción? De las Resoluciones de 9 de febrero (atribuida al mes de diciembre en la transcripción oficial) de 1943, 24 de diciembre de 1948, 24 de enero de 1949 y 21 de febrero de 1951, se deduce una doctrina constante y casi literalmente reproducida por la Dirección General: que el examen por los Registradores de la Propiedad de los documentos inscritos en el Registro Mercantil, no puede implicar una revisión de la anterior calificación ni autoriza para que se susciten en cualquier momento de la vida social cuestiones relativas a la validez y legalidad de las compañías, si bien dispone que los Registradores de la Propiedad están facultados para apreciar la existencia de las sociedades, la capacidad de las personas que las representan y la extensión de sus atribuciones al decidir sobre la válida realización de actos dispositivos sobre bienes inmuebles o derechos reales, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 18 y 20 de la Ley Hipotecaria. No creo que en el caso contemplado el Registrador infringiera esa doctrina, pues no se trataba aquí de pensar en casos de nulidad o de atentados a la legalidad, sino de estimación errónea o equivocada de una de las dos alternativas que la fusión ofrece en la legislación actual. Estamos rozando la difícil construcción jurídica del negocio disimulado, en el que las partes aparentemente simulan la realización de un acto basándose en una causa falsa, pero realizan otro negocio disimulado basado en una causa verdadera y lícita, lo cual lleva a estimar nulo el primero y válido el segundo si reúne los requisitos que sean precisos conforme a su naturaleza. Pero para llegar a esa conclusión había que demostrarlo y eso parece ser que no se hizo.

b.—*No se describen los bienes inmuebles objeto de la inscripción o de la nota marginal.*

Este segundo defecto, establecido por el Registrador en la nota, prospera, y la Dirección General estima que todo título que pretenda tener acceso al Registro debe contener la descripción de las fincas a que los mismos se refieran, sin que ni siquiera sea suficiente la simple constatación de datos registrales. El Registrador apoyaba su argumentación en el artículo 249 de la Ley Hipotecaria que, como sabemos, señala las circunstancias que debe contener el asiento de presentación.

La rigurosidad de esta exigencia se basa, de una parte, en la norma general que así lo dispone y solamente en casos excepcionales de «anotación» que deba comprender todos los bienes de una persona, podrán anotarse las que se encuentren inscritas a favor del incapacitado o «casos análogos», sin que esta expresión de carácter interpretativo restringido pueda cobijar el supuesto que nos ocupa. De otra parte, en la necesidad de distinguir, en el presente caso cuáles eran los

bienes de la primitiva sociedad absorbente a los que afectaba la extensión de la posible nota marginal, pues en la escritura sólo se describían—o debieron describirse—los que aportaba la sociedad absorbida, los cuales habían de generar en el Registro la correspondiente inscripción de aportación o a la primitiva sociedad absorbente, aparte de ser extendida la nota marginal respectiva al margen, acreditativa del cambio de nombre.

No dice la Resolución si la descripción habría de hacerse en la escritura de fusión, aunque lógicamente parece suponer que legalmente eso no es preciso y que puede bastar su señalamiento descriptivo en una instancia complementaria. En las escrituras de cambio de nombre social que han pasado por mis manos nunca se describieron los bienes de propiedad de la sociedad, pero sí venían complementadas por una instancia inventario de los bienes de que la sociedad era titular.

c.—Presentación de fotocopias de primera copia notarial, con diligencia notarial al final de la misma de que concuerdan con el original.

La Dirección General califica a esta fotocopia de «testimonio» y aunque considera que es un documento notarial, conforme al artículo 144 del Reglamento Notarial, estima incumplidos los artículos 221 y siguientes y, singularmente el artículo 246 del mismo Reglamento, que exige consignar a favor de quién se expide en la cláusula de emisión.

Nosotros habíamos sostenido, siguiendo a ANGEL SANZ, que el testimonio no puede ser nunca objeto de inscripción y sí sólo de documento complementario. Decía SANZ, con gran precisión, que los testimonios notariales no son documentos inscribibles, ya que son una simple reproducción del documento, pero no el documento mismo en que se funda inmediatamente el derecho que se trate de inscribir. Además no hacen fe más que de la existencia y texto del documento—contenido del testimonio—, pero no del contenido del mismo. La Dirección pudo aprovechar esta ocasión para dar legalidad a esta opinión, pero ha preferido solucionar el caso a base de un incumplimiento formal, lo cual ha de seguir planteando problemas en este orden.

d.—El presentante del documento no aporta el poder que le justifica como representante de Unión Explosivos Riotinto, S. A.

La argumentación esgrimida por el Registrador es que la doctrina del artículo 6 de la Ley Hipotecaria y 39 de su Reglamento se refiere solamente para los casos en que se solicita la «inscripción», pero no la extensión de otro asiento o exigir nota de suspensión o denegación o interponer recurso gubernativo. Estimo que la literalidad de la palabra *inscripción* que utiliza el artículo 6 de la Ley Hipotecaria, no puede utilizarse como argumento definitivo, pues creo que ella está usada como «asiento», al igual que lo hacen los artículos 39, 40 y 41 del Reglamento Hipotecario. Admitir eso supondría que la doctrina del artículo 40, restrictiva para la presentación, permitiría a los oficiales, auxiliares y dependientes presentar los títulos o documentos en los *que no se solicite* la inscripción.

Tampoco es cierto que las personas que presenten el título no pueden pedir

la extensión de la nota de suspensión o denegación, pues claramente el artículo 106 del Reglamento Hipotecario legitima al *presentante* para reclamar la extensión de la nota de suspensión o denegación. Sólo tiene razón el Registrador al precisar la doctrina de las personas que pueden interponer el recurso.

La Dirección General, en base de la doctrina del artículo 39 del Reglamento, desestima este defecto. He considerado, en contra de criterios doctrinales sostenidos por CAMY, que la petición de inscripción a través de la presentación no es más que un supuesto de «gestión de negocios ajenos sin mandato», en el que juega el artículo 1.893 del Código Civil.

Si bien doctrinalmente se ha intentado una distinción entre presentación y petición o solicitud de inscripción, lo que sí es cierto es que, aparte la norma genérica del artículo 39 que interpreta el artículo 6 de la Ley Hipotecaria, cuando el legislador quiere exigir una solicitud expresa así lo dispone (artículo 50 del Reglamento Hipotecario, por ejemplo), sin que sea precisa en estos casos que el presentante justifique la representación del solicitante.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—ES INSCRIBIBLE LA VENTA POR SU DUEÑO DE UN PISO INSCRITO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO FINCA SEPARADA E INDEPENDIENTE, SIN QUE SEA UN OBSTÁCULO QUE ESTUVIESE DESTINADO A PORTERÍA. (Resolución de 13 de diciembre de 1971, *Boletín Oficial del Estado* de 4 de febrero de 1972.)

Hechos.—Resultando que según escritura autorizada por el notario recurrente, el 2 de septiembre de 1969, doña Erika Marschall, constituyó en régimen de propiedad horizontal la casa núm. 76 de la calle Enamorados, de Barcelona, de la que era dueña; que resultaron 29 departamentos independientes, de los cuales, cinco estaban situados en la planta baja y eran dos tiendas, dos bajos interiores para habitaciones y otra vivienda para el portero, y seis plantas altas a cuatro puertas por rellano cada una de ellas, todos con su correspondiente cuota de participación; que el departamento núm. 5, inscrito también a nombre de la propietaria, se describe así: «Bajos, tercera interior, destinado a portería del inmueble señalado con el núm. 76 de la calle de Enamorados, de esta ciudad, compuesto de comedor, cocina, aseo y tres dormitorios, ocupando una superficie útil de treinta y cinco metros, treinta decímetros cuadrados. Linda por su frente entrando con vestíbulo de entrada; por el fondo, con los bajos interior 1.^a; por la derecha entrando, con vestíbulo o patio de luces, y por la izquierda, con la comunidad de Santa María del Mar. Cuota: dos enteros treinta y cinco centésimas por ciento»; que todos los departamentos se inscribieron como fincas independientes y se fueron vendiendo por su propiedad a distintos adquirentes; y que por escritura de 22 de diciembre de 1969, doña Erika Marschall, representada por don José Gallemí Patau, como sustituto del apoderado, don José Nin Rius, vendió a don José Alonso Araujo el departamento núm. 5 del referido inmueble anteriormente descrito;

Resultando que presentado en el Registro el citado documento, fue calificado con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento con el núm. 51 del Libro Diario 32 de este Registro y recaída calificación de suspender su inscripción por los siguientes motivos:

»Primero. Por faltar el consentimiento de los demás copropietarios, toda vez que el departamento objeto de la venta, si bien consta inscrito como finca separada al folio 91 del tomo 1.094 del Archivo, se hace constar expresamente en su inscripción que está destinado a portería.

»Segundo. Por no acompañarse las escrituras de poder y sustitución de poder relacionadas con el mismo documento. No se ha tomado anotación preventiva por no haberse solicitado»; y que presentadas las escrituras de poder y sustitución de poder, se mantuvo el primer motivo de la calificación, tomándose anotación de suspensión a petición del presentante;

Resultando que el notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que la finca vendida figura en el Registro a nombre exclusivo de la transmitente; que según el artículo 20 de la Ley Hipotecaria para cumplir el tracto sucesivo e inscribir una finca a nombre del adquirente, basta con que figurase en el Registro a nombre del anterior titular, sin que se precise el consentimiento de los cotitulares en otros elementos o partes de la finca matriz; que si el departamento vendido figura registrado a nombre de un titular único, no existe interés legal alguno ni aprovecha a nadie el que no cambie nunca de dueño; que si el departamento fue apto para ser inscrito a nombre de su primer titular, aún destinado a portería, no hay razón, ni el artículo 20 impide por ese motivo que haya un cambio de titularidad; que el Registrador reconoce que el departamento figura inscrito como finca independiente, y aunque ahora suspenda la inscripción no señala precepto que impida su transmisión; que cuando el Registrador inscribió el departamento cuestionado como finca separada, ya calificó—y calificó bien—y ahora no puede volver sobre lo que anteriormente hizo, que ya es cosa juzgada; que la situación quedó entonces definitivamente fijada con arreglo a lo dispuesto en los artículos 396 del Código Civil y 3.º de la Ley de Propiedad Horizontal y en su nota, con criterio diferente, el Registrador intentó desconocer los efectos de su actuación anterior; que según el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria los asientos firmes del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales; que el tener asignada una cuota de participación implica copropiedad en los elementos comunes; que el consentimiento de los nuevos 28 copropietarios restantes es improcedente, pues han sucedido al primitivo dueño y no pueden tener más derechos que él; que aunque se diga que el departamento está destinado a portería, no se puede considerar elemento común, pues en tal caso, las cuotas de los restantes departamentos serían distintas y él no tendría señalada ninguna; que si el propietario único de la totalidad del inmueble puede reservarse el derecho de vuelo o edificación futura sobre la última planta actual, con mayor motivo podrá reservarse la propiedad de cualquier parte ya construida del edificio, aunque en ese momento esté calificado de portería u otro destino; que la relación *ad exemplum* de elementos comunes que pueden existir en la copropiedad no indica que siempre existan todos; que el local de portería no es imprescindible en todas las casas por pisos, como la prueba el hecho de que muchos bloques de viviendas o inmuebles carecen de ella e incluso en ocasiones se prescinde del «chiscón», «tabuco», mostrador o cabina, desde el cual una persona vigila y atiende a quienes se relacionan por algún motivo con quienes ocupan el inmueble; que aunque la descripción diga «destinado a portería», este dato puede cambiar con el tiempo, como puede cambiar el número que

en la descripción se atribuya al inmueble, o el color, si la descripción dijese, por ejemplo «pintado de blanco»; y que el empleo del posesivo «del», en la descripción del departamento 5, tampoco indica nada en favor del criterio del Registrador, puesto que se emplea en la descripción de todos los pisos o viviendas independientes del inmueble;

Resultando que el Registrador informó: que no discute la facultad dispositiva del titular del local enajenado, pero sí la de desafectarlo del servicio de portería por la exclusiva voluntad de la vendedora, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 6 y 13 de la Ley de Propiedad Horizontal y la Resolución de 5 de mayo de 1970;

Resultando que el Presidente de la Audiencia, para mejor prever, interesó informe de la Junta de Propietarios, la cual contestó al Presidente que en reunión extraordinaria celebrada el 18 de enero de 1970 se estimó por unanimidad que la repetida portería es un bien común que debía seguir destinado a los fines propios, por lo cual, al haber sido vendida sin conocimiento de ningún propietario y en fraude de todos, se había acordado proceder judicialmente contra el vendedor, a cuyo efecto se designó Abogado y Procurador, habiéndose presentado la correspondiente denuncia el 16 de marzo de 1970, conociendo del asunto el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Barcelona, con diligencias previas número 371 y que, a su vista, y por análogas razones a las expuestas por el funcionario calificador, confirmó su nota entendiendo que mientras subsista la afectación al servicio de portería del local vendido es un bien extracomercium y, por tanto, su enajenación no puede tener acceso al Registro;

Resultando que el recurrente se alzó de la decisión presidencial con puntualizaciones a diversos extremos del auto, alegando finalmente como favorable a su criterio la Resolución citada por el Registrador, de fecha 5 de mayo de 1970;

Doctrina.—«Considerando que en este expediente se plantea la cuestión de si inscrito un piso como finca separada e independiente, y con la asignación de su correspondiente cuota de condominio en la propiedad horizontal de que forma parte, puede su propietario venderlo libremente o necesita previamente el consentimiento de los demás copropietarios, dado que dicho piso estaba destinado a portería»;

«Considerando que la lectura de los respectivos informes del Notario recurrente y del funcionario calificador pone de relieve que no aparece controvertida la facultad de disposición por parte del titular registral, quien de acuerdo con el artículo 20 de la Ley Hipotecaria puede transmitir el apartamento discutido y surge únicamente la discrepancia al exigir el Registrador, de acuerdo con la Resolución de 5 de mayo de 1970, como acto previo a la enajenación, que sea desafectado del servicio de portería por parte de la Junta de condueños, dado que en la escritura de constitución de propiedad horizontal y en la inscripción correspondiente se indica que éste sería su destino»;

«Considerando que en el supuesto contemplado por la Resolución de 5 de mayo de 1970 existía una diferencia esencial con el que aquí se somete a debate, ya que en aquél se pretendía transmitir como vivienda independiente lo que era un elemento común del inmueble —la portería— y que como anejo inseparable pertenecía a todos los propietarios del edificio en proporción a sus respectivas cuotas, según establece el artículo 396 del Código Civil, por lo que era necesario

el acto previo de desafectación por la Junta de dueños, la asignación de cuota a la nueva vivienda que se pretendía crear, y la redistribución de los porcentajes sobre todos los pisos al existir un elemento privativo más, mientras que en este expediente se trata de la enajenación de una propiedad singular y exclusiva por el que registralmente aparece como dueño, y que puede sustituir a otro en la titularidad que ostente»;

«Considerando que la somera indicación hecha en la descripción del apartamento de estar destinado a portería, sin ninguna otra regulación sobre esta materia en los Estatutos que permita atribuirle la calificación de elemento común, no puede ser una traba a las facultades dispositivas del propietario porque estaría en contradicción con el principio de libre circulación de bienes sancionado en el artículo 348 del Código Civil, al no permitirle que lo enajene sin el consentimiento de personas que ostentan ningún derecho real sobre el mencionado apartamento, y que solamente tienen los derechos derivados de una posible relación contractual, ajena totalmente al Registro de la Propiedad y que se produce con independencia de la titularidad dominical, aparte de que no hay obstáculo legal para que el servicio de portería pueda ser prestado por uno de los copropietarios, en este caso concreto el mismo portero, que es quien ha adquirido la vivienda»;

Esta Dirección General ha acordado revocar el Auto apelado y la nota del Registrador.

Consideraciones críticas.

Toda la razón de ser de la decisión que sanciona la Dirección General de los Registros, se monta en las ideas que el Notario expone en su informe y que contemplan la doble actuación del Registrador al inscribir por primera vez un piso destinado a portería, como finca independiente y rechazar posteriormente la inscripción de la venta realizada por la titular del piso en cuestión.

Sin embargo, existe una frase, en el considerando cuarto, que hace perder la fuerza de la argumentación anterior: «la somera indicación hecha en la descripción del apartamento de estar destinado a portería, sin ninguna otra regulación sobre esta materia en los Estatutos, que permita atribuirle la calificación de elemento común, no puede ser una traba a las facultades dispositivas del propietario porque estaría en contradicción con el principio de libre circulación de bienes sancionado en el artículo 348 del Código Civil...».

Decía LA CÁMARA («Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal», Conf. pronunciada en el Colegio Nacional de Registradores de España, 1973), recogiendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo el 16 de mayo de 1965, que entre los elementos comunes del edificio dividido en propiedad horizontal existen unos que lo son por *naturaleza* (inherentes al derecho singular de propiedad sobre cada uno de los espacios limitados susceptibles de aprovechamiento independiente) y elementos comunes por *destino* (cuales son aquellos que en concepto de anejos se adscriben al servicio de todos o de alguno de los propietarios singulares). Partiendo de esta clasificación que considera correcta, aunque estima que el *anejo* es prolongación de la parte privativa, sitúa entre los elementos comunes por destino la vivienda del portero.

Conforme a la Dirección General «la somera indicación» no basta para calificar

al piso destinado a portería como tal, sino que ese elemento común por «destino» debe reputarse privativo, ya que los Estatutos luego nada dicen del régimen aplicable al mismo. Pero una cosa, entiendo yo, es que el piso en su condición de titularidad dominical sea de uno o de varios de los propietarios y otra es que quede «gravado con una carga perfectamente delimitada por su destino señalado». La atribución del piso a una determinada persona fijándose estatutariamente (y por estatutos hemos de entender aquellas reglas que complementan lo dispuesto en la Ley especial de Propiedad Horizontal, siempre que no contravengan sus preceptos) el «destino» que ha de tener el piso adjudicado, opera como causa de la adjudicación y vincula necesariamente a todo posible tercer adquirente en una de estas tres posibilidades: a) A tener que concertar un arrendamiento con el portero de la finca. b) Ceder precariamente el apartamento para su ocupación por el portero, y c) Enajenar el piso al portero para que éste ocupe el piso en calidad de tal, que es el caso real que provoca el recurso.

Hay, en principio, una posible contradicción *in abstracto*, pues lo que aparentemente es privativo, no puede ser calificado de común, pero sí «tener un destino común». No creo que haga falta traer aquí la teoría de la afectación de bienes procedentes del Derecho administrativo, ni por supuesto, toda la gama de enajenaciones y donaciones sujetas a un destino bajo la amenaza de una condición o de un modo, pues creo que nos sirve la teoría de los pactos estatutarios y su afección respecto de tercero una vez inscritos, para dar vigencia y trascendencia jurídica al destino como portería del piso cuestionado.

Discrepo, claro está, de esa frase que emplea LA CÁMARA, en el trabajo antes citado, en la que dice: «Respecto de la vivienda del portero no hay inconveniente alguno en que aquél la ocupe en concepto de arrendatario o incluso de propietario, hipótesis ésta que empieza a presentarse algunas veces en la práctica, lo que dice mucho de la elevación del nivel de vida de esta humilde clase social». Aparte de que de «humilde» tiene muy poco esta clase social —humilde en el sentido de económicamente pobre y no el evangélico, al que tampoco puede responder— resulta que en su cualidad de arrendatario o propietario, sería luego más difícil poder rescindir el contrato laboral y lograr el lanzamiento que lleva consigo el desahucio, salvo que se tuviera en cuenta ese destino al que no parece dar importancia la Dirección General.

Creo que lo correcto hubiese sido configurar ese elemento común por destino dentro de lo que la técnica jurídica ha denominado *departamentos procomunales*. Ello se ampara, como sabemos, en el artículo 4 de la Ley de Sociedades Anónimas, en el que se prevé la posibilidad de un piso o local que pertenezca a varios y en los que la acción de división no procederá cuando la proindivisión se haya establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios. Así parece deducirse de las conclusiones aportadas al campo doctrinal por el primer Simposio de Propiedad Horizontal, celebrado en Valencia por las Cámaras de la Propiedad Urbana de Levante en el año 1972, y que también patrocina la tesis sostenida por LA CÁMARA («Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la Propiedad Urbana», en Rev. Dr. Notarial, tomo 64, página 145 y ss.). Dice este último autor que el texto de la ley, al considerar que el departamento «procomunal» es un piso o local sobre el cual se ha establecido la indivisión en beneficio o utilidad común de todos los copropietarios, da a

entender que no se trata de un *elemento común* propiamente dicho, sino más bien de una parte privativa sujeta a un régimen jurídico peculiar. El régimen peculiar, añadido yo, lo viene a dar el destino señalado en la escritura de constitución de la propiedad horizontal, sin perjuicio de que, además, en los posibles estatutos se haga referencia al mismo.

Marginalmente queda la discusión doctrinal entre LA CÁMARA y las conclusiones del primer Simposio sobre los actos enajenativos del piso «procomunal», pues en el caso que nos ocupa la Dirección General, ajustándose a los principios hipotecarios del tracto sucesivo, sanciona correctamente la validez del acto dispositivo realizado por la titular del piso «destinado a portería». Lo que sucede es que a la hora de precisar la trascendencia del acto echa en olvido el destino del piso y no lo somete al régimen del mismo.

¿Debió el Registrador desestimar en la primitiva inscripción la constatación de ese piso como de propiedad individual, pero con el destino de ser dedicado a portería? Quizá lo correcto, ya lo hemos dicho, hubiese sido la configuración del piso como «procomunal», pero al no hacerse así y admitir la tesis de LA CÁMARA, era preciso dar al *destino* del inmueble una trascendencia hipotecaria que la Resolución le niega hablando de *somera indicación*. Una cosa es que la enajenación del piso sea correcta jurídicamente y otra que, a la hora de la realidad, el piso vendido esté «afecto» al destino que señaló la escritura de constitución. Por ello, para que el tercer ocupante del piso no quede afectado por el destino que al inmueble se le dio, inicialmente sería preciso esa «desafectación» de que habla la Resolución de 5 de mayo de 1970 que ambos contendientes alegan en sus diferentes informes.

Creo, por tanto, que el Registrador al suspender la inscripción solicitada, debió hilar más fino y en su nota admitir la inscripción que se pedía, pero supeditándola a la constatación en el cuerpo de la inscripción del especial destino que el piso tenía y que operaba como afección real frente a todo tercer adquirente, salvo que previo consentimiento de todos los copropietarios se acordase la desafectación de dicho destino.

Estas reflexiones —hechas con alguna precipitación— tratan de conciliar esa construcción que patrocina la doctrina de que ciertos elementos comunes por su destino puedan pertenecer a uno solo de los propietarios, lo cual inicialmente nos lleva a una independencia de los actos traslativos. Pero o se estima que el destino del piso es trascendental a efectos de gravar el mismo, o de lo contrario también podría estimarse que el destino es trascendente y que sólo existe «una somera indicación» respecto a la titularidad y cuota fijada para el mismo.

Si no hay conciliación, la balanza de la decisión debe inclinarse por uno u otro campo. El aparentemente relevante es el de la titularidad, pero habiendo utilizado la Dirección General el término «desafectación» en la Resolución de 1970, para jugar con el destino de un apartamento también destinado a portería, pero perteneciente a la totalidad de los conductores, pudo ahora tener en cuenta este destino que inicialmente se señalaba al piso. Todo ello con independencia de la corrección jurídica hipotecaria con la que soluciona el problema en orden al principio del tracto sucesivo.

Como el problema se repite en la Resolución de 15 de junio de 1973 ya tendremos más ocasión para seguir reflexionando sobre este punto, pero será difícil

orientar los comentarios en sentido más favorable al sostenido por la Dirección General.

EMBARGO POR CRÉDITOS DEL ESTADO NO PREFERENTES.—DEUDOR DECLARADO EN SUSPENSIÓN DE PAGOS.—NO ES ANOTABLE EL MANDAMIENTO DE EMBARGO POR DÉBITOS QUE NO RECAEN DIRECTAMENTE SOBRE LOS INMUEBLES QUE SE PRETENDEN EMBARGAR, CUANDO EL DEUDOR SE ENCUENTRA EN LA SITUACIÓN DE SUSPENSIÓN DE PAGOS. (Resolución de 14 de diciembre de 1971, *Boletín Oficial del Estado* de 5 de febrero de 1972.)

Hechos.—Resultando que en expediente de apremio seguido contra don Enrique Pineda Montiel y su esposa, doña Isabel Lloret Ferrer, para hacer efectivos diversos impuestos fiscales, principalmente el de Cuota de beneficios de los años 1967 a 1969, el Recaudador de Contribuciones de la zona I de Alicante, con objeto de asegurar el pago de los Créditos de la Hacienda, que ascendían a 332.000 pesetas más 168.000 de recargos y costas, dirigió por duplicado, mandamiento al Registrador de la Propiedad de la mencionada capital, ordenando el embargo de dos fincas registradas de las que eran propietarios;

Resultando que el citado documento fue calificado con la siguiente nota: «No admitida la anotación del embargo a que se refiere el precedente mandamiento, uno de cuyos ejemplares queda archivado con el número 132, toda vez que según la inscripción 60 que obra al folio 2 del libro 2.º de Incapacitados, aparece inscrita la declaración de estado de suspensión de pagos del deudor, don Enrique Pineda Montiel, anotación de suspensión que impide extender las de embargo ordenadas, y cuya anotación de suspensión se ha hecho constar en las fincas embargadas»;

Resultando que el Delegado de Hacienda de Alicante interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que tanto el vigente Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968, como el anterior Estatuto de Recaudación, así como la Ley de Administración y Contabilidad han venido regulando las garantías de que goza la Hacienda Pública para el cobro de las deudas fiscales; que tales garantías son, en la actualidad, fundamentalmente las siguientes: hipoteca legal tácita, hipoteca especial, prelación de cobros, derechos de retención y afección; que la cobranza de la deuda fiscal en relación con las citadas garantías puede coincidir con el de terceras personas físicas o juristas, igualmente acreedoras del deudor común, con procedimientos ejecutivos individuales o universales; que en el primer caso, cada procedimiento seguirá su trámite independiente sin que pueda pretenderse una graduación conjunta de créditos, sino de individualizados y preferentes derechos de cobro; que en los procedimientos universales, no obstante las garantías establecidas a favor de la Hacienda Pública, surge una abundante problemática acerca de la continuidad de la vía de apremio administrativo al margen o fuera de aquella universalidad; que en el caso de una suspensión de pagos en relación con un mandamiento de embargo administrativo por deudas fiscales, el procedimiento ejecutivo para la efectividad de la deuda fiscal no debe quedar paralizado porque se persigan bienes para el cobro de deudas no contempladas en los artículos 37 y 38 del

Reglamento de 14 de noviembre de 1968, sino en el genérico artículo 40; que esto es así porque la recaudación en vía de apremio tiene carácter exclusivamente administrativo según proclama el artículo 93 del citado Reglamento y no puede suspenderse sino en los casos señalados en los artículos 190 y 191 de la mencionada disposición; que un Decreto de competencia de 11 de mayo de 1932 declaró que la providencia que admita una petición de suspensión de pagos no puede impedir que la Administración utilice para el cobro de las contribuciones y demás rentas públicas, los procedimientos de carácter exclusivamente administrativo, puesto que no existe ningún precepto que disponga la suspensión de los mismos, ya se inicien antes o después de haberse dictado la providencia judicial prescrita en el artículo 9 de la Ley de 26 de julio de 1922; que por tanto, solicitada la suspensión de pagos y mientras se sustancia su expediente, no se admite por el Juzgado ninguna pretensión incidental que tienda directa o indirectamente a impugnar la procedencia de la declaración judicial o aplazar su efectividad, quedando en suspenso los embargos y administraciones judiciales constituidos sobre bienes no hipotecados ni pignorados, y continuados, con igual prevención, los juicios ordinarios y ejecutivos, hasta la sentencia, que no se ejecutará hasta que termine el expediente de suspensión; que todas estas prevenciones tienen por objeto defender por igual los derechos de todos los acreedores civiles, evitando que resulten especialmente favorecidos los más diligentes, sin que, de los términos en que está redactado el artículo 9 de la Ley de 26 de julio de 1922 pueda deducirse que en éste se comprendan los embargos acordados en vía de apremio administrativo, porque ni proceden de la vía judicial ni con ello se pretende impugnar la declaración judicial de suspensión de pagos ni aplazar su efectividad; que el apremio administrativo es independiente de la vía judicial y no puede suspenderse por esta autoridad, salvo en los supuestos del artículo 190 del Reglamento de 14 de noviembre de 1968 y por la autoridad y órgano a que se refiere su artículo 191; y que al desembocar la suspensión de pagos en un convenio de quita o espera o ambas cosas a la vez y no prever tales supuestos en relación con el contribuyente, la legislación fiscal, es claro que la Hacienda Pública no puede ser afectada por lo establecido en la Ley de 26 de julio de 1922;

Resultando que el Registrador informó: que al no ser los impuestos causantes del embargo, ninguno de aquellos a los que la legislación hipotecaria y fiscal atribuyen la virtualidad de originar una hipoteca legal tácita a favor del Estado, la cuestión queda limitada a determinar la procedencia o improcedencia de la anotación de embargo a favor de la Hacienda Pública, por tributos no privilegiados con aquella hipoteca; que del mandamiento presentado en el Registro no resulta se hayan hecho las notificaciones de la providencia de apremio y de la diligencia de embargo previstas en los artículos 102 y 120 del Reglamento de Recaudación de 14 de noviembre de 1968 a personas distintas del contribuyente deudor, a pesar de lo dispuesto en el artículo 99 del mismo Reglamento y en la regla 71 de la Instrucción de Recaudación y Contabilidad de 29 de julio de 1969, sin que el suspenso, por su situación de incapacidad, pudiera realizar ningún pago sin el concurso de los Interventores o autorización del Juez; que las notificaciones, en el procedimiento de apremio fiscal a un deudor declarado en suspensión de pagos, debieron haberse hecho a la vez, a su representación legal; que aunque no existieran los anteriores obstáculos, el mandamiento habría debido

expresar que quedaría en suspenso la ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos, que no ha sido derogado por la vigente legislación fiscal; que no es competencia del informante determinar la prelación de créditos en una suspensión de pagos, pero debe tener en cuenta el número 2 de la regla 22 de la Instrucción de Recaudación, que otorga una tercera de mejor derecho cuando consten en el Registro derechos constituidos con anterioridad a la anotación de embargo a favor del Estado; que conforme al número 2 del artículo 44 del Reglamento de Recaudación, los mandamientos recaudatorios tendrán, a todos los efectos, la misma virtualidad que todos los que emanan de la autoridad judicial, y en esta vía, al ejecución de la resolución que se adopte quedará en suspenso hasta que termine el expediente previsto en la Ley de 26 de julio de 1922, según dispone su artículo 9, salvo que se persigan bienes especialmente hipotecados o pignorados; y que aunque tal suspensión de la ejecución pueda parecer inoperante dado el contenido del núm. 2 de la regla 49 de la referida Instrucción, si se analiza su contenido, resulta que su interpretación debe ser restrictiva por su carácter excepcional y, además, que el expediente de apremio tiene que ser previo a la suspensión, puesto que el párrafo 1.º dice «que no se suspenderá lo que supone su existencia anterior», y el 2.º, «que los bienes embargados fiscalmente no se comprenderán en la masa de la quiebra», lo que implica, en su caso, que el embargo se ha practicado ya;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario en su informe, y el Delegado de Hacienda se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos;

Doctrina.—«Considerando que la cuestión planteada por el presente recurso consiste en determinar si procede extender la anotación preventiva de embargo a favor de la Hacienda Pública, ordenada en procedimiento de apremio por falta de pago de impuestos que no recaen directamente sobre el inmueble inscrito, cuando en el Registro aparece que el contribuyente apremiado ha sido declarado en estado de suspensión de pagos.»

«Considerando que la situación patrimonial del comerciante declarado en estado de suspensión de pagos queda ampliamente afectada por la intervención en todas sus operaciones que debe ordenar el Juzgado, en la misma providencia en la que con arreglo al artículo 4 de la Ley especial se tenga por solicitada la declaración en dicho estado, y una de las limitaciones que expresamente se le imponen, conforme al artículo 6.º de la mencionada disposición legal, es la de necesitar el acuerdo de los Interventores, o autorización del Juez si éstos no hubiesen tomado posesión de su cargo, para verificar todo pago, con posible responsabilidad penal en caso de incumplimiento, así como la sanción de nulidad para los actos que realice sin dichas intervención o autorización.»

«Considerando que no obstante lo anterior, la situación del deudor suspenso dista mucho de ser una inhabilitación patrimonial que requiera el mecanismo de la representación legal, como lo demuestra el que conserva la administración de sus bienes y gerencia de sus negocios, con las limitaciones que en cada caso fije el Juzgado—artículo 6.º de la Ley—, y por ello se le somete sólo a una intervención para impedirle que realice operaciones en perjuicio de sus acreedores, a diferencia de lo que ocurre en la quiebra donde los síndicos, como con-

secuencia de la inhabilitación del quebrado, tienen el carácter de representantes de la masa de acreedores de la quiebra y administradores legales de su haber, según dispone el artículo 1.366 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

«Considerando que el artículo 99 del apartado 2 del Reglamento General de Recaudación exige que las notificaciones en el procedimiento de apremio se practiquen personándose el ejecutor en el domicilio del interesado o en el de sus representantes legales o voluntarios si los hubiere señalado previamente, por lo que, al carecer los Interventores de la condición de representantes del deudor suspenso, no parece que fuera necesario—tal como dice en su informe el funcionario calificador—notificar a los mismos ni la providencia de apremio ni la diligencia de embargo, establecidas en los artículos 102 y 120 del mismo Reglamento, pues a quien hay que requerir de pago es al mismo deudor, quien deberá poner en conocimiento de los Interventores el indicado requerimiento, a fin de, en su caso, poder verificar el pago de acuerdo con dichos Interventores.»

«Considerando que en la suspensión de pagos es esencial la actuación de igualdad en que se han de encontrar todos los acreedores que no tengan el carácter de privilegiados y por ello, uno de los efectos más importantes de la declaración en dicho estado es la paralización de las acciones individuales de los acreedores, en orden a lo cual el artículo 9.º de la Ley de 26 de julio de 1922 establece la distinción de una parte entre la tramitación de los juicios, sean ordinarios o ejecutivos, que continuarán hasta que recaiga sentencia, y cuya ejecución quedará en suspenso, mientras no haya terminado el expediente, y de otra, los actos de ejecución sobre el patrimonio del suspenso respecto de los cuales se dispone que desde que se tenga por solicitada la suspensión de pagos, todos los embargos y administraciones judiciales que pudiera haber constituidos sobre bienes no hipotecados ni pignorados, quedarán en suspenso y sustituidos por la actuación de los interventores, mientras ésta subsista, todo lo cual se entenderá sin menoscabo del derecho de los acreedores privilegiados y de dominio al cobro de sus créditos.»

«Considerando que al no proceder los débitos fiscales por razón de los cuales se expidió el mandamiento calificado de impuestos comprendidos en los artículos 194 de la Ley Hipotecaria y 12 de la Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911, carecen de la condición de créditos singularmente privilegiados y, por tanto, sin perjuicio de la prelación que les pueda reconocer la legislación fiscal, tampoco gozan a efectos del expediente de suspensión de pagos de la facultad de abstenerse de concurrir a la Junta para la aprobación del convenio, por todo lo cual, y teniendo el mandamiento a todos los efectos la misma virtualidad que si emanase de la autoridad judicial, según el artículo 44-2.º del Reglamento General de Recaudación, es indudable que se está en el caso del párrafo 4.º del artículo 9.º de la Ley de Suspensión de Pagos y, como ya declaró la Resolución de 15 de febrero de 1962, recaída en un caso análogo al presente, «dada la naturaleza cautelar y de garantía que el embargo supone, cabe estimar que la anotación podrá realizarse con el fin de permitir al interesado el aseguramiento de su derecho», pero sin que la misma permita llegar a la ejecución mientras no se haya terminado el expediente, salvedad que no contiene el mandamiento calificado.»

«Considerando que no se opone a la anterior doctrina lo dispuesto en el

párrafo primero del número 2 de la regla 49 de la Instrucción General de Re-caudación y Contabilidad, de 24 de julio de 1969, conforme al cual, «el procedimiento de apremio no será acumulable a los judiciales, ni se suspenderá aunque el deudor comerciante haya solicitado la declaración de hallarse en suspensión de pagos», ya que, independientemente de que la norma parece referirse a que el procedimiento de apremio sea anterior al expediente de suspensión de pagos, la denegación de la anotación no implica exigencia alguna de acumulación o suspensión, si no simplemente dar cumplimiento a lo ordenado en la Ley de Suspensión de Pagos, a fin de impedir la ejecución aislada sobre los bienes del deudor común mientras dure el procedimiento, sin que tampoco sea aplicable el párrafo segundo de la misma regla citada, que establece: «respecto de los bienes embargados en procedimiento de apremio con anterioridad a la declaración del concurso o de la quiebra del deudor, que la Administración continúe la tramitación de aquél, ya que dichos bienes no pueden comprenderse en la masa del juicio universal correspondiente», toda vez que la declaración del estado de suspensión de pagos ha sido anterior al embargo realizado en el procedimiento de apremio.»

Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador.

Consideraciones críticas.

A nuestro juicio, tres pueden ser los puntos que se solucionan en esta Resolución: la situación de capacidad del suspenso, las notificaciones en los procedimientos de apremio y los efectos que produce la anotación preventiva de suspensión en relación, especialmente, con la pretensión de anotar su embargo administrativo. Creo que estos tres aspectos pueden ofrecernos los esquemas de la Resolución y, siguiéndolos, podremos también ordenar las ideas y opiniones.

a.—La capacidad del suspenso.

La Dirección General estima que la situación del comerciante declarado en estado de suspensión dista mucho de ser una «inhabilitación patrimonial» que requiere el mecanismo de la representación legal, como lo demuestra el que conserva la administración de sus bienes y gerencia de sus negocios, sometiéndole a una intervención para impedirle que realice operaciones en perjuicio de sus acreedores, a diferencia de lo que ocurre en la quiebra, donde los síndicos, como consecuencia de la inhabilitación del quebrado, tienen el carácter de representantes de la masa de acreedores y administradores legales de su haber.

Tiene realmente importancia esta calificación en orden a dos clases de problemas: el cauce legislativo que ha de darse a los asientos registrales y la obligatoriedad de las notificaciones en el procedimiento de apremio, cosa, esta última, que examinaremos luego.

No hace mucho defendía en una publicación, que la situación jurídica del suspenso es muy semejante a la del *emancipado* que, conforme al artículo 318 del Código Civil, está habilitado para ejercer todos sus derechos sobre la persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a esa edad no puede tomar

dinero a préstamo, gravar ni vender los bienes, sin consentimiento de su padre, madre o tutor. Las diferencias de ambas situaciones, perfectamente encajables dentro de la teoría del estado de las personas, es que la emancipación concede derechos antes inexistentes, mientras que la suspensión restringe los que antes se disfrutaban.

Con esta construcción venía a negar la que sostiene OLIVENCIA RUIZ («Publicidad registral de suspensiones y quiebras», Madrid, 1963), que es también seguida por el Seminario de Derecho Hipotecario de Aragón (Boletín del Colegio Nacional de Registradores, año 1971), estimando que la situación del suspenso al conservar su capacidad de administración y estar limitados los actos de enajenación, parece poder encuadrarse más en el ámbito de las prohibiciones que en el de las incapacidades, aun reconociendo que la actual legislación deja de encajar las situaciones concursales en los supuestos de prohibición de enajenar (número 4.º del artículo 42 Ley Hipotecaria). Igualmente, me apartaba de la tesis clásica defendida por ROCA SASTRE («Derecho Hipotecario», Barcelona, 1968), que estima que la situación de suspensión envuelve un supuesto de incapacidad y no de prohibición de enajenar, de suerte que la referencia que del artículo 42, 5.º, de la Ley Hipotecaria, hace al 142 del Reglamento Hipotecario es correcta. CAMY SÁNCHEZ CAÑETE («Comentarios a la legislación Hipotecaria», 1970) seguía esa misma línea, diferenciando las prohibiciones de disponer de las declaraciones de prodigalidad.

Del tercer considerando de la Resolución se deduce que no se trata de una situación de «inhabilitación patrimonial», lo cual parece alejar la tesis de la prohibición de disponer (porque el suspenso puede enajenar con autorización) y la de la incapacidad «al no requerir el mecanismo de la representación legal», para acercarse a esa situación de estado civil muy semejante a la del menor emancipado.

A la luz de la legislación hipotecaria actual, que ha separado las anotaciones de prohibición de enajenar de las de los supuestos de suspensión, concurso y quiebra (aun a pesar del artículo 166, 4.º, del Reglamento Hipotecario), y las sitúa en el campo de las incapacidades, podremos señalar las tres clases de asientos que puede producir esa situación: 1) La anotación preventiva en caso de solicitarse la declaración del estado de suspensión (realmente lo que se anota es la providencia judicial dictada a instancia de parte), conforme al artículo 142 del Reglamento Hipotecario, en su referencia al artículo 42, 5.º, de la Ley Hipotecaria. 2) Inscripción en el Libro de incapacitados (artículo 386 y siguientes del Reglamento Hipotecario), y 3) La inscripción que, en su día, se haga de la declaración de suspensión y que deberá practicarse en los libros de inscripciones.

En el supuesto de hecho no existe más, parece ser, que la anotación preventiva de suspensión y la inscripción especial en los libros de los incapacitados, faltando, a mi entender, la especial de suspensión que se apoya en el artículo 2, 4.º, de la Ley Hipotecaria y que habría de verificarse por el auto judicial que declarase la situación y que debe contener los requisitos del artículo 55 del Reglamento Hipotecario. No podemos, en razones de brevedad, profundizar más en este punto.

b.—*Notificaciones en el procedimiento de apremio.*

Si la situación en que se encuentra el suspenso no es, como dice la Dirección General un supuesto que «requiere el mecanismo de la representación legal», es evidente que al carecer los Interventores de la condición de representantes del deudor suspenso, no parece que fuera necesario notificar a los mismos ni la providencia de apremio ni la diligencia de embargo, establecidas en los artículos 102 y 120 del Reglamento General de Recaudación.

Destaca este punto la Dirección General ante el informe del Registrador, que, basándose en el criterio tradicional, ha estimado a la situación de suspensión como una de «incapacidad», aduciendo por ello los artículos 99, 102 y 120 del Reglamento de Recaudación y el 71 de Instrucción de Recaudación y Contabilidad de 29 de julio de 1969 y la necesidad de ser notificados los representantes legales. Este es el único punto en el que la Dirección discrepa del informe registral.

c.—*Efectos del reflejo registral de la suspensión de pagos.*

Aquí es donde realmente la Dirección no se decide a tomar una postura definitiva, pues invocando la Resolución de 15 de febrero de 1962 en la que se admitió la anotación de un embargo, no menciona las Resoluciones de 14 y 26 de noviembre de 1968 (la mención se hace en el «visto», pero luego no se utiliza), en las que se establecía claramente que no puede practicarse en el Registro de la Propiedad una anotación de embargo cuando en los libros del mismo figura ya anotada la suspensión de pagos del deudor embargado.

En principio, parte de la misma idea de la que arrancaban estas dos últimas Resoluciones, pues se afirma en el considerando quinto que «en la suspensión de pagos es esencial la actuación de igualdad en que se han de encontrar todos los acreedores que no tengan el carácter de privilegiados», pero luego se insiste en el principal efecto de la suspensión, que es de evitar «los actos de ejecución sobre el patrimonio del suspenso» a que claramente se refiere el artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922.

Aunque en el presente caso, por ciertas razones que luego diremos, la Dirección estima correcto el criterio del Registrador y niega la práctica de la anotación preventiva solicitada por el Recaudador de Contribuciones, es lo cierto que en el considerando sexto, al remitir a lo dispuesto en la Resolución de 15 de febrero de 1962, parece dar a entender que la doctrina a seguir sería la de practicar la anotación de embargo con el fin de permitir al interesado el aseguramiento de su derecho, siempre que el mandamiento de embargo contenga la salvedad —que en el caso presente no tiene— de que la ejecución quedará pendiente mientras no se haya terminado el expediente de suspensión.

Se hacía, sin embargo, importante desmontar algunos de los puntos en los que la Delegación de Hacienda se apoya para mantener su recurso y eso lo hace con envidiable precisión la Dirección General. Fundamentalmente pueden señalarse los dos más importantes:

— A la alegación del posible privilegio para el derecho al cobro que en el informe del Delegado de Hacienda se sostenía, responde la Dirección,

siguiendo el informe del Registrador, que los débitos fiscales que originaron la petición de anotación de embargo no eran de los comprendidos en los artículos 194 de la Ley Hipotecaria y 12 de la Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911, careciendo de la condición de créditos singularmente privilegiados y de la facultad de abstenerse de concurrir a la Junta para la aprobación del convenio. Y como el mandamiento administrativo en que se pide el embargo se equipara al judicial, conforme al Reglamento de Recaudación (art. 44, 2.º), es indudable la aplicación de «suspensión» de que habla el artículo 9, 4.º, de la Ley de Suspensión de Pagos que, como es natural, no ha sido derogada por la legislación fiscal.

- Había otro argumento más peligroso y hábilmente utilizado, pero contra éste también responde la Dirección General. Se trataba de la regla 49 de la Instrucción General de Recaudación y Contabilidad, de 24 de julio de 1969, en la que parece ordenarse que el procedimiento de apremio no se suspenderá ni será acumulable a los judiciales, aunque el deudor solicite la suspensión de pagos y que deberá seguirse la tramitación, pues los bienes embargados no pueden comprenderse en la masa de la quiebra o suspensión. He dicho que «parece» decir, y en realidad es eso, lo que dice, pero lo dice refiriéndose al supuesto de que el procedimiento «sea anterior al expediente de suspensión», y aquí ni el expediente ni el embargo eran anteriores, sino posteriores a la anotación de suspensión.

Para concluir este comentario crítico conviene señalar cómo la Dirección General ha sabido aprovechar la ocasión para perfilar la situación jurídica del suspenso y los accertados considerandos sobre los efectos de la suspensión. Pudo, sin embargo, ésta ser una buena ocasión para precisar los asientos a practicar con motivo de la petición de suspensión y de la declaración de la misma, aparte de señalar el efecto primordial que el reflejo registral tendría frente a actos posteriores.

El criterio diferente que se manifiesta en las Resoluciones de 15 de febrero de 1962, en la que la Hacienda era la que figuraba como acreedora, y las de 14 y 16 de noviembre de 1968, en las que el acreedor era un particular, no puede suponer un distinto trato, pues en ambos casos cabe «estimar que la anotación podrá realizarse con el fin de permitir al interesado el aseguramiento de su derecho».

Si la Ley de Suspensión de Pagos habla en su artículo 9, 4.º de que todos los «embargos que pudiera haber constituidos» quedarán en suspenso, es imprescindible cerrar el Registro a su constatación, ya que de lo contrario, por mucha nota a pie de título que el Registrador pusiera o por mucha advertencia que en el cuerpo de la anotación se hiciera, la ejecución seguiría su camino inevitablemente.

EMBARGO ADMINISTRATIVO.—REITERA LA DOCTRINA DECLARADA EN LA RESOLUCIÓN DE 14 DE DICIEMBRE DE 1971 (Resolución de 16 de diciembre de 1971, *Boletín Oficial del Estado* de 5 de febrero de 1972).

Hechos.—Resultando que en expediente de apremio seguido contra don José Antonio Rubio Rodríguez para hacer efectivos diversos impuestos fiscales, el Recaudador de Contribuciones de la zona I de Alicante, con objeto de asegurar el pago de los créditos de la Hacienda que ascendían a 44.940 pesetas, más 78.988 de recargos y costas, dirigió por duplicado, mandamiento al Registrador de la Propiedad de la mencionada capital ordenando el embargo de dos fincas registradas que les pertenecían;

Resultando que el citado documento fue calificado con la siguiente nota: «No admitida la anotación de embargo a que se refiere el precedente mandamiento, uno de cuyos ejemplares queda archivado en el número 134, toda vez que según la inscripción 43 que obra al folio 37 del Libro 1.º de Incapitados, aparece inscrita la declaración de estado de suspensión de pagos del deudor y propietario de las fincas embargadas, don José Antonio Rubio Rodríguez; anotación de suspensión que impide extender las de embargo ordenadas, y cuya suspensión se ha hecho constar en las fincas embargadas»;

Resultando que el Delegado de Hacienda de Alicante interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que tanto el vigente Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968, como anterior Estatuto de Recaudación, así como la Ley de Administración y Contabilidad han venido regulando las garantías de que goza la Hacienda Pública para el cobro de las deudas fiscales; que tales garantías son en la actualidad, fundamentalmente las siguientes: hipoteca legal tácita, prelación de cobros, derechos de retención y afección; que la cobranza de la deuda fiscal en relación con las citadas garantías puede coincidir con el de terceras personas físicas o jurídicas, igualmente acreedoras del deudor común, con procedimientos ejecutivos individuales o universales; que en el primer caso, cada procedimiento seguirá su trámite independientemente sin que pueda pretenderse una graduación conjunta de créditos, sino de individualizados y preferentes derechos de cobro; que en los procedimientos universales, no obstante las garantías establecidas a favor de la Hacienda Pública, surge una abundante problemática acerca de la continuidad de la vía de apremio administrativa al margen o fuera de aquella universalidad; que en el caso de una suspensión de pagos en relación con un mandamiento de embargo administrativo por deudas fiscales, el procedimiento ejecutivo para la efectividad de la deuda fiscal no debe quedar paralizado porque se persigan bienes para el cobro de deudas no contempladas en los artículos 37 y 38 del Reglamento de 14 de noviembre de 1968, sino en el genérico artículo 40; que esto es así porque la recaudación en vía de apremio tiene carácter exclusivamente administrativo según proclama el artículo 93 del citado Reglamento y no puede suspenderse sino en los casos señalados en los artículos 190 y 191 de la mencionada disposición; que un Decreto de competencia de 11 de mayo de 1932 declaró que la providencia que admitía una petición de suspensión de pagos no puede impedir que la Administración utilice para el cobro de las contribuciones y demás rentas públicas los procedimientos de carácter exclusivamente administrativo, puesto que no exis-

te ningún precepto que disponga la suspensión de los mismos, ya se inicien antes o después de haberse dictado la providencia judicial prescrita en el artículo 9 de la Ley de 26 de julio de 1922; que por tanto, solicitaba la suspensión de pagos y mientras se sustancia su expediente, no se admite por el Juzgado ninguna pretensión incidental que tienda directa o indirectamente a impugnar la procedencia de la declaración judicial o aplazar su efectividad, quedando en suspenso los embargos y administraciones judiciales constituidos sobre bienes no hipotecados ni pignorados, y continuando, con igual prevención, los juicios ordinarios y ejecutivos, hasta la sentencia, que no se ejecutará hasta que termine el expediente de suspensión; que todas estas prevenciones tienen por objeto defender por igual los derechos de todos los acreedores civiles, evitando que resulten especialmente favorecidos los más diligentes, sin que, de los términos en que está redactado el artículo 9 de la Ley de 26 de julio de 1922 pueda deducirse que en éste se comprendan los embargos acordados en vía de apremio administrativo porque ni proceden de la vía judicial ni con ello se pretende impugnar la declaración judicial de suspensión de pagos ni aplazar su efectividad; que el apremio administrativo es independiente de la vía judicial y no puede suspenderse por esta Autoridad salvo en los supuestos del artículo 190 del Reglamento de 14 de noviembre de 1968 y por la autoridad y órgano a que se refiere su artículo 191; y que al desembocar la suspensión de pagos en un convenio de quita o espera o ambas cosas a la vez y no prever tales supuestos en relación con el contribuyente, la legislación fiscal, es claro que la Hacienda Pública no puede ser afectada por lo establecido en la Ley de 26 de julio de 1922;

Resultando que el Registrador informó: que al no ser los impuestos causantes del embargo ninguno de aquellos a los que la legislación hipotecaria y fiscal atribuyen la virtualidad de originar una hipoteca legal tácita a favor del Estado, la cuestión queda limitada a determinar la procedencia o improcedencia de la anotación de embargo a favor de la Hacienda Pública, por tributos no privilegiados con aquella hipoteca; que del mandamiento presentado en el Registro no resulta se hayan hecho las notificaciones a personas distintas del contribuyente deudor previstos en el Reglamento de Recaudación y Contabilidad de 29 de julio de 1969, sin que el suspenso, por su situación de incapacidad pudiera realizar ningún pago sin el concurso de los Interventores o autorización del Juez; que las notificaciones, en el procedimiento de apremio fiscal a un deudor declarado en suspensión de pagos debieron haberse hecho, a la vez, a su representación legal; que aunque no existieran los anteriores obstáculos, el mandamiento habría debido expresar que quedaría en suspenso la ejecución conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de suspensión de pagos, que no ha sido derogado por la vigente legislación fiscal; que no es competencia del informante determinar la prelación de créditos en una suspensión de pagos, pero debe tener en cuenta el número 2 de la regla 22 de la Instrucción de Recaudación, que otorga una tercería de mejor derecho cuando consten en el Registro derechos constituidos con anterioridad a la anotación de embargo a favor del Estado; que conforme al número 2 del artículo 44 del Reglamento de Recaudación, los mandamientos recaudatorios tendrán, a todos los efectos, la misma virtualidad que los que emanan de la autoridad judicial y en esta vía, la ejecución de la resolución que se adopte quedará en suspenso hasta que termine el expediente previsto en la Ley de 26 de julio de 1922, según

dispone su artículo 9, salvo que se persigan bienes especialmente hipotecados o pignorados; y que aunque tal suspensión de la ejecución puede parecer inoperante dado el contenido del número 2 de la regla 49 de la referida Instrucción, si se analiza su contenido, resulta que su interpretación debe ser restrictiva por su carácter excepcional, y además en el expediente de apremio tiene que ser previo a la suspensión, puesto que el párrafo 1.º dice «que no se suspenderá lo que supone su existencia anterior», y el 2.º, «que los bienes embargados fiscalmente no se comprenderán en la masa de la quiebra», lo que implica, en su caso, que el embargo se ha practicado ya;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario en su informe, y el Delegado de Hacienda se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos;

Doctrina.—«Considerando que este recurso plantea una cuestión idéntica y entre las mismas partes, a la resuelta por este Centro directivo en la resolución de 14 de diciembre de 1971, en la que se declaró, de conformidad con los argumentos que en ella se recogen y en base a los fundamentos legales que se citan también en los presentes Vistos, que no procede extender una anotación preventiva de embargo a favor de la Hacienda Pública, ordenada en procedimiento de apremio por falta de pago de impuestos, que al no recaer directamente sobre el inmueble inscrito, carecen de la condición de créditos singularmente privilegiados, y dado que en el Registro aparece que el contribuyente apremiado ha sido declarado en estado de suspensión de pagos, lo que trae consigo la situación de igualdad en que se encuentran todos los acreedores ordinarios, así como la paralización de las acciones individuales y la suspensión de todos los embargos y administraciones judiciales, y, por tanto, aun dada la naturaleza cautelar y de garantía que el embargo supone, cabría estimar que la anotación podría realizarse con el fin de facilitar al interesado el aseguramiento de su derecho, pero sin que la misma permita llegar a la ejecución mientras no se haya determinado el expediente, salvedad que no se contiene en el mandamiento calificado.»

Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador.

Consideraciones críticas.

Muy pocas cosas cabe añadir en este comentario crítico, pues aunque en las circunstancias de hecho varían los personajes, el asunto de fondo viene a ser el mismo, de ahí que la Dirección General siga entendiendo la misma doctrina sentada en la Resolución anterior comentada y a la que se remite en uno de sus considerandos.

Creo que lo único que cabe insistir aquí es en esa idea que la Dirección patrocina sobre la base de que «cabría estimar que la anotación podría realizarse con el fin de permitir al interesado el aseguramiento de su derecho, pero sin que la misma permita llegar a la ejecución mientras no se haya terminado el expediente», lo cual hace pensar al intérprete la forma condicionada o condicionante de la extensión de dicha anotación para evitar esa ejecución, cosa sumamente difícil.

EMBARGO ADMINISTRATIVO.—REITERA LA DOCTRINA DECLARADA EN LA RESOLUCIÓN DE 14 DE DICIEMBRE DE 1971 (Resolución de 15 de diciembre de 1971, *Boletín Oficial del Estado* de 5 de febrero de 1972).

Hechos.—Resultando que en expediente de apremio seguido contra la entidad «Santiago Mayor Linares, S. A.», «SAMALLISA», para hacer efectivos diversos impuestos fiscales, el Recaudador de Contribuciones de la zona I de Alicante, con objeto de asegurar el pago de los créditos de la Hacienda que ascendían a 1.116.927 pesetas y 228.335 de recargos y costas, dirigió, por duplicado, mandamiento al Registrador de la Propiedad de la mencionada capital ordenando el embargo de dos fincas registradas que le pertenecían;

Resultando que el citado documento fue calificado con la siguiente nota: «No admitida la anotación de embargo a que se refiere el precedente mandamiento, uno de cuyos ejemplares queda archivado en el número 133, toda vez que según la inscripción 57 que obra al folio 47 del libro 1.º de Incapacitados, aparece inscrita la declaración de estado de suspensión de pagos de la entidad deudora «Santiago Mayor Linares, S. A.», «SAMALLISA», anotación de suspensión que impide extender la de embargo ordenada, y cuya suspensión se ha hecho constar en la finca embargada»;

Resultando que el Delegado de Hacienda interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que tanto el vigente Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968, como el anterior Estatuto de Recaudación, así como la Ley de Administración y Contabilidad han venido regulando las garantías de que goza la Hacienda Pública para el cobro de las deudas fiscales; que tales garantías son en la actualidad, fundamentalmente las siguientes: hipoteca legal tácita, hipoteca especial, prelación de cobros, derechos de retención y afección; que la cobranza de la deuda fiscal en relación con las citadas garantías puede coincidir con el de terceras personas físicas o jurídicas, igualmente acreedoras del deudor común, con procedimientos ejecutivos individuales o universales; que en el primer caso, cada procedimiento seguirá su trámite independientemente sin que pueda pretenderse una graduación conjunta de créditos, sino de individualizados y preferentes derechos de cobro; que en los procedimientos universales, no obstante las garantías establecidas a favor de la Hacienda Pública, surge una abundante problemática acerca de la continuidad de la vía de apremio administrativo al margen o fuera de aquella universalidad; que en el caso de una suspensión de pagos en relación con un mandamiento de embargo administrativo por deudas fiscales, el procedimiento ejecutivo para la efectividad de la deuda fiscal no debe quedar paralizado porque se persigan bienes para cobro de deudas no contempladas en los artículos 37 y 38 del Reglamento de 14 de noviembre de 1968, sino en el genérico artículo 40; que esto es así porque la recaudación en vía de apremio tiene carácter exclusivamente administrativo, según proclama el artículo 93 del citado Reglamento y no puede suspenderse sino en los casos señalados en los artículos 190 y 191 de la mencionada disposición; que un Decreto de competencia de 11 de mayo de 1932 declaró que la providencia que admita una petición de suspensión de pagos no puede impedir que la Administración utilice para el cobro de las contribuciones y demás rentas públicas, los procedimientos de carácter exclusivamente Administrativo, puesto que no existe ningún precepto que disponga de los mismos, ya se

inicien antes o después de haberse dictado la providencia judicial prescrita en el artículo 9 de la Ley de 26 de julio de 1922; que, por tanto, solicitada la suspensión de pagos y mientras se sustancia su expediente, no se admite por el Juzgado ninguna pretensión incidental que tienda directa o indirectamente a impugnar la procedencia de la declaración judicial o aplazar su efectividad, quedando en suspenso los embargos y administraciones judiciales constituidos sobre bienes no hipotecados ni pignorados, y continuando, con igual prevención, los juicios ordinarios y ejecutivos, hasta la sentencia, que no se ejecutará hasta que termine el expediente de suspensión; que todas estas prevenciones tienen por objeto defender por igual los derechos de todos los acreedores civiles, evitando que resulten especialmente favorecidos los más diligentes, sin que, de los términos en que está redactado el artículo 9 de la Ley de 26 de julio de 1922 pueda deducirse que en éste se comprendan los embargos acordados en vía de apremio administrativo, porque ni proceden en la vía judicial ni con ello se pretende impugnar la declaración judicial de suspensión de pagos ni aplazar su efectividad; que el apremio administrativo es independiente de la vía judicial y no puede suspenderse por esta autoridad salvo en los supuestos del artículo 109 del Reglamento de 14 de noviembre de 1968 y por la autoridad y órgano a que se refiere su artículo 191; y que al desembocar la suspensión de pagos en un convenio de quita o espera, o ambas cosas a la vez, y no prever tales supuestos en relación con el contribuyente, la legislación fiscal, es claro que la Hacienda Pública no puede ser afectada por lo establecido en la Ley de 26 de julio de 1922;

Resultando que el Registrador informó, que al no ser los impuestos causantes del embargo, ninguno de aquellos a los que la legislación hipotecaria y fiscal atribuyen la virtualidad de originar una hipoteca legal tácita a favor del Estado, la cuestión queda limitada a determinar la procedencia o improcedencia de la anotación de embargo a favor de la Hacienda Pública, por tributos no privilegiados con aquella hipoteca; que del mandamiento presentado en el Registro no resulta se hayan hecho las modificaciones a personas distintas del contribuyente deudor previstos en el Reglamento de Recaudación de 14 de noviembre de 1968 e Instrucción de Recaudación y Contabilidad de 29 de julio de 1969, sin que el suspenso, por su situación de incapacidad, pudiera realizar ningún pago sin el concurso de los Interventores o autorización del Juez; que las notificaciones, en el procedimiento de apremio fiscal a un deudor declarado en suspensión de pagos, debieron haberse hecho, a la vez, a su representación legal; que aunque no existieran los anteriores obstáculos, el mandamiento habría debido expresar que quedaría en suspenso la ejecución conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de suspensión de pagos, que no ha sido derogado por la vigente legislación fiscal; que no es competencia del informante determinar la prelación de créditos en una suspensión de pagos, pero debe tener en cuenta el núm. 2 de la regla 22 de la Instrucción de Recaudación, que otorga una tercería de mejor derecho cuando consten en el Registro derechos constituidos con anterioridad a la anotación de embargo a favor del Estado; que conforme el núm. 2 del artículo 44 del Reglamento de Recaudación, los mandamientos recaudatorios tendrán, a todos los efectos, la misma virtualidad que los que emanan de la autoridad judicial, y en esta vía, la ejecución de la resolución que se adopte quedará en suspenso hasta que termine el expediente previsto en la Ley de 26 de julio de 1922, según dispone su artículo 9,

salvo que se persigan bienes especialmente hipotecados o pignorados; y que aunque tal suspensión de la ejecución puede aparecer inoperante, dado el texto número 2 de la regla 49 de la referida Instrucción, si se analiza su contenido, resulta que su interpretación debe ser restrictiva por su carácter excepcional y además que el expediente de apremio tiene que ser previo a la suspensión, puesto que el párrafo 1.º dice «que no se suspenderá, lo que supone su existencia anterior», y el 2.º, «que los bienes embargados fiscalmente no se comprenderán en la masa de la quiebra», lo que implica, en su caso, que el embargo se ha practicado ya;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario en su informe, y el Delegado de Hacienda se alzó la decisión presidencial, insistiendo en sus anteriores argumentos;

Doctrina.—«Considerando que este recurso plantea una cuestión idéntica y entre las mismas partes, a la resuelta por este Centro directivo en la resolución de 14 de diciembre de 1971, en la que declaró, de conformidad con los argumentos que en ella se recogen y en base a los fundamentos legales que se citan también en los presentes Vistos, que no procede extender una anotación preventiva de embargo a favor de la Hacienda Pública, ordenada en procedimiento de apremio por falta de pago de impuestos, que al no recaer directamente sobre el inmueble inscrito, carecen de condición de créditos singularmente privilegiados y dado que en el Registro aparece que el contribuyente apremiado ha sido declarado en estado de suspensión de pagos, lo que trae consigo la situación de igualdad en que se encuentran todos los acreedores ordinarios, así como la paralización de las acciones individuales y la suspensión de todos los embargos y administraciones judiciales, y por tanto, aun dada la naturaleza cautelar y de garantía que el embargo supone, cabría estimar que la anotación podría realizarse con el fin de permitir al interesado el aseguramiento de su derecho, pero sin que la misma permita llegar a la ejecución mientras no se haya terminado el expediente, salvedad que no se contiene en el mandamiento calificado.»

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado y la nota del Registrador.

Consideraciones críticas.

Aunque el ejecutado en esta ocasión es, distinto del caso anterior en que se trataba de una sociedad, una persona física, el ejecutor es el Recaudador de Contribuciones y la situación de fondo supone una similitud con los dos anteriormente estudiadas. De ahí que la Dirección siente la misma doctrina y resuelva en el mismo sentido indicado.

A lo ya dicho, prácticamente no cabe añadir nada, y si tres Resoluciones de la Dirección vienen a remitirse en una doctrina un tanto discutida, pero ya admitida por la Resolución de 15 de febrero de 1962, quiere decir que el paso avanzado de las de 14 y 26 de noviembre de 1968, ha quedado superado en la actualidad por el número cuantitativamente superior y, quizá, por la situación especialísima de hecho en la que había que resolver el problema.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

1. La distinción entre árbitros y arbitradores y el artículo 1.690 Código civil.

(Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1973)

1. LOS ANTECEDENTES DEL CASO

Los demandantes y el demandado, desde el año 1953, habían llevado en común una empresa de fabricación y venta de pretensados. Hasta el año 1964 el demandado se había ocupado por sí sólo de la administración del negocio y no había rendido cuentas a los actores. En el año 1964 abandonó la gestión, alegando padecer una enfermedad, pero sin dejar, no ya conocimiento de los beneficios o de los resultados obtenidos en los años anteriores, sino, ni siquiera, las listas de clientes y la documentación necesaria para la continuación de la empresa.

En 1968, los actores presentaron ante el Juzgado de Primera Instancia una demanda, en la cual solicitaron que se declarase la existencia de sociedad civil y que se condenase al demandado a presentar un balance de su gestión en la sociedad hasta junio de 1964, con expresión del saldo resultante, a hacer entrega a la sociedad de toda la documentación de la misma que obrara en su poder y a practicar con los demás socios la correspondiente liquidación del negocio. Este pleito concluyó por sentencia que acogió en lo esencial las pretensiones de los demandantes.

Esta sentencia quedó firme, y en el trance de tener que promover su ejecución, demandantes y demandado, de común acuerdo, suscribieron un documento en el cual encargaban a un abogado dirimir definitivamente las diferencias económicas existentes entre ellos en todo lo relativo en la confección del balance, determinación del saldo y liquidación de cuentas. Este convenio fue plasmado en un documento privado, en el cual se calificó la actuación del abogado como actuación arbitral.

El 8 de febrero de 1970, el abogado notificó a las partes su resolución, en la cual establecía las cantidades que, procedentes del negocio, se debían distribuir entre los socios y disponía, al mismo tiempo, las bases de la liquidación de la sociedad.

Ante la negativa del demandado a cumplir tal decisión, hubieron los actores de promover un nuevo juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, en el cual, en síntesis, se pedía lo siguiente: que se declarase válida la obligatoriedad del documento suscrito por los litigantes y, consecuentemente, la resolución dictada, condenando al demandado al pago de 1.350.000 pesetas a cada uno de los demandantes. Para el supuesto de que el Juzgado no diese lugar a esta pretensión, se pedía en la demanda que se condenara al demandado a resarcir a los actores la totalidad de los gastos causados a con-

secuencia del procedimiento seguido ante el árbitro o arbitrador, así como el pago de los honorarios de éste, las costas del informe pericial, la minuta del letrado de los demandantes y cualesquiera otros gastos que se acreditaran a lo largo de las atenciones judiciales.

Se opuso el demandado a la demanda y el Juzgado de Primera Instancia de Requena dictó sentencia desestimándola en todas sus partes y absolviendo de ella al demandado. Entendía el Juzgado de Primera Instancia que el convenio de los litigantes era constitutivo de un auténtico arbitraje, que había que situar dentro del marco de los denominados arbitrajes informales o arbitrajes libres. Ponia de relieve el juez cómo en el documento discutido se utilizaban expresiones tales como "laudo o resolución arbitral", "cargo informal de árbitro", etc., por lo que era imposible, a su juicio, encajar el convenio en la figura de la "integración de una relación jurídica aún no definida totalmente", a la que se refiere el artículo 2.º, apartado 2.º, de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado.

Denegó también el Juzgado la pretensión subsidiaria de resarcimiento de daños, por entender que el demandado no había incumplido ninguna obligación jurídica que sobre él pesara especialmente.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Territorial de Valencia estimó el recurso, revocó la sentencia recurrida y acogió la pretensión fundamental de la demanda.

Fueron premisas sustanciales de este fallo de la Audiencia Territorial la apreciación de que la cuestión litigiosa debatida entre las partes, relativa a la existencia de la sociedad civil particular, a la rendición de cuentas y liquidación y entrega de beneficios y compensación de saldos, se encontraba ya resuelta por una sentencia firme anterior al convenio. La voluntad de los contratantes en el documento de 1970 se encaminaba solamente—a juicio de la Audiencia—a materializar lo resuelto en la indicada sentencia en cuanto a la fijación de beneficios y reparto de los mismos. Sobre esta base, consideraba la Audiencia errónea la inclusión del convenio en el marco de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado. No obstante los términos empleados por los contratantes—árbitro, arbitraje de equidad, laudo arbitral, etcétera—, la calificación debía ser hecha teniendo en cuenta, más que las palabras, la voluntad contractual y su coincidencia o discrepancia con las figuras reconocidas por el ordenamiento jurídico.

Llegaba, por último, la Audiencia a la conclusión de que la convención de referencia había de ser incardinada en el supuesto previsto en el artículo 1.690 C. C., conforme al cual los socios pueden deferir válidamente a un tercero la determinación de las pérdidas y ganancias sociales y la fijación de la parte que en unas y otras corresponda a cada uno de ellos, de lo cual debía seguirse la validez, eficacia y obligatoriedad de la convención.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Interpuso el demandado recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, que el Tribunal Supremo, en esta sentencia de 18 de mayo de 1973, desestima.

Como fundamento de su resolución, establece el Tribunal Supremo los siguientes considerandos, que por su interés transcribimos a continuación literalmente.

“CONSIDERANDO: Que para el correcto estudio del problema planteado hay que partir del hecho básico de que habiéndose constituido por los litigantes una sociedad civil privada para la fabricación de pretensados de cemento, bajo la denominación de Vigar, en la que actuaba de administrador el hoy demandado, don Vicente García Marzo, éste abandonó la administración en 1964, y con el fin de aclarar la situación se presentó demanda ante el Juzgado de Requena el 21 de marzo de 1968, en cuyo proceso recayó sentencia de 12 de diciembre de 1968, estimando la demanda en la que después de declarar la existencia de una sociedad civil particular entre demandantes y demandado, se condena a éste último a presentar el balance de su gestión hasta junio de 1964, con expresión del saldo, hacer entrega de la documentación que obre en su poder y practicar con los otros socios la correspondiente liquidación, al mismo tiempo que estimando la reconvencción ordena que se presenten también las cuentas desde la fecha posterior al cese del demandado como administrador y abonar los beneficios o cargar las pérdidas que correspondiesen a cada uno de los socios y fueran compensables.”

“CONSIDERANDO: Que en esta situación las partes contendientes, en documento de veinte de junio de 1969, manifiestan claramente que “han llegado a un entendimiento amistoso de cumplir el contenido dispositivo de la mentada sentencia y al objeto de transigir todas sus diferencias” (al no hacer aclaración es lógico suponer que se refiere a las del citado cumplimiento de la sentencia), lo someten a la resolución de un tercero, don Manuel Martínez y Pérez Lurbe, precisando el objeto de su intervención en dos puntos: Primero: Fijación y distribución de beneficios; Segundo: Bases para la liquidación de VIGAR; con lo cual aparece bien claro que el objeto perseguido es, con carácter primordial y básico, como las partes advierten, la fijación y distribución de beneficios y una accesoria y futura de posible liquidación de la sociedad, una vez cumplida aquella finalidad, como una consecuencia natural, en su caso, de la liquidación.”

“CONSIDERANDO: Que los hechos expuestos, coincidentes sustancialmente con los sentados como premisa en la sentencia recurrida y que por no haber sido impugnados en forma por vía de error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, hay que tener como inmovibles, se establece la conclusión por dicha sentencia de que lo que han hecho los litigantes ha sido confiar a un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas de la sociedad, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.690 del Código Civil, por las razones que el propio recurrente admite de evitar toda publicidad que lleva consigo aneja una ejecución judicial forzosa con el peligro de una repercusión en el crédito mercantil de los interesados.”

“CONSIDERANDO: Que contra esta conclusión se levanta el recurso por cinco motivos, de los cuales el primero hay que desestimar por su defectuosa formulación por denunciar en él, no la infracción concreta de un precepto legal, sino de un conjunto de normas dictadas para supuestos muy

diversos de interpretación de contratos, lo que produce una falta de claridad y precisión sancionada por el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de que no se trata de un problema de interpretación, sino de calificación jurídica.”

“CONSIDERANDO: Que la posibilidad de encargar a un comisario la realización de la distribución de pérdidas y ganancias entre los socios, establecida por el artículo 1.690 del Código Civil, es perfectamente aplicable a la ejecución de sentencias, ya que el cumplimiento voluntario de lo impuesto por aquélla no es contrario a su naturaleza, la que tampoco se modifica por el hecho de que los interesados den al comisario la denominación de árbitro y adopten las garantías que crean conveniente para su designación y actuación utilizando una terminología impropia o inadecuada a la finalidad y a la institución querida por las partes; razones por las cuales hay que desestimar los motivos segundo y tercero, que pretenden lo contrario.”

“CONSIDERANDO: Que el motivo cuarto denuncia como infringidas por violación, la doctrina legal, contenida en las tres sentencias que cita, ninguna de las cuales tiene exacta paridad con la que se discute, pues, la primera no tenía siquiera definida la división al plantearse el arbitraje; en la segunda, se encargaba a los árbitros, no sólo la división, sino determinar la posibilidad del rescate de cuotas por los socios que continuaban en la sociedad y otros problemas complejos sometidos a un arbitraje impropio, muy adecuados a la institución; y la tercera, versaba sobre reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato.”

“CONSIDERANDO: Finalmente, que el quinto y último motivo, que denuncia la aplicación indebida del artículo 1.690 del Código Civil, está virtualmente rechazado en los considerandos anteriores, especialmente en el quinto, por lo que hay que desestimar dicho motivo sin necesidad de mayores razonamientos.”

COMENTARIO

1. LA DISTINCION ENTRE ARBITROS Y ARBITRADORES

Hace años me ocupé (1) de la distinción entre árbitros y arbitradores, que determina en nuestro Derecho positivo el artículo segundo de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado, de 22 de diciembre de 1953, el cual, como es sabido, dice que no se considera arbitraje la intervención de un tercero que no se haga para dirimir una controversia o un conflicto pendiente entre las partes, sino para integrar o completar una relación jurídica aún no definida totalmente. No son abundantes las ocasiones que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha tenido para perfilar esta distinción. Por ello, la sentencia sobre la que ahora llamamos la atención, de 18 de mayo de 1973, puede tener algún interés.

De esta sentencia se pueden extraer algunas conclusiones que resultan de algún modo categóricas. Así: a) que no debe atenderse, para decidir si hay arbitraje o no, a la denominación que las partes hayan dado al meca-

(1) *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*. Barcelona, 1957.

nismo por ellas establecido o a la intervención del tercero; es decir, aunque las partes hayan hablado de "árbitro" y de "arbitraje", tal calificación no es vinculante para el juzgador, sino que habrá de atenderse por éste a la naturaleza objetiva de tal actividad o de tal intervención; b) que tampoco es decisivo el hecho de que las partes puedan haber remitido este "arbitraje" a la Ley Especial de 22 de diciembre de 1953. La calificación del convenio y, por ello, en sede teórica, la distinción, deben hacerse objetivamente.

La verdad es que la ley suministra unos datos que no son de mucho valor. Por una parte, se habla de "dirimir" o de "resolver" un conflicto o una "controversia" pendiente entre las partes. Por otro lado, se dice "integrar o completar una relación jurídica aún no definida totalmente". Ocurre, sin embargo, que ambos criterios de definición no comportan una escisión o separación total, sino que, a veces, pueden entrecruzarse. Al mismo tiempo que se dirime o se resuelve un conflicto pendiente entre las partes, se puede integrar o completar la relación jurídica existente entre ellas, que no se hallaba definida totalmente. Hay, además, una cierta indeterminación en el concepto mismo de conflicto o de controversia, que tanto puede aludir a los específicos conflictos o controversias de carácter jurídico, a los que habría que denominar más precisamente litigios, y puede referirse también a las simples controversias de orden económico.

Si la intervención de un tercero se produce en el momento del nacimiento mismo o de la originación de la relación jurídica *inter partes*, que, en el acto constitutivo, no ha quedado plenamente integrada, resulta claro que esta intervención constituye un caso de actuación de un arbitrador. El tipo paradigmático es la intervención de un tercero para señalar el precio en el contrato de compraventa.

Podemos también considerar como firme que la actuación es de arbitrador cuando, aunque haya de producirse en el momento de la ejecución del contrato o, en general, de la relación jurídica, tal intervención esté prevista ya inicialmente en el propio acto de originación o de constitución de la relación. Así, por ejemplo, es arbitrador el tercero a quien las partes se remiten para que apruebe la obra realizada, determinando simplemente el ajuste o adecuación entre la prestación cumplida y la prestación tal y como había sido proyectada.

En otros casos, sin embargo, la línea de separación entre árbitros y arbitradores se torna sobre manera ambigua.

Una de las líneas tradicionales de pensamiento para establecer la distinción entre árbitros y arbitradores, es la que trata de hacer hincapié en el carácter controvertido o pacífico del asunto sobre el cual la intervención del tercero recae. Esta línea de pensamiento admite diferentes matices.

La distinción entre arbitraje y arbitrio de un tercero, se ha dicho que es la misma que existe entre el pronunciamiento sobre una discusión y el pronunciamiento sobre un acuerdo. Siempre que hay discusión entre las partes o "desacuerdo" entre ellas, el tercero que interviene es un árbitro. Por el contrario, si existe acuerdo, el tercero que interviene para integrar el acuerdo es un arbitrador. Ahora bien, la llamada a un tercero para producir la integración significa que, por lo menos en el caso a integrar, el acuerdo

ha faltado. Las cosas, entonces, se tornan enormemente borrosas, porque se hace muy difícil distinguir entre desacuerdo y simple falta de acuerdo. Si el acuerdo no se ha producido, o falta, es porque en el caso concreto ha habido desacuerdo.

Conforme a un segundo punto de vista el árbitro opera en un terreno que es de derecho. Es, en definitiva, un órgano del Estado, a quien se encomienda una función pública también, que es la función de pacificación. Sustituye a un juez u órgano jurisdiccional y es, él mismo, un juez. Todo aquello que, en un ordenamiento dado, puede ser sometido a la decisión del juez, puede serlo a la decisión de un árbitro. El arbitrador, en cambio, desenvuelve su actividad en el campo del Derecho privado y dentro de un *iter* negocial que se desarrolla entre las partes.

Tratando de perfilar las distinciones anteriores, ya desde antiguo se señaló que la distinción bascula sobre la diferencia entre *res litigiosa* y *res non litigiosa*. El arbitraje opera siempre sobre un litigio y se desenvuelve siempre en torno a un litigio, mientras que el arbitrador interviene en caso de inexistencia del litigio.

Este punto de vista, que a nosotros, en principio, nos parece exacto, exige, por una parte, una puntualización del concepto de litigio y por otra el examen de algunas cuestiones marginales.

El concepto de litigio, como se ha señalado, viene definido no sólo por la existencia de una controversia o de un conflicto de intereses, sino también porque a dicha controversia o conflicto se sobreañade otro que versa sobre la tutela jurídica. En el litigio las partes tienen intereses encontrados, pero existe entre ellas también un choque en punto a quién de las dos goza tutela jurídica. Presupone, por consiguiente, que, en el choque de intereses existe efectivamente una tutela jurídica y que uno de los intereses recibe del ordenamiento una especial protección. En definitiva, que uno de los dos tiene derecho o tiene razón y que este derecho o esta razón puede formularse a través de una pretensión y debe recaer sobre él una decisión. Ocurre así, claramente, cuando dos personas pretenden ser al mismo tiempo propietarios o cuando una persona pretende que es acreedor de otra y ésta otra niega la deuda.

Frente al litigio, aparecen las situaciones que hay que calificar en forma puramente negativa como no litigiosas. El hecho de que no sean litigiosas no tiene por qué entrañar necesariamente el que sean pacíficas o el que en ellas exista necesariamente acuerdo. Se trata, simplemente, de que la pretensión no puede ser formulada, porque el ordenamiento jurídico no atribuye especial tutela. Aunque en otro lugar nosotros hemos dicho que negocio y litigio son la raíz profunda de toda la distinción, tal vez ahora convenga precisar aquella idea, pues de la simple inexistencia de litigio no se deduce necesariamente la existencia de negocio.

Dicho todo lo anterior, conviene pasar, para tratar de realizar alguna síntesis, a lo que antes llamábamos las hipótesis marginales.

La primera de ellas es la de la posible presencia de un arbitrador—y no de un árbitro— en una transacción. En un primer momento, mi opinión fue que el tercero que interviene en una transacción es siempre un árbitro, enten-

diendo que la transacción presupone el litigio y que dejar su integración a un tercero significa delegar en él la solución de tal litigio.

En un momento posterior, sin embargo, traté también de precisar la idea intentando distinguir dos hipótesis distintas, como son: a) la que se produce cuando las partes están simplemente de acuerdo en transigir, esto es, en pacificar privadamente su discordia y delegan en el tercero la total integración de la relación nacida de la transacción, y b) la que existe cuando las partes producen el acuerdo transaccional y sientan además las bases o las características generales de la relación jurídica que nace de la transacción, dejando a un tercero únicamente la fijación de concretos puntos de esta relación (2).

Así como en la hipótesis sub a) la transacción por arbitrador debe considerarse como auténtico arbitraje y, por consiguiente, sometida a los requisitos ya las prescripciones de la Ley de 22 de diciembre de 1953, me parece que no ocurre lo mismo en la hipótesis sub b), donde la situación litigiosa originaria ha desaparecido ya y ha sido ya substituida por una nueva relación jurídica nacida de la transacción. En definitiva, lo que se quiere decir es que no es lo mismo el encomendar al tercero toda la transacción, caso en el cual no hay todavía transacción, y la situación litigiosa no ha sido substituida por la *res nova*, que la situación en la que se encomienda al tercero integrar una relación ya transigida, completando la relación jurídica derivada de la transacción, que hay que entender como ya nacida.

El segundo supuesto marginal es, precisamente, el que de algún modo contempla esta sentencia de 18 de mayo del año 1973, que es un litigio decidido ya por una sentencia firme, que, como tal, define la situación jurídica existente entre las partes, si bien de ella deriva una condena que debe todavía recibir una concreción. En un caso como éste, no cabe duda de que la originaria situación litigiosa (p. ej., en la especie, existencia o no de sociedad civil y obligaciones entre las partes derivadas del cumplimiento de la sociedad civil), ha devenido *res nova* a partir de la sentencia. La llamada a un tercero, en el trámite de ejecución de sentencia, ¿constituye entonces arbitraje o es pura y simplemente actuación de arbitrador? Parece que la segunda respuesta, que implícitamente da el Tribunal Supremo, es la más correcta.

2. LA DISTRIBUCION DE LAS PERDIDAS Y GANANCIAS SOCIALES POR UN TERCERO Y EL ARTICULO 1.690 DEL C. C.

El artículo 1.690 del C. C., como es bien sabido, dispone que "si los socios se han convenido en confiar a un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas, solamente podrá ser impugnada la designación hecha por él, cuando evidentemente haya faltado a la equidad", añadiendo a renglón seguido que "en ningún caso podrá reclamar el socio que haya principiado a ejecutar la decisión del tercero o que no la haya impugnado en el término de tres meses, contados desde que le fue conocida".

Este texto, que tiene claros antecedentes en el derecho romano y en la historia del Derecho, parece originariamente pensado para determinar el al-

(2) En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1965.

cance de un pacto que ha formado parte del negocio constitutivo de la sociedad. Es verdad que, en los textos, todo el peso de la problemática ha recaído más que sobre la naturaleza de la inserción del tercero en las relaciones entre las partes, sobre la eficacia de su decisión y sobre la posibilidad de rescisión de una resolución injusta. Sin embargo, los fragmentos que poseemos parecen plantearse sobre el tema de un pacto, que se establece, como decimos, en el negocio constitutivo de la sociedad. Se habla, así, de "sociedad según las partes que Ticio designa", de sociedad contraída de esta manera o de "pactos valederos entre los compañeros". Y este planteamiento es el que parece subsistir todavía en los comentaristas de nuestro C. C., aunque lo cierto es que el problema que continúa preocupando, sobre todo, es el de la posibilidad de impugnación y el fundamento de los límites puestos al poder del tercero.

La regla ha sido, pues, la posibilidad de fijación por un tercero de la distribución de las ganancias y pérdidas sociales, que se considera como cláusula contractual del contrato de sociedad. A lo más a que se llega en ocasiones es a admitir que la designación del tercero puede hacerse en el propio contrato de sociedad y al tiempo de contraerlo o bien en acto posterior a su conclusión. Se admite también un caso mixto, que es el de designación de la fórmula en el contrato social, con indicación de las bases para exigir el nombramiento de arbitrador por acto posterior de los socios.

El anterior planteamiento ejerce indudable repercusión en el problema de la deficiencia del tercero en la aceptación del encargo o en la no realización de éste, sea por muerte, por incapacidad o por otras causas cualquiera. Los comentaristas del C. C. francés entendían que, en este caso, la sociedad debe considerarse como nula, solución que tiene su apoyo en un antiguo texto de Celso. Sin embargo, ha sido señalado con acierto que tal texto tiene como base el caso en que la designación de persona determinada aparezca en el contrato como condición esencial del mismo.

La sentencia de 18 de mayo de 1973 posee, dentro de este amplio temario, una notable importancia, a nuestro juicio. Entre los comentaristas, dada la de algún modo anómala intervención de un tercero en el seno de una relación jurídica *inter partes*, se había discutido sobre la excepcionalidad o generalidad de la regla y sobre la posibilidad de una interpretación extensiva. La sentencia que comentamos se lanza decididamente por la vía de la interpretación extensiva.

a) No limita el artículo 1.690 a la mera determinación por el tercero de la "parte de cada uno" en las ganancias y pérdidas, frase, que, literalmente entendida, no se refiere al saldo o cantidad líquida a percibir en cada ejercicio, sino el establecimiento de las cuotas iniciales. Por ejemplo: se celebra un contrato de sociedad entre A y B, dejando a un tercero que fije la parte de cada uno de ellos; con ello, lo único que se habrá remitido al tercero C será decir si las partes han de ser, por ejemplo, 50 por 100 y 50 por 100, 40 por 100 y 60 por 100, u otras cualesquiera. Según la sentencia, el artículo 1.690 permite encomendar al tercero también la distribución de las pérdidas y ganancias ya producidas o verificadas.

b) Este planteamiento amplio del artículo 1.690 lleva, sin embargo, a algunas especiales dificultades.

En primer lugar, existe la posibilidad de que quepan aisladas remisiones a terceros, respecto de concretos ejercicios económicos o de concretos períodos de tiempo, lo que, a la vista de la sentencia, y presuponiendo que las cuotas sociales estén preestablecidas, no parece tener dificultad.

En segundo lugar, cabría pensar en una constante intervención del tercero, durante toda la vida de la sociedad, al fin de cada ejercicio, lo cual, pactado en el contrato inicial, tampoco parece presentar especiales dificultades.

Cabría, por último, que la encomienda hecha al tercero, en forma permanente y respecto de cada ejercicio, consistiera no sólo en la distribución de los saldos, sino incluso en una constante reconversión de las posibles cuotas, lo cual suscita ya mayores dificultades.

Por último, aunque el artículo 1.690 se refiere únicamente al caso de la sociedad civil, en la línea de la interpretación de carácter extensivo que se sigue, tampoco habría especial dificultad para trasladar la norma y aplicarla a las sociedades mercantiles.

c) En cualquier caso, parece que con esta interpretación el precepto recibe una nueva carga de sentido que por lo menos en su origen no estaba, pues una cosa es confiar al tercero que éste determine la participación de los socios en las pérdidas y ganancias y otra cosa es permitirle que determine las pérdidas y ganancias concretas y la fijación de la parte que en unas y otras corresponda a cada socio, que fue lo que en el caso concreto entendió la Audiencia de Valencia y el criterio que, en definitiva, acepta el Tribunal Supremo.

d) Por último, la cuestión de la aplicación del artículo 1.690 está estrictamente relacionada con el tema de nuestro epígrafe anterior. Cualquier intervención de un tercero, en orden a la fijación de las pérdidas y ganancias sociales, de su distribución, etc., deberá ser considerada como actividad de arbitrador, no sometida, por tanto, a la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado, si se trata de un asunto no litigioso. El asunto será no litigioso siempre que la intervención del tercero aparezca convencionalmente establecida antes de que se haya suscitado contienda o cuando ésta se haya ya resuelto. La sentencia que comentamos, admite que es aplicable el artículo 1.690 para ejecutar una sentencia firme que declaraba la existencia de la sociedad y que ordenaba que se fijaran entre los socios las pérdidas y ganancias sociales.

En cambio, la actividad no será de arbitrador, sino propiamente de árbitro, cuando, en punto a la concreción de la parte de cada uno de los socios en las pérdidas y ganancias sociales, en punto a la determinación concreta de estas últimas o en punto a su distribución, haya surgido controversia litigiosa entre los socios. Por ejemplo: se discute si en el contrato, el pacto fue de reparto igual o desigual; se discute si hubo o no hubo ganancias en el período contemplado; se discute cuál fue la cuantía concreta de éstas. En todos estos casos, no obstante la sentencia, nosotros entendemos que la decisión será siempre arbitral y que deberá quedar sometida a las reglas de la Ley de 22 de diciembre de 1953.

2. Las declaraciones unilaterales de voluntad como fuente de obligaciones y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

(En torno a la sentencia de 3 de febrero de 1973)

I. LOS ANTECEDENTES DEL PLEITO

Los demandados, como únicos accionistas de una sociedad anónima, constituidos en Junta general, determinaron los beneficios que en dicha sociedad correspondían a cada uno de ellos y, además, señalaron una participación idéntica al actor, el cual no era accionista de la referida sociedad.

No se hicieron, al parecer, efectivas las previsiones establecidas al respecto y el actor formuló demanda solicitando que se dictase sentencia condenando a la sociedad demandada o, en su defecto, al resto de los demandados, solidaria o mancomunadamente entre ellos, a cumplir las obligaciones establecidas en un documento de fecha 1.º de octubre de 1962, redactado de conformidad con lo acordado en la Junta general de accionistas.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Territorial desestimaron enteramente la demanda.

Interpuso el actor recurso de casación por infracción de Ley y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

II. LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Como fundamento de su sentencia, consignó el Tribunal los siguientes considerandos:

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida, analizando minuciosamente la doctrina jurisprudencial y la científica, llega a la conclusión de que las circunstancias concurrentes y los actos realizados por las partes, ante lo dubitativo de la prueba, no pueden conducir sin más a la certidumbre de que estamos en presencia de un reconocimiento de deuda con abstracción de la causa de la obligación, y ello por no haberse acreditado prestación alguna de servicios por parte del demandante que justifique una vinculación del promitente, contra cuya resolución se origina el presente recurso, en el que, en los dos primeros motivos, se intenta acreditar, no sólo la existencia de una aceptación de derecho, que contiene el documento litigioso, base y origen del proceso, sino también la de causa suficiente que justifica la atribución patrimonial, y en este aspecto se ha de tener en cuenta que toda la doctrina jurisprudencial, y así lo recoge la sentencia recurrida, viene estableciendo y

razonando en el sentido de que lo mismo en la "promesa unilateral" como en la "declaración de voluntad unilateral" y en las otras formas de relación jurídica que menciona el recurrente en sus escritos fundamentales y aun en el propio de recurso, se engendra únicamente una situación de vinculación del promitente o del declarante, que posee un simple valor probatorio de la final constitución de la misma, que requiere en todo caso, no sólo una aceptación del acreedor que refleje con claridad la concordancia de voluntades exigida por el artículo 1.254 del C. civil para la creación del nexo contractual, sino también, y esto es lo esencial, la justificación de toda atribución patrimonial, que en la llamada "causa" tiene la razón de ser del deber de cumplir la obligación que corresponde al deudor, y aunque la causa de las obligaciones debe ser considerada ante todo en relación con las que nacen del contrato, también debe ser entendida respecto a las que un sujeto asuma por declaración de voluntad unilateral, y por ello, cuando, como en el caso que nos ocupa, el abono exigido tiene el carácter de negocio jurídico, es obvio que el acto de prestación del deudor tiene que estar provocado siempre por una finalidad obligacional y consiguiente liberación de la deuda por el acreedor, puesto que de la misma forma que nadie se obliga sin causa, nadie tampoco puede verificar la entrega, sino con un fin determinado y por eso la doctrina científica se mantiene en el criterio de que la "causa" se entiende como un requisito esencial del negocio jurídico que justifica la declaración de voluntad, cuando viene a modificar una relación negocial, en especial cuando ella implica disposición o transmisión de un bien, y por eso también, en ninguna de las sentencias que señala el motivo segundo, se deja de atender a la necesidad del requisito de la "causa", pues en la de 21 de marzo de 1957, si bien se afirma la eficacia de la obligación unilateral si la declaración de voluntad está dotada de certidumbre, no lo es menos, que ello es una frase incidental desde el momento que se reconoce la existencia de un contrato con causa onerosa, las de 17 de octubre de 1932, 1 de diciembre de 1955 y 5 de mayo de 1958, se refieren a casos de promesas de cumplimiento de obligaciones morales, y por tanto, con su propia causa y en la de 25 de mayo de 1950, se trata de un negocio jurídico unilateral, en el que se debate el reconocimiento de propiedad de unos valores, por lo que esta doctrina jurisprudencial no contradice en modo alguno lo afirmado por la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO: Que como la resolución impugnada estima no haberse probado la existencia de este requisito especial, en el aspecto de que tanto el sueldo, emolumento mensual y pagas extraordinarias, así como la participación en beneficios que se reconocen al mismo, supongan una compensación a los servicios prestados a la sociedad demandada que se postulan como asesoramiento y prestación de aval o fianza y por su nombramiento de comisario en la emisión de obligaciones, sino antes bien frente a ello se alza el reconocimiento que dicho demandante hace de no haber prestado servicio alguno a la empresa demandada a partir del año 1962, y alegadas por el actor se hace evidente que la sentencia que se recurre niega la concurrencia de dicho requisito, y como ello constituye una cuestión de hecho que no fue combatida en forma alguna, es obvio, que no cabe configurar en este caso el negocio jurídico unilateral, sino que, en su caso, el documento privado llevará

en sí una declaración de voluntad que pudiera suponer un valor probatorio de la final constitución de una relación jurídica que no llegó a cristalizar y habrá de concluirse en el sentido de que el documento litigioso no sirve de título para una causa como uno de los supuestos de la inexistencia del negocio, es lógico que cuando como en este caso esta relación jurídica carece de aquel requisito, no puede titularse como tal negocio, por todo lo cual ha de declinar el motivo segundo del recurso, y de consecuencia también el primero, por su intrascendencia ante la carencia de "causa", aparte de no reconocer la sentencia recurrida la existencia en el presente caso de un pacto a favor de tercero.

CONSIDERANDO: Que así mismo ha de parecer el motivo tercero que está montado sobre la base de que el actor prestó unos servicios a la sociedad demandada, supuesto éste que la sentencia niega, por lo que la presunción legal que contiene el art. 1.277 del Código Civil no juega en este caso, pues no hay que olvidar que el artículo citado no sirve para fundamentar la pretendida existencia en nuestro sistema del negocio jurídico abstracto, porque precisamente este precepto presume que es vital e ineludible la existencia y validez de la causa, por estar limitado a su alcance al solo y exclusivo valor de una presunción, pues siendo un precepto de carácter predominantemente probatorio y procesal, ha de circunscribirse el mismo a la simple inversión de la carga de la prueba de la causa y como en este caso la propuesta por la parte demandada a estos fines, fue apreciada por la Sala sentenciadora en sentido negativo a la existencia de aquel elemento esencial, se impone la inviabilidad del motivo, y como consecuencia de todo lo hasta aquí expuesto, ha de desestimarse el recurso, en el que ha de tenerse en cuenta el art. 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

COMENTARIO

1. *Introducción: estado de la cuestión.*—La doctrina jurídica de nuestro país —y aún la de fuera— se ha quedado siempre un poco perpleja ante el clásico tema de la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones.

Tratadista tan autorizado como CASTÁN (Derecho civil español común y foral, 10.^a edición, tomo tercero, página 73) dice que, en el Derecho patrio, no hay base absolutamente clara en el Código para reconocer la fuerza obligatoria de la promesa unilateral no aceptada, aunque subrayando que tampoco se registran obstáculos insuperables para su construcción técnica.

El autor citado señala (op. cit., pág. 75) que la posición hoy dominante parece rechazar en tesis general la fuerza obligatoria de la voluntad unilateral, admitiéndola sólo excepcionalmente. La mayor parte de los casos que se citan, dice CASTÁN, admiten por lo común otras explicaciones. Y los únicos casos más probables e importantes, por ser constantes en la práctica, son los de la promesa pública de recompensa y los concursos con premio.

A continuación, el famoso autor señala que, desde el punto de vista interpretativo, ante la carencia de normas legales en nuestro C. c., habrá de

hacerse uso en los casos concretos del procedimiento analógico. En el plano nomotésico, sigue diciendo CASTÁN, creemos que sería oportuno, "sin consagrar en absoluto la teoría de la voluntad unilateral, reconocer algunas manifestaciones típicas de la misma, como, por ejemplo, la promesa pública de recompensa, dentro de las adecuadas restricciones que se precisen". No otra era la orientación que ya propugnó VALVERDE, cuando expresaba que no se han de declarar obligatorias todas las promesas unilaterales, sino solamente aquellas, como dice GENY, que parezcan indispensables para satisfacer un *resultado socialmente deseable* e imposible de realizar prácticamente de otro modo, y, además, cuando no sean susceptibles de engendrar una incertidumbre de la propiedad, por demasiado perjudiciales para el crédito.

Si quisiéramos ahora resumir esta línea de pensamiento, que hoy goza de gran autoridad, podríamos hacerlo del siguiente modo:

1.º Un gran número de las figuras jurídicas que se citan como ejemplo de obligaciones procedentes de la voluntad unilateral, se pueden construir, sin necesidad de recurrir a esta teoría, con referencia a otras figuras jurídicas.

2.º Por regla general, la voluntad unilateral parece inidónea para dar nacimiento a una verdadera obligación civil.

3.º Con carácter excepcional, hay que reconocer algunas manifestaciones de obligaciones unilateralmente creadas. Este excepcional reconocimiento requiere, sin embargo, la tipicidad de los supuestos que en la práctica son sólo los de la promesa pública de recompensa con su modalidad del concurso con premio y la emisión de títulos valores. Además de la tipicidad, es preciso que los presupuestos en que la obligación se reconoce, permitan satisfacer resultados socialmente deseables, sin crear incertidumbres en la propiedad y en el crédito.

2. *La línea de evolución de la jurisprudencia española en el tema examinado y los casos más significativos.*—La jurisprudencia de nuestro país ha tenido ocasión a todo lo largo del siglo de enfrentarse con algunas hipótesis que por lo menos a primera vista parecían caer dentro del campo de las declaraciones unilaterales de voluntad. Conviene, por ello, examinar las sentencias más significativas y tratar de extraer del examen alguna consecuencia, con el fin de comprender mejor el punto en que se sitúa la que ahora comentamos.

Prescindiendo de algunos fallos de carácter negativo (cfr. SS. T. S., 6 junio 1916, 25 abril 1924 y 21 de junio de 1945), las que usualmente se recuerdan como consagradoras de doctrina en la materia son las siguientes:

a) *La sentencia de 17 de octubre de 1932.*—Esta sentencia, sobradamente conocida en nuestra jurisprudencia civil (Vera C. Márquez) tuvo su origen, como en un párrafo muy conocido dice la propia sentencia en "los amores ilícitos iniciados y mantenidos entre un hombre culto, de edad madura, con pleno sentido de sus responsabilidades conyugales, y una joven huérfana, de dieciséis años, que, a fin de atender a su subsistencia ejercía un modesto empleo, abandonado luego por ceder al capricho de la seducción".

El pleito se promovió demandando la actora el pago por el demandado

de una pensión que éste la había prometido en una carta. La Audiencia y el Juzgado desestimaron la demanda. Empero, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

Una lectura atenta de esta sentencia de 1932 no permite extraer de ella el reconocimiento general de las declaraciones unilaterales de voluntad como fuentes de las obligaciones. Hay, evidentemente, un reconocimiento de la eficacia jurídica que poseen los deberes morales o deberes de conciencia, como constitutivos de obligaciones naturales, que pueden —dice la Sentencia— transformarse en obligaciones civiles perfectamente coercibles. Igualmente se consagra en esta sentencia la idea de que, cuando el deudor, en un caso como el antes mencionado, paga, no lo hace *donandi* causa, sino *solvendi animo*.

Sin embargo, en el tema que a nosotros nos ocupa, no puede decirse que la Sala reconociera en 1932 la fuerza vinculante exclusiva de la declaración unilateral de voluntad.

En el considerando primero de la sentencia de 1932 se estimó la infracción del artículo 1.254, en relación con el 1.258, acogiéndose la tesis de la recurrente de que entre las partes se había perfeccionado un contrato con obligaciones concretas. La misma idea luce después a lo largo de toda la sentencia, donde se habla de una promesa formal del demandado, que había sido aceptada por la actora, al recibir las primeras pensiones mensuales.

Debe subrayarse también que en esta sentencia se reconoce un acuerdo “vinculativo”, perfectamente caracterizado por la concurrencia de objeto cierto, *causa determinante* y consentimiento libremente prestado.

b) *La Sentencia de 1.º de diciembre de 1955.*—En el caso de este pleito, la allí demandada y recurrente, doña María Manuela Montes Vento había suscrito un documento declarando que voluntaria y espontáneamente, obediendo a los dictados de su conciencia cristiana y a los estímulos de hermana y tía cariñosa, asumía, según sus mismas palabras, la obligación ineludible, que había de cumplir sin pretexto ni excusa de ninguna clase, de hacer al fallecimiento de su tía doña María Antonia Montes Gordillo una determinada distribución de bienes de procedencia familiar.

En trance de examinar el recurso de casación y de calificar o no el documento como obligación nacida de la voluntad unilateral, el T. S. entendió que había que plantearse el problema de si la declaración cuestionada “puede merecer el calificativo de donación” o si dicha declaración, “por las circunstancias concurrentes en el caso, tiene y por qué razón fuerza vinculante para el que la hizo”.

La Sala llegó a la conclusión de que no había donación, pero que tampoco había una pura declaración unilateral de voluntad, ya que aceptó el documento, asignándole la función de manifestar y poner al descubierto una situación preexistente y no la de crear una obligación *ex novo*.

Por esto, la Sala concluye en el sentido de que había existido un yerro al razonar sobre el carácter bilateral o unilateral del negocio, aunque sin que tal yerro pudiera trascender al fallo.

No hay tampoco, como se ve, en esta sentencia un reconocimiento de la voluntad unilateral como fuente creadora de obligaciones. Se señala, tan solo,

que la declaración unilateral puede funcionar como un medio de prueba o de exteriorización de situaciones preexistentes.

En línea de máxima, las afirmaciones que esta sentencia hizo y que conviene no perder de vista para no interpretar erróneamente la doctrina jurisprudencial, fueron las siguientes:

1.º Que en la legislación española no se contienen normas que decididamente permitan acoger las declaraciones unilaterales de voluntad como creadoras de obligaciones.

2.º Que cabe reconocer efectos a “las obligaciones incorporadas a los títulos de crédito, a la promesa pública u otras instituciones similares”.

3.º Que, por modo muy excepcional, puede otorgarse eficacia a determinadas declaraciones de voluntad, cuando no se trata de crear obligaciones *ex novo*, sino de reconocer situaciones preexistentes.

c) *La sentencia de 21 de marzo de 1957.*—Los problemas debatidos en aquel pleito giraban en torno del sentido jurídico de un documento privado, de redacción gramatical muy deficiente, en el cual literalmente se decía: “D. Bernabé se compromete a dejar la casa que habita, calle de Joaquín Costa, número 2, hasta el día 10 de agosto inclusive, renunciando a todos los derechos que pudiera tener y dejando en la casa toda la instalación existente, salvo las lámparas y el contador de luz y de agua”, todo ello a cambio de una cantidad que debía recibir en el momento en que entregara las llaves.

La Sala de instancia había apreciado la existencia de un contrato celebrado entre los dos litigantes, por virtud del cual el demandado, arrendatario de vivienda y de local de negocio en una casa, extinguía los derechos arrendaticios de que era titular a cambio de un precio en dinero. El Tribunal Supremo desestimó el motivo del recurso, en el que se denunciaba la infracción de los artículos 1.089 y 1.284 del C. C., entendiendo que había surgido a la vida del derecho un *vínculo contractual perfecto*, con la eficacia jurídica que le asigna dicho artículo 1.089 y con obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes, excluyéndose, por tanto, la tesis propugnada en el recurso de que hubiera una obligación meramente unilateral.

Todas las consideraciones de esta sentencia en punto a los negocios unilaterales, son, pues, *obiter dicta* y, en cualquier caso, situables en la misma línea ya apuntada en 1955. Esto es: el carácter excepcional de la eficacia de la obligación unilateral; su conexión con las circunstancias concurrentes en el caso concreto; y la exigencia de que la declaración esté dotada de certidumbre y no sea mera enunciación de un propósito.

d) *La sentencia de 5 de mayo de 1958.*—En el pleito que decide esta sentencia las actoras, sobrinas carnales de una señora ya fallecida, recibieron una carta de la heredera, en la que esta última les manifestaba que, por mandato de su tía, debía darles una determinada cantidad de dinero a las destinatarias de la carta y a otras personas. Aunque el pleito sufrió varias vicisitudes que ahora no son del caso, en casación se declaró haber lugar al recurso y se atendió la pretensión de las actoras, que pedían el cumplimiento de la promesa.

La sentencia dice que “en la carta de 5 de agosto de 1949 se manifiesta claramente por la demandada haber recibido expreso encargo de quien la

instituyó única heredera de distribuir determinados bienes entre sus parientes” y que “en otra carta posterior de 22 de noviembre de 1950, cuyo texto —dice la sentencia— muestra ser contestación de otra de las actoras, reveladora no sólo de la aceptación de percibir la cantidad ofrecida, sino del apremio de su entrega, se precisa que ya se había pagado a otros parientes y que ahora se empezaba con ellas”.

Los párrafos mencionados, que corresponden al considerando segundo de la sentencia del Tribunal Supremo, son bastante expresivos para demostrar que tampoco ésta guarda relación directa con el problema de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones. La Sala se remite a sus propias sentencias anteriores, en las que se había pronunciado acerca de “determinadas *declaraciones unilaterales* (palabra esta última la de *declaraciones* —dicho sea entre paréntesis—, completamente distinta de la de *voluntad unilateral*)”. En la sentencia de 5 de mayo de 1958 la Sala dice que la carta de la heredera *revelaba un deliberado propósito* de cumplimiento y que, al ser posteriormente *aceptada*, ese cumplimiento era obligado para la oferente. Por consiguiente, en esta sentencia nos encontramos pura y simplemente en presencia de un supuesto de perfección de un contrato por concurso de oferta y de aceptación, que es cosa bien distinta del valor vinculante de la voluntad unilateral.

e) *La sentencia de 13 de noviembre de 1962.*—Es la última de las que suelen citarse. Se trata en ella de un supuesto muy similar al anterior. Fallecido abintestato un canónigo del Cabildo Metropolitano de Zaragoza, su hermana se comprometió por documento privado a cumplir lo que consideraba que habían sido las últimas voluntades de aquél.

Fallecida ya esta señora, la demandante, que había sido sirvienta del canónigo y que era beneficiaria del documento privado, reclamó a los herederos de la firmante de dicho documento la suma que en éste se le reconocía.

Fueron condenados dichos herederos a pagar la suma, pero el Tribunal Supremo dio lugar al recurso y casó la sentencia recurrida.

La sentencia de 13 de noviembre de 1962 —sentencia de casación— no contiene doctrina alguna sobre las declaraciones unilaterales de voluntad, sino sobre el Derecho foral aragonés en el que la herencia se entiende siempre aceptada a beneficio de inventario, lo que, en el caso concreto, limitaba la responsabilidad de los demandados.

En la segunda sentencia, sí se aborda el problema que a nosotros nos ocupa. La doctrina vuelve a ser una vez más la de la obligatoriedad del acto unilateral del oferente cuando va seguido de aceptación del otro interesado “porque entonces aparece con claridad la concordancia de voluntades exigida por el artículo 1.261 para la formación del nexo contractual”.

Como consecuencia de toda esta doctrina y del análisis lo más detenido posible que hemos procurado hacer de ella, se desprenden las siguientes conclusiones:

1.º En la mayor parte de los casos, la eficacia civil de las promesas se encauza entendiéndolas que constituyen ofertas y que han sido aceptadas por la otra parte. En todos estos casos, lo que hay en rigor es un contrato y no una mera voluntad unilateral creadora por sí sola de las obligaciones.

Esta línea nos sitúa fuera del tema en el que estamos ahora moviéndonos y nos devuelve al tratamiento de otras instituciones.

2.º Si bien se reconoce en ocasiones la eficacia de las *declaraciones* unilaterales, lo es en cuanto tales declaraciones, pero no como vehículo de una voluntad auténticamente unilateral. En la mayor parte de los casos son documentos suscritos por una sola persona, pero de puro reconocimiento o de fijación de situaciones anteriores, que en su esencia eran contractuales (transacciones, etc.).

3.º La voluntad unilateral, según la línea constante de la jurisprudencia, por sí sola, sólo es fuente de obligaciones de manera muy excepcional. Es necesaria la tipificación del supuesto y el cumplimiento por el mismo de una clara función económico-social. Como ha señalado la doctrina y ha recogido la jurisprudencia, estas dos características —tipificación y función económico-social— sólo se ven con claridad en dos casos: las promesas públicas de recompensa y su variante de los concursos con premio y la emisión de títulos valores.

III. LA CAUSA DE LAS DECLARACIONES UNILATERALES DE VOLUNTAD

Tras el recorrido que hemos hecho en las páginas anteriores, se aprecia mejor el alcance y el significado —la importancia— que tiene la sentencia ahora comentada de 3 de febrero de 1973. Esta importancia deriva sobre todo del hecho de que, a nuestro juicio, esta sentencia viene a superar una cierta ambigüedad o incluso una ambivalencia de la doctrina jurisprudencial española en torno a las declaraciones unilaterales de voluntad como posible fuente de obligaciones. En la jurisprudencia aparecen, con alguna claridad como hemos visto, dos o tres líneas sobre esta materia: la primera y más antigua, que es claramente restrictiva; una línea intermedia en la cual se buscaba, sobre todo, reconducir la hipótesis o el supuesto de hecho a un esquema contractual, siempre que pudiera demostrarse o debiera entenderse que la promesa unilateral había sido aceptada por su destinatario; por último, se había esbozado una línea más reciente, que, aunque no francamente, parecía más generosa en punto a la eficacia de tales declaraciones.

La Sentencia de 3 de febrero de 1973 viene, de algún modo, a poner las cosas en su sitio.

a) En primer lugar indica esta sentencia que siempre existe, efectivamente, la posibilidad de que la declaración unilateral tenga un valor probatorio: un valor probatorio o, habría que añadir, un valor reconocitivo, de reconocimiento y de fijación de situaciones jurídicas anteriores. Como ya dijo la sentencia de primero de diciembre de 1955, no se trata entonces de crear obligaciones *ex novo*, sino de reconocer situaciones jurídicas preexistentes.

Parece claro que esta función asignada a la declaración cae por completo fuera de la hipótesis de las fuentes de las obligaciones. Lo que es unilateral en estos casos es el documento que se redacta, pero no el conjunto de promesas o de consentimientos necesarios para el nacimiento de la obligación. El documento unilateral y la declaración unilateral fuente de obligaciones son fenómenos distintos. El documento unilateral, en cuanto documento, posee la eficacia que le sea propia: confesoria, de reconocimiento, de fijación, etc.

b) En segundo lugar, la Sentencia de 3 de febrero de 1973 parece importante por la virtualidad que asigna a la jurisprudencia anterior que pareció abrir vía a algunos tipos de declaraciones unilaterales. En todas estas sentencias, se nos explica ahora, se trataba de dar cumplimiento y de dotar de acción a anteriores obligaciones naturales. La consecuencia que de ello se puede extraer —y que no es este el momento de discutir— es que la promesa unilateral constituye un vehículo idóneo para transformar una obligación natural en obligación civil o, si se quiere, para producir la novación de una obligación del primer tipo en una obligación del segundo tipo. Sin embargo, siempre será claro que la promesa unilateral no será la fuente de donde nazca *ex novo* la obligación. La obligación nacerá de un hecho o de una situación apta para engendrar un deber jurídico que según las ideas imperantes en la conciencia social merezca el calificativo de “obligación natural”. La promesa unilateral no es más que un modo de transformación o de novación de aquella ya originada obligación.

c) Por último, la sentencia que comentamos parece importante en la medida en que, por primera vez, que nosotros sepamos, en nuestra jurisprudencia se ligan en forma vigorosa y coherente las promesas unilaterales con su causa. El requisito de la causa no sólo es aplicable a los contratos *ex articulos* 1.261 y 1.274, sino a toda clase de obligaciones y, entre ellas, a las unilateralmente originadas. Aunque la doctrina y en cierto modo también el Código hablan de la causa del contrato, por encima de ello la causa ha de serlo también de la obligación que se establezca. La causa viene a ser, rigurosamente, un requisito para quedar obligado, pues nadie se obliga sin causa.

La sentencia que comentamos se para en este punto, seguramente porque para los fines de la casación pretendida no era necesario ir más allá. Nosotros, sin embargo, podemos intentar continuar el análisis y preguntarnos cuáles pueden ser y cómo pueden ser estas necesarias causas que deben existir para que una promesa unilateral engendre una obligación.

El primer tipo de causa estaba esbozado ya: la preexistencia de una obligación natural. No vamos ahora a insistir en ese tema. La obligación natural había sido considerada como causa justa de la atribución patrimonial o de la datio llevaba a cabo en función solutoria. Esta jurisprudencia actual parece aperturista en la medida en que permite que la obligación natural sea causa no sólo de la dación, sino también de la promesa de una futura dación.

Fuera de ello, tendrá que concurrir en la declaración unilateral alguna de las típicas causas: *solvendi*, *donandi* o *credendi causa*.

La primera causa posible es la causa *solvendi*. Mas para que pueda existir será preciso que el acto se ejecute en función de cumplimiento, porque este es precisamente el significado de la causa *solvendi*. Por consiguiente: presupone necesariamente la preexistencia de la obligación que se cumple. Por donde resulta evidente que la promesa unilateral no será nunca la fuente genuina de la obligación, sino, una vez más, una forma de confesión, de reconocimiento o de fijación. Si se quiere, producirá un nuevo título, más vigoroso o con mayor fuerza ejecutiva que el anterior y en esta medida producirá una novación de la obligación anterior. Pero no será una verdadera fuente.

La segunda posibilidad es la concurrencia de una *causa donandi*. La promesa unilateral no tiene otra virtualidad que la de ser vehículo de la liberalidad del promitente. A nuestro juicio, la promesa unilateral hecha *donandi causa* no vincula al promitente, por los estrictos condicionamientos a que nuestro ordenamiento jurídico somete la validez y la eficacia de las donaciones. En la donación, la eficacia y la validez se vinculan con la forma o con la inmediata entrega de los bienes donados.

Resta, por último, la *causa credendi*. Hay *causa credendi*, como se sabe, cuando el emitente de la declaración de voluntad espera obtener, a cambio de la prestación que se compromete a realizar, una contraprestación. La *causa credendi* puede ser, ciertamente, articulada dentro de una promesa unilateral. Se trata de la promesa de recompensa. El promitente recompensa a quien realice una actividad u obtenga un determinado resultado. Este tipo de promesas presenta, sin embargo, la característica sustancial de ser siempre revocable en tanto que la actividad buscada o el resultado que se trataba de obtener no se hayan conseguido.

La causa de obligar de las declaraciones unilaterales de voluntad debe aplicarse también en todos aquellos casos en que se suponga, se induzca o se demuestre que existió aceptación. Como hemos visto, una de las líneas jurisprudenciales más reiteradas ha sido la que ha tratado de reconducir el supuesto de la declaración unilateral de voluntad a la hipótesis de un contrato, por existir la aceptación del destinatario. A partir de la sentencia de 3 de febrero de 1973 no bastará la simple aceptación de la promesa, sino que será menester que tanto la promesa como su aceptación estén fundadas en una justa causa.

En resumen: el único supuesto claro de declaración unilateral creadora de obligaciones es el de la promesa unilateral realizada *credendi causa* para recompensar una actividad o un resultado que se espera o que se confía obtener y respecto del cual se ponen los medios necesarios para que se realice dentro de un círculo determinado de personas. En los demás casos, la promesa unilateral no es propiamente creadora de una nueva obligación, enteramente original, sino tan sólo un vehículo de reconocimiento, de fijación, de transformación o de novación de una obligación anterior, fuera ésta una obligación civil (promesa realizada *solvendi causa*) o fuera simplemente una obligación natural.

LUIS DíEZ PICAZO

3. Arrendamiento de local de negocio con cláusula estabilizadora de la renta en función del jornal base de un peón en la ciudad de Barcelona.

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1973)

SUMARIO: 1. La pérdida del poder adquisitivo de la moneda, las cláusulas de estabilización y la posición del Tribunal Supremo.—2. El carácter de las normas de la legislación especial de arrendamientos urbanos y la licitud del empleo de las cláusulas de estabilización.—3. La renunciabilidad directa e indirecta al beneficio de la renta y sus repercusiones sobre la prórroga forzosa.

1. LA PERDIDA DEL PODER ADQUISITIVO DE LA MONEDA, LAS CLAUSULAS DE ESTABILIZACION Y LA POSICION DEL TRIBUNAL SUPREMO

La persistencia de la inflación, esa paradójica consecuencia de abundancia de dinero, pero con bajo poder adquisitivo, que domina las economías de masas y de consumo de nuestra época, y la cual a modo de cáncer va corroyendo la estabilidad de la moneda, bien de una manera velada y progresiva, o ya de un modo galopante y brutal, consiguiendo la quiebra de la unidad de medida más esencial de los valores económicos, cual es el dinero, al alterar su poder en cambio, ha tenido como resultado una acción defensiva por los propios particulares, específicamente para aquellos casos en que sus negocios patrimoniales han de ser realizados durante largos lapsos de tiempo o ha de ejecutarlos diferidamente.

Entre los instrumentos jurídicos para su acción defensiva ideados por los particulares en su lucha contra la inflación y la pérdida del poder adquisitivo de la moneda que, a cambio del uso y disfrute de una cosa o de otro bien: ha de ser recibida por el acreedor en sus negocios jurídicos, están las que son conocidas por la doctrina como “cláusulas de estabilización”, es decir, esos pactos o cláusulas añadidas a un contrato oneroso y de tracto sucesivo, donde se conviene por las partes que la prestación obligatoria consiste en una suma de dinero, pero que su cuantía se determina variablemente en función del precio que vaya alcanzando en determinada época un producto, una mercancía o un servicio.

Como ya sabemos, de este modo el precio o renta del contrato, si bien se determina inicialmente, variará, siendo determinable con arreglo al índice económico elegido cuando se deba proceder a sus pagos posteriores o términos de cumplimiento. Esta modalidad, que resulta lícita y válida conforme al ordenamiento civil común tradicional, tal como se prescribe para la compraventa civil (arts. 1.447 y ss. C. C.) y para los contratos mercantiles (art. 51 Código de Comercio), tuvo su excepción derogatoria por las legislaciones especiales de tasas y arrendaticias, una vez que la fijación, permanencia y bloqueo de los precios y rentas en las transacciones fue considerado como una protección o "beneficio" concedido por el poder público en sus normas de derecho necesario o imperativas para una de las partes contratantes, debido a su posición de parte más débil socio-económicamente.

La intervención e ingerencia de la administración económica del Estado en los negocios privados y, concretamente en materia de precios y rentas, venía a hacer casi imposible el uso por los particulares de estos pactos o cláusulas en que, por un camino indirecto concluían por alterar o modificar dichos precios y rentas. Frente al principio de autonomía de la voluntad individual, proclamado en los Códigos civiles decimonónicos, se contraponía el principio de sometimiento a la voluntad estatal y de carácter imperativo, acogido por una legislación especial para ámbitos concretos y proclamada como necesaria en ciertas relaciones jurídicas, cuyos intereses de orden público están dirigidos a lograr una mayor concordia y paz social, más que la justicia intrínseca de la concreta relación jurídica.

Con el tiempo, superadas las circunstancias que llevaron al legislador a tener que restringir uno de los principios más fundamentales de la libertad humana, hasta márgenes de mínimo contenido para un derecho subjetivo de carácter patrimonial, la ordenación normativa de los arrendamientos urbanos vuelve, en parte a sus cauces tradicionales. Por eso, si la LAU de 1946 es la que impone con el máximo rigor aquella negativa, los ordenamientos sucesivos, como la LAU de 1955 y de 1964, concluirán por reponer parte de aquellas libertades.

Esta línea evolutiva tuvo su reflejo ante los tribunales. Así, en un principio, el Tribunal Supremo no siempre admitió que fuese lícito o válido el empleo de cláusulas de estabilización; de aquí que comenzase declarándolas nulas, incluso conforme a una legislación en la que para los arrendamientos de locales de negocio cabía la posibilidad de la renuncia al beneficio de la renta.

La persistencia del fenómeno inflacionista agravó cada día más la posición de los propietarios, acreedores o arrendadores, cuyos intereses se veían deteriorados en aquellas relaciones jurídicas onerosas de tracto sucesivo. Si bien es cierto que el propio legislador acudía de tiempo en tiempo a compensar a los arrendadores, disponiendo una revisión legal de la renta, cuando ésta llegaba, los propios efectos de la persistente inflación volvían a desnivelar la reciprocidad de los intereses económicos objeto de las prestaciones entre las partes contratantes. El efecto más fundamental de esta inadecuación entre los capitales y la renta fue la huida de los primeros respecto de la construcción de locales y viviendas con destino a su arrendamiento.

Conscientes de la situación, la jurisprudencia y el propio legislador, más tarde, fueron admitiendo las modalidades correctoras creadas por la iniciativa privada mediante las cláusulas de estabilización de las rentas. De este modo, el Tribunal Supremo concluye por admitirlas para los arrendamientos de locales de negocio (SS. 18 febrero y 28 noviembre 1957, 30 octubre 1964, 19 diciembre 1966, 8 febrero 1967, 26 noviembre 1968, 18 febrero 1971, 15 febrero, 21 abril y 22 diciembre 1972 y 25 enero 1973), para los contratos de renta vitalicia (S. 31 enero 1960), como para los contratos de préstamo (S. 2 diciembre 1961). Del mismo modo, el legislador empieza a reconocerlas como válidas en sus reformas, según ocurre en el Reglamento Hipotecario de 1947 (art. 219), en el Decreto de 17 de marzo de 1959 y, por último, al admitirlas en la LAU vigente, en su texto refundido de 1964 (art. 100, párrafo primero, *in fine*).

2. EL CARACTER DE LAS NORMAS DE LA LEGISLACION ESPECIAL DE ARRENDAMIENTOS URBANOS Y LA LICITUD DEL EMPLEO DE LAS CLAUSULAS DE ESTABILIZACION

Para llegar al reconocimiento en los contratos de las cláusulas de estabilización por el legislador se hizo necesario restaurar los márgenes de amplitud del principio de autonomía de la voluntad que tradicionalmente han presidido nuestro ordenamiento civil.

A este respecto, la Sentencia actual que comentamos, de 25 de enero de 1973, es de importancia precisamente por la toma de conciencia que hace el propio intérprete más autorizado, al reconocerlo así expresamente para el ámbito de los arrendamientos urbanos. Según sus mismas palabras, "los preceptos relativos a la renta, que tuvieron carácter de derecho necesario con anterioridad a la LAU de 31 de diciembre de 1946, pasaron a ser posteriormente, normas de derecho dispositivo, quedando sometida la regulación de la materia a la voluntad de las partes, de conformidad con el principio contractual establecido en el artículo 1.255 del Código civil, libertad contractual más amplia, respecto de la cuantía de la renta, en los arrendamientos de locales de negocio posteriores a la LAU de 22 de diciembre de 1955 y extensiva, por el artículo 57 de la LAU, a las viviendas arrendadas con posterioridad a la entrada en vigor de ésta, siendo indudable la licitud de establecer los medios correctores de las posibles variaciones que, de hecho, pueden experimentar el valor del dinero respecto a su poder adquisitivo".

El derecho necesario, o normas de carácter imperativo, establecido por la legislación especial para ámbitos concretos de la contratación, trataba de conciliar intereses de las partes vinculadas sin que una de ellas, favorecida por las circunstancias de escasez de viviendas y locales, pudiese coaccionar a la otra y especular con el objeto de su arriendo exigiendo una renta abusiva o ilícita. Frente a tales posibilidades, se establecieron disposiciones que coartaban la libertad de los arrendadores a cambio de los llamados "beneficios" concedidos a los arrendatarios, entre los cuales, los más fundamentales fueron el beneficio de prórroga forzosa del arrendamiento y el de la firmeza o blo-

queo de la cuantía de la renta de las relaciones ya existentes o de las que se convenían de nuevo.

Este carácter dominante, necesario e imperativo de las normas establecidas para los arrendamientos urbanos durante un largo tiempo llevaron al ánimo del intérprete a rechazar cualquier intento contractual de las partes que se opusiesen a la intangibilidad de lo proclamado legalmente. Para ello, se invocó la nulidad proclamada por el artículo 4.º del Código civil, por ser actos celebrados en contra de lo dispuesto en la Ley, sin hacer otras consideraciones y establecer algunos matices posibles. A esta época pertenecen las Sentencias del Tribunal Supremo del 13 de noviembre de 1952 (1), 25 de enero de 1955 (2) y de 31 de enero de 1962, donde se contemplarán todavía situaciones obligatorias correspondientes a la legislación dada por los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y de 21 de enero de 1936, así como la LAU de 31 de diciembre de 1946.

Al ir cambiando las circunstancias del ritmo de construcción de viviendas y locales, el legislador fue dando una normativa adecuada, introduciendo ciertos visos de carácter permisivo, aunque todavía para relaciones muy concretas. Tal era el caso que la LAU de 1955 permitía a través del mecanismo de la renuncia del beneficio de la renta para el alquiler de los locales de negocio. De esta situación es consciente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque con cierto retraso, para algunas de sus decisiones, al considerar lo dispuesto en el artículo 95, en relación con el artículo 6.º (LAU 1955) (SS. 3 marzo 1962, 17 junio 1964, 8 febrero 1967 y 20 diciembre 1972).

El Decreto de 6 de septiembre de 1961, a propósito de las revisiones de renta dispuestas para aquellos arrendamientos que se encontraban en situación de prórroga legal durante más de cinco años, conforme a lo dispuesto en el artículo 100 de la LAU de 1955, en su artículo 5.º, viene a reconocer, además, como "estipulaciones establecidas válidamente", las de los supuestos previstos en los párrafos segundo y tercero de los artículos 6.º y 97 de la LAU, o sea, si se ha pactado de un modo expreso y distinto al sistema de revisión de dicha Ley, es decir, cuando las partes han renunciado al "beneficio" de una renta legal. En definitiva, se da entrada a un sistema de revisión de la renta distinto del legal, reconociéndose otro voluntario, estipulado o

(1) Cfr. RODRÍGUEZ SOLANO, *Arrendamiento de fincas urbanas. Renta. Su fijación en especie y sometimiento a las fluctuaciones del valor de ésta. Concordancias a la Sentencia de 13 de noviembre de 1952*, en "Pretor", II-7 (1953), págs. 19 y ss; BONET CORREA, *Los arrendamientos con cláusulas de escala móvil*, en "Anuario de Derecho civil", VIII-1 (1955), pág. 157; J. S. B., *Observaciones a la Sentencia de 13 de noviembre de 1952*, en "Anuario de Derecho civil", VIII-1 (1955), pág. 250; SOTO NIETO, *Derecho vivo. Jurisprudencia comentada*, I (Madrid, 1970), págs. 405 y ss.

(2) Cfr. J. V. M., *Inadmisión de la cláusula de estabilización "valor pan" en arrendamientos urbanos (Sentencia de 25 de enero de 1955)*, en "Revista de Derecho español y americano", 24 (1960), págs. 445 y ss.; IPIENS, *Observaciones*, en "Anuario de Derecho civil", VIII-2 (1955), pág. 677; BONET CORREA, *Cláusula de escala móvil "valor pan" en el arrendamiento de local de negocio (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1955)*, en "Anuario de Derecho civil", IX-1 (1956), págs. 286 y ss.; CASTÁN y CALVILLO, *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*. Madrid, 1956-57, pág. 701; SOTO NIETO, *Derecho vivo, cit. I*, pág. 405.

pactado por las partes; estas "estipulaciones establecidas válidamente" no eran otras que las llamadas "cláusulas de estabilización", las cuales, si no se mencionan todavía nominalmente, pudo ser debido a una falta de unanimidad de criterio, así como a los recelos que en cierto sector doctrinal se venía observando respecto a su aspecto económico negativo, en cuanto factor de aceleración de la propia inflación. No obstante, en base a los preceptos facultativos concedidos, como a consideraciones de equidad basadas en la justicia conmutativa de las prestaciones de la relación obligatoria onerosa y de tracto sucesivo, el Tribunal Supremo confirma en varias de sus decisiones el criterio de validez de dichos pactos o estipulaciones (SS. 30 octubre 1964, 2 febrero y 19 diciembre 1966 y 20 diciembre 1972).

3. LA RENUNCIABILIDAD DIRECTA E INDIRECTA AL BENEFICIO DE LA RENTA Y SUS REPERCUSIONES SOBRE LA PRORROGA FORZOSA

Resulta, pues, que el criterio de admisibilidad y validez de las cláusulas de estabilización en los contratos de arrendamiento se introduce, primero, por vía doctrinal y llega a las decisiones jurisprudenciales, más tarde, hasta que se concluye con su reconocimiento legal.

La jurisprudencia se hizo consciente de los efectos que la inflación causa sobre la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, sobre todo cuando ésta interviene como medio de pago de las relaciones contractuales de tracto sucesivo. Es el acreedor de un contrato oneroso quien padece más al recibir su prestación en dinero completamente alterada en cuanto al valor recíprocamente establecido dentro de la conmutabilidad inicialmente pactada y en consideración a la cual fue creado el vínculo obligatorio. El desequilibrio y la ruptura de la reciprocidad de los intereses económicos entre las partes es la consideración fundamental para que los tribunales tomen en cuenta la admisión de una estabilización de la renta por la vía de la revisión convencional.

Ahora bien, para que esta revisión convencional de la renta se diese mediante el empleo de una cláusula de estabilización había que entender que, indirectamente, se había renunciado al beneficio de la renta por el arrendador y el arrendatario, si es que no se había hecho constar fehacientemente, tal como el propio Tribunal Supremo considera en sus sentencias del 31 de enero de 1962 y 8 de febrero de 1973.

Lo que la jurisprudencia siempre tuvo muy en cuenta fue que el empleo de los pactos contractuales por las partes tuviesen siempre la naturaleza de cláusulas estabilizadoras, es decir, que poseyesen un posible efecto bilateral y conmutativo, tanto para el acreedor como para el deudor, en caso de alteración monetaria, rechazando aquellas otras modalidades de pactos que fuesen establecidos con un mero efecto unilateral, o sea, puestos en beneficio exclusivo de una de ellas. Tal es el caso de los llamados "pactos o cláusulas de elevación de renta", las cuales, similares a las de estabilización, en realidad, sólo buscan un aumento constante, fijo e indefinido de la renta. El Tribunal

Supremo denuncia la nulidad e ilicitud de dichas cláusulas tanto para los casos habidos bajo la vigencia de la LAU de 1955, como para los ocurridos durante la legislación vigente (SS. 23 febrero 1963, 1 abril 1965, 12 febrero 1966, 21 diciembre 1970 y 25 enero 1973).

Es que dichos pactos o cláusulas, al estar puestas para el exclusivo beneficio del arrendador, van contra la necesaria equivalencia de las prestaciones del arrendamiento, en cuanto negocio oneroso y recíproco, al crear una desproporción entre la utilidad o beneficio que se obtiene por el uso de la cosa, además de contribuir a burlar la irrenunciabilidad respecto a la prórroga del contrato. Se quebranta la finalidad de la prórroga obligatoria, o se hace ilusoria dicha posibilidad para el arrendatario si se va aumentando una renta excesivamente, lo que le forzará, al menos indirectamente, a renunciar al contrato entablado. Según manifiesta la actual Sentencia de 1973, "la licitud de establecer medios correctores de las posibles variaciones que, de hecho, puede experimentar el valor del dinero respecto a su poder adquisitivo, los cuales no serán válidos, cuando únicamente impliquen una constante elevación de la renta, sin posibilidad, a la vez, de disminución de ella, para el supuesto contrario en que baje el coste de la vida o el importe de los salarios o de los artículos, o índices fijados como módulos reguladores, que no pueden ser únicamente de aumento fijo e indefinido de la renta, ya que alteraría la proporcionalidad equitativa, haría ilusoria la prórroga contractual y facilitaría la irrenunciabilidad de ella, establecida en el artículo seis de la Ley de Arrendamientos Urbanos".

De este modo, los tribunales vigilan y sancionan el posible abuso de un derecho por una de las partes que, con visos de licitud o legalidad, pretenda respecto de la otra, al llevar a cabo un contrato de arrendamiento urbano.

JOSÉ BONET CORREA

4. Contrato de arrendamiento de local de negocio con pacto de elevación de la renta.

*(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de
23 de abril de 1973)*

SUMARIO: 1. Las normas de derecho necesario y de derecho dispositivo en la legislación de arrendamientos urbanos respecto a la renta.—2. Las disposiciones normativas sobre la renta para las viviendas y los locales de negocio.—3. La distinción entre los pactos o cláusulas de estabilización de la renta y los de mera elevación.

1. LAS NORMAS DE DERECHO NECESARIO Y DE DERECHO DISPOSITIVO EN LA LEGISLACION DE ARRENDAMIENTOS URBANOS RESPECTO A LA RENTA

En materia de arrendamientos urbanos todavía continúa el impacto psicológico que creó toda una legislación especial restringiendo al máximo la autonomía o libertad de las partes en cuanto al objeto y materia, la contraprestación o renta, duración y finalidad del contrato, persistiendo en las mentes de los ciudadanos, como también en la de ciertos juristas y juzgadores. Por el contrario, mucha es la luz que viene aportando nuestro más alto Tribunal de justicia en sus últimas sentencias acerca de este punto controvertido de la renta, contribuyendo a aclarar, distinguir y juzgar con precisión y equidad los casos concretos que se le vienen planteando, al realizar al mismo tiempo una labor de carácter doctrinal, de contribución al perfeccionamiento de los matices de la figura contractual arrendaticia, al mismo tiempo que imparte su justicia conmutativa entre ambas partes en litigio.

Tanto en la anterior Sentencia del 25 de enero de 1973, como en la actual que comentamos, nos ayudan mucho a esclarecer de un modo general y particularizado el gran cambio operado respecto a la naturaleza de las normas que regulan la contratación para el inquilinato y el arrendamiento de los locales de negocio, concretamente respecto de la renta. Recordando fielmente las palabras del Tribunal Supremo apreciaremos mejor este giro de noventa grados que se da dentro de la propia legislación especial arrendaticia cuando se señala en dicha Sentencia del 25 de enero "que los preceptos relativos a la renta, que tuvieron carácter de derecho necesario, con anterioridad a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946, pasaron a ser, posteriormente, normas de derecho dispositivo, quedando sometida la

regulación de la materia a la voluntad de las partes, de conformidad con el principio contractual establecido en el art. 1.255 del Código civil, libertad contractual más amplia, respecto de la cuantía de la renta, en los arrendamientos de locales de negocio posteriores a la Ley de 22 de diciembre de 1955 y extensiva, por el art. 37 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos a las viviendas arrendadas con posterioridad a la entrada en vigor de ésta”.

Ahora, al propio Tribunal Supremo vuelve a insistir sobre el cambio producido en el carácter de las normas respecto a la renta. La presente Sentencia confirma “que es evidente que los preceptos relativos a la renta, de derecho necesario con anterioridad a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946, quedaron convertidos posteriormente en normas de derecho dispositivo y sometida la regulación de la materia a la voluntad de las partes, libertad contractual más amplia en los arrendamientos de locales de negocio posterior a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955, que se hizo extensiva, por la modificación de que fue objeto el art. 97 de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente, a las viviendas arrendadas posteriormente a la entrada en vigor de ésta”.

Como sabemos, el derecho necesario de que nos habla el Tribunal Supremo resulta de un conjunto legislativo, procedente tanto del Derecho civil común como del Derecho civil especial, cuyas normas tienen un carácter preceptivo o imperativo, es decir, disposiciones de obligado cumplimiento e insoslayables que, si se incumplen, caen bajo la sanción de nulidad. Ahora bien, mientras que en el ordenamiento civil común predominan las normas de derecho dispositivo, o sea, aquellos preceptos con carácter facultativo que permiten a las personas ejercitar una amplia autonomía de su voluntad, en la legislación civil especial, por el contrario, en vista de una serie de circunstancias político-sociales muy concretas, predominan las normas o leyes de carácter necesario, imperativas o forzosas, en que la persona ha de ceder ante intereses de carácter general o del bien común, en virtud de los cuales se ve coaccionada a entablar sus relaciones jurídicas según un condicionamiento impuesto y dirigido. Tal es el caso de la legislación arrendaticia urbana donde el legislador tuvo que acudir a estas normas de derecho necesario para regular el contrato de inquilinato y de local de negocio estableciendo los llamados “beneficios” en favor del arrendatario, consistentes en protegerle en la permanencia de su relación locaticia (un derecho a prórroga forzosa una vez cumplido el tiempo del arrendamiento), la invariabilidad de la merced o renta a pagar por el arrendatario, así como otros derechos especiales que lo protegen de un lanzamiento o desahucio de la vivienda o local arrendado.

Con el paso del tiempo, se produce un cambio en la situación de la coyuntura socio-económica española, al mejorarse la industria de materiales de la construcción, del mercado de capitales y de la expansión del crédito, por lo cual, los ordenamientos posteriores vienen a reformar los cauces de la relación de intereses entre las partes que acuden a la contratación arrendaticia urbana.

2. LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS SOBRE LA RENTA PARA LAS VIVIENDAS Y LOS LOCALES DE NEGOCIO

El beneficio de la renta para el arrendatario consiste en la concesión por el ordenamiento de una situación de privilegio al arrendatario, a fin de que la renta pactada permanezca tal cual fue acordada por las partes sin que varíe su cuantía, ni pueda variar durante el tiempo por el que se ha pactado y aun posteriormente, si el arrendatario se acoge al otro beneficio de la prórroga del plazo contractual. De este modo, se forma así la llamada "renta legal" inalterable.

Ahora bien, el legislador, consciente de la mejora de la situación y habida cuenta de las alteraciones monetarias, va incrementando en determinados porcentajes dicha renta legal, por lo que aparece, como sucede en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956 (art. 96, ap. 10 a, b, c), la llamada "renta revalorizada", la cual, si bien incrementada, continúa con la misma nota de inalterabilidad. En materia de renta, la novedad que acaba por instaurarse es la "renta libre" para aquellas viviendas y locales de nueva construcción que, a partir del vigente ordenamiento especial de arrendamientos, se contraen por las partes. Unido a todo ello, la posibilidad de renuncia al beneficio de la renta legal, se pasó prácticamente a que los contratantes puedan ejercer sus facultades de revisión de una manera paccionada.

Sin embargo, la distinción entre viviendas y locales de negocio, en cuanto a las posibilidades de renuncia al beneficio de la renta, se mantiene hasta que se opera la última reforma legislativa por la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. En la legislación vigente, la renuncia es factible en ambos casos.

Hace algunos años (1), al analizar las posibilidades de poder pactar cláusulas de escala móvil en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, insistía en la necesidad de distinguir, respecto de la renta, si se trataba de una vivienda o de un local de negocio, por el diverso trato que el legislador les había dispensado, al considerar las viviendas como una necesidad vital e insoslayable, mientras que los locales de negocio eran más secundarios, y por ello el poder suponer como objeto de renuncia su renta. Según hace ver el propio Tribunal Supremo, existió una "libertad contractual más amplia en los arrendamientos de locales de negocio posterior a la Ley de Bases de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955, que se hizo extensiva, por la modificación de que fue objeto el artículo 97 por la Ley de Arrendamientos Urbanos vigentes, a las viviendas arrendadas posteriormente a la entrada en vigor de ésta".

Desde muy temprano, a partir de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, las partes fueron conscientes de las posibilidades que se les brindaba para la renuncia al beneficio de la renta en sus contratos de locales de negocio. Para ello, siguieron dos caminos: el de pactar una revisión de la renta de una manera expresa o el de acudir tácitamente al empleo de cláusulas de estabilización. Mientras que la revisión pactada expresamente fue acogida favorablemente por el Tribunal Supremo (SS. 31 enero 1962, 17 junio 1964

(1) Nuestro estudio: *Los arrendamientos con cláusulas de escala móvil*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VIII-1 (1955), págs. 88 y ss.

y 18 febrero 1971), no ocurrió así en principio respecto de los pactos o cláusulas de estabilización, al ser consideradas contrarias a derecho y, como consecuencia, declaradas nulas (SS. 13 noviembre 1952, 25 enero 1955 y 31 enero 1952). Tan sólo la Setencia de 28 de noviembre de 1957 razonaba prudentemente la acogida de dichas cláusulas estabilizadoras, posición que se verá confirmada definitivamente en otras posteriores (SS. 30 octubre 1964, 19 diciembre 1966, 8 febrero 1967, 26 noviembre 1968, 21 diciembre 1970, 15 febrero, 21 abril, 20 noviembre y 22 diciembre 1972).

3. LA DISTINCION ENTRE LOS PACTOS O CLAUSULAS DE ESTABILIZACION DE LA RENTA Y LOS DE MERA ELEVACION

Los pactos o cláusulas de estabilización establecidos por las partes en sus contratos de arrendamiento urbano comenzaron a usarse ante las consecuencias que implicaban las alteraciones monetarias, sobre todo como remedio eficaz ante la inflación de la peseta, que destruía su poder adquisitivo inicial, el de la suma o cuantía locaticia exigida por el arrendador. Al pactarse que dicha renta se revisará cada período de tiempo determinado y en función del valor de un índice económico (el oro, la plata, el trigo, los jornales, el nivel medio de vida, etc.), con ello se pretende que la suma o cuantía de la renta evolucione, en más o en menos, de acuerdo con el índice pactado, de modo que la moneda dada en contraprestación mantenga un poder adquisitivo en proporción al inicialmente considerado por las partes al celebrarse el contrato.

Esta modalidad de revisión contractual de la renta viene a utilizar una vía indirecta para salvar el principio general nominalista de toda obligación pecuniaria, según la cual, el pago se hace por la entrega de la misma cantidad pactada y por su valor nominal. En realidad, las partes al pactar una cláusula de estabilización del precio o renta transforman la obligación pecuniaria en una deuda de valor, la cual, si bien es pagadera en dinero, su cuantía viene a depender del evento o índice de valor pactado que refleja la evolución de los precios. Además, al ser posible en un contrato oneroso y de tracto sucesivo que su precio sea determinable con posterioridad, por analogía con la compraventa, el aplazamiento de la cuantía de la renta calculada sobre la base inicial; tal como comportan las cláusulas de estabilización, resulta un modo operativo correcto y lícito, ya que se dan los requisitos esenciales del contrato y sus finalidades intrínsecas (onerosidad y conmutabilidad).

Vemos, pues, cómo esta transformación paccionada de la naturaleza de la obligación pecuniaria por otra como deuda de valor, para que sea conforme a derecho, no ha de vulnerar los principios de onerosidad, reciprocidad y conmutabilidad de este tipo de obligaciones, ni en fraude a la ley o a los principios del orden público monetario.

Por tanto, las diversas modalidades de las cláusulas de estabilización ("moneda oro o plata", "valor oro o plata", "moneda extranjera", "valor moneda extranjera", de "escala móvil", "valor trigo" o del "índice de vida", etc.) tratan de hacer depender la cuantía de moneda a entregar por el deudor del diverso precio que alcancen, o su poder adquisitivo, para concretar la renta en determinados períodos de años; de este modo, se pretende conseguir la ac-

tualización de la renta para que no permanezca desfasada como contraprestación económica de la prestación contractual.

La jurisprudencia ha tenido en cuenta esta particular naturaleza económico-jurídica, o patrimonial, de las cláusulas de estabilización, siendo la jurisprudencia francesa quien más se ha preocupado de precisar su aspecto razonable y equitativo respecto de la íntima y lógica relación que deben establecer las partes en cuanto al tipo de contrato y el índice económico elegido (los índices de la construcción para los arrendamientos urbanos, el trigo para los arrendamientos rústicos, los salarios para los locales de negocio, etc.).

Lo que sí denuncia la jurisprudencia, con toda razón, es la ausencia de una justicia conmutativa cuando alguna de las partes, bien inadvertida o ya conscientemente, incluso fraudulentamente, pretenden acogerse a una pretendida estabilización, cuando en realidad lo que se hace es acometer una constante elevación de la renta unilateral en sus efectos. Entonces es cuando faltan las notas esenciales de la bilateralidad, reciprocidad y conmutabilidad, propias de los contratos onerosos y de tracto sucesivo. Al tratarse de una elevación unilateral, establecida en beneficio exclusivo de una de las partes (en nuestro caso, del arrendador), se hace evidente la injusticia por su falta de conmutabilidad y de equidad en el pacto o cláusula contraída.

Algunos acreedores, inadvertidamente, y en nuestro caso los arrendadores, al vivir en un clima de inflación donde el poder adquisitivo de la moneda va disminuyendo, tratan sin más de pactar unos aumentos de la cuantía de la renta, expresándolo así en sus contratos; sin embargo, con ello han cerrado las posibilidades al deudor de que dicha renta sea menor ante una recesión o deflación, tal como supone la aplicación de las cláusulas auténticamente estabilizadoras; no se han dado cuenta aquellos acreedores que obrar así va contra la naturaleza bilateral y conmutativa del contrato que celebran. Los más avisados tratan de encubrir su fraude invocando aquel pacto como de estabilización, sin serlo, pues, está dictado solamente en su favor, resulta unilateral, aunque traten de apoyarse en los textos legales permisivos de una renta libre.

Los tribunales, desde muy pronto, se dieron cuenta de la injusticia que estos pactos unilaterales creaban en la relación contractual arrendaticia al suponer unas meras cláusulas de elevación de la renta, además de que esta modalidad la hacía constante e indefinida, lo cual, indirectamente, conseguía debilitar aquel otro beneficio irrenunciable de la prórroga forzosa del contrato, pues el arrendatario, al tener que pagar una renta que se volvía agobiante, le obligaba, en definitiva, a tener que abandonar la relación contractual.

El Tribunal Supremo, consciente de tal fraude, llevado a cabo por ciertos arrendadores, distingue cuándo se trata de un auténtico pacto o cláusula estabilizadora de una mera elevación de renta, que supone un aumento constante, fijo e indefinido que quiebra la ecuación renta-prórroga (S. 23 febrero 1963), poniendo de relieve que es una manera de burlar la irrenunciabilidad a la prórroga del contrato (S. 1 abril 1965), ya que quebranta la finalidad de la prórroga forzosa por la desproporción entre la utilidad y el beneficio en el uso de la cosa (S. 2 febrero 1966), debiendo estimarse ilegal —añade— por vulnerar el principio de la prórroga obligatoria de los contratos arrendaticios al poder superar las posibilidades económicas de los inquilinos (Sen-

tencia 24 junio 1971), no siendo válido cuando únicamente implique una posible y constante elevación de renta, sin posibilitar a la vez la disminución de ella (SS. 7 febrero y 21 diciembre 1970), por lo que no serán válidos cuando únicamente impliquen una constante elevación de renta, sin posibilidad de disminuir, no pudiendo ser un aumento fijo e indefinido de la renta, ya que haría ilusoria la prórroga y facilitaría la irrenunciabilidad de ella (S. 25 enero 1973).

La presente Sentencia del 23 de abril de 1973 confirma también el mismo criterio por lo que se refiere a los incrementos de la renta pactada que impliquen un aumento fijo, constante e indefinido de la renta, puesto que "alterarían la proporcionalidad equitativa, harían ilusoria la prórroga contractual y facilitarían la renuncia a ella".

Ahora bien, desde que el ordenamiento locaticio vigente ha vuelto a proclamar la autonomía de la voluntad contractual respecto a la cuantía de la renta, ciertos pactos de elevación de ésta pueden tener cabida y ser lícitos conforme al principio general mantenido por el artículo 1.255 del Código civil, concordante con lo facultado concretamente (art. 97 de la LAU vigente). No obstante, los límites impuestos por el ordenamiento común de un modo general tienen su encaje en las normas imperativas concretas (como la de prórroga forzosa del arrendamiento) de la legislación especial; de aquí que el Tribunal Supremo siga atento a que los límites de validez de un pacto no vulneren o defrauden lo ordenado dispositivamente.

Por eso, la presente Sentencia de 23 de abril de 1973 aclara que "en el caso de autos, según el contenido de la estipulación tercera del contrato de arrendamiento, los aumentos de la renta, no son fijos, constantes, ni indefinidos, porque está limitado el aumento, no ofrece duda que el incremento pactado no está en pugna con la libertad de estipulación establecida en el artículo 97 de la Ley de Arrendamientos Urbanos ni con la doctrina de esta Sala al interpretarlo, establecida en las sentencias citadas por el recurrente, entre otras, por tanto ese aumento es legal y como tal no está vedado a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y ha de desplegar la eficacia jurídica derivada también del artículo 1.255 del Código civil".

En definitiva, tanto el legislador, al admitir un "sistema de actualización" de las rentas (art. 100 LAU 1964), bien sea de origen legal, como es la revisión legal de la renta (art. 96), o voluntaria por aumento o reducción (en determinados casos, art. 98), o paccionada, mediante el empleo de cláusulas de estabilización (art. 100, párrafo primero *in fine*), como el juzgador, al sentenciar los casos conflictivos, establecen unos límites al empleo de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes en sus contratos de arrendamientos urbanos, de modo que se cumpla la justicia intrínseca que implican bilateral, comutativa y onerosamente en sus respectivas prestaciones, cuando se da el uso y disfrute de un local o vivienda por un precio o renta equivalente. Si las alteraciones monetarias, hasta de un treinta por ciento anual (como está sucediendo) destruyen aquella equivalencia inicialmente pactada, no es extraño que tanto el legislador como el juzgador se hayan mostrado ecuanimes y equitativos al admitir unas modalidades correctivas, provengan de su propia prudencia normativa o ya procedan de la iniciativa particular.

II. SENTENCIAS

A cargo de María Angeles CALZADA CONDE, Eduardo GALAN, Gabriel GARCIA CANTERO, Julio GARRIDO AMADO, Angel JUCINI CASALES, José MACIAS MARTIN, Ernesto MARAVER MUÑOZ, José María MIGUEL GONZALEZ, José PERE Y RALUY, José POVEDA DIAZ, Ignacio QUINTANA, Ricardo RUIZ SERRAMALERA.

I. DERECHO CIVIL

I. Parte General

1. FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: POSESIÓN REAL DE LA COSA EJERCIDA A TRAVÉS DE MANDATARIO: FALTA DE ABANDONO: *Si, de acuerdo con la doctrina científica y la jurisprudencia, se estima que el principio justificante de la prescripción de acciones es la presunción racional de abandono o renuncia del derecho de que se trata, una ausencia de voluntad posesoria frente a un detentador que no necesita título alguno para ocupar lo que es objeto del aparente abandono por implicar tal situación una actitud antieconómica contraria al interés público, no puede darse el supuesto exigible para la prescripción cuando existe, por el contrario, una posesión real, que tanto puede ser inmediata y directa del titular como mediata ejercida a través de administradores, encargados, cuidadores o guardadores, es decir, mandatarios de cualquier tipo, que, por definición del art. 1.709 del C. c., prestan el servicio o hacen la cosa por cuenta o encargo de otro, a los efectos de los arts. 431 y 439 del propio cuerpo legal. (Sentencia de 14 de abril de 1973; no ha lugar.)*

III. Derechos reales

1. PROPIEDAD HORIZONTAL: LEGITIMACIÓN DE LOS COPROPIETARIOS INDEPENDIENTE DE LA DEL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD: *El hecho de que el art. 12 de la Ley de 21 de julio de 1960 sobre P. H., confiera al presidente de la Comunidad la representación de ésta en juicio, no es impeditivo de que cada propietario pueda ejercitar las acciones pertinentes para defender, en caso de pasividad e incluso en el de oposición del presidente y del resto de los partícipes, el interés, que ha de estar jurídicamente protegido, de su participación indivisa en los elementos comunes, ya que, configurada la P. H., como yuxtaposición de dos distintas clases de propiedad, se comprende fácilmente que todos los que sean titulares de ella, bien en conjunto o bien aisladamente y aún existiendo presidente designado, podrán ejercitar toda clase de acciones, lo mismo con relación a su propiedad exclusiva que con referencia a los elementos comunes, y es lógico que así sea, porque el disfrute de lo que les es privativo, requiere necesariamente la utilización de los elementos comunes.*

PROPIEDAD HORIZONTAL: LEGITIMACIÓN DEL PRESIDENTE PARA EJERCITAR LA ACCIÓN DE RESOLUCIÓN DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: *La Ley de P. H. de 21 de julio de 1960, en su artículo 7.º, establece la prohibición de que tanto el propietario de cualquier piso como el ocupante que no tenga este carácter, desarrollen en aquel o en el resto del inmueble actividades no permitidas por los estatutos o que sean dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres, y en caso de infracción de estas prohibiciones, el artículo 19 habilita dos modos distintos de proceder para imponer su eficacia, según el infractor sea el propietario o el ocupante por otro título; respecto de este último, como con quien está vinculado es con el propietario, es a éste a quien corresponde la acción directa para reclamar del juez el lanzamiento o en su caso la resolución del contrato, y para ello la Junta de Copropietarios deberá requerirle fehacientemente para que lo haga en el término prudencial que le señala, y en el supuesto de que el requerimiento sea desatendido, la Ley faculta a la junta para subrogarse en el lugar del propietario, y por tanto con los mismos derechos y obligaciones, por lo que aparece claro que no existe falta de legitimación activa del presidente de la Comunidad de Propietarios.*

PROPIEDAD HORIZONTAL: PROCEDIMIENTO ADECUADO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESOLUCIÓN ARRENDATICIA: COMPATIBILIDAD DE LAS LPH Y LAU: *La Ley de PH señala la competencia jurisdiccional y el procedimiento adecuado, sin embargo, de lo cual el último inciso de su artículo 19 deja a salvo lo dispuesto en la LAU, que es la que normalmente regula las relaciones derivadas del contrato de arrendamiento, y, por ello, el significado y alcance de dicha salvedad ha de determinarse teniendo en cuenta la calidad del sujeto pasivo y la finalidad y naturaleza de la acción, que si se dirige contra un arrendatario afectando a la resolución del contrato de arrendamiento, aunque sea por causas establecidas en los Estatutos de la Comunidad, estén o no comprendidas en la LAU, se regirán por ésta en cuanto a competencia y procedimiento se refiere, mientras que las dirigidas contra el propietario o los ocupantes por título distinto del arrendamiento, se regirán por las indicadas normas de la Ley de PH; a lo que cabe añadir que el hecho de que el texto vigente de la LAU, posterior al de la Ley de PH, no haya recogido expresamente la remisión que ésta hace al ámbito de aquélla, no supone derogación alguna de sus preceptos, porque ni hay disposición expresa en este sentido, ni la finalidad de ambas Leyes es la misma, ni hay incompatibilidad alguna entre ellas, sino por el contrario, la Ley de PH, cuando de una resolución de contrato de arrendamiento se trata, se incorpora a la línea de garantías establecidas en la LAU.*

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACTIVIDADES NO PERMITIDAS POR LOS ESTATUTOS: *Procede acceder a la demanda resolutoria porque el artículo 7.º de la tantas veces citada Ley de PH establece claramente como causa de resolución del arrendamiento, el desarrollar en el piso ocupado actividades no permitidas en los Estatutos, con independencia de que sean o no dañosas, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres, y dado que en el supuesto de hecho del recurso los Estatutos prevén expresamente que en ningún caso podrán dedicarse los pisos a colegios, academias, etc., etc., resulta evidente la inclusión en estas*

prohibiciones de las actividades desarrolladas por la demandada en su colegio Simón Bolívar. (Sentencia de 29 de septiembre de 1973; ha lugar.)

2. COMUNIDAD DE BIENES Y PROPIEDAD HORIZONTAL: FALTA DE CONSTITUCIÓN FORMAL DE LOS ÓRGANOS GESTORES: DERECHOS DE LOS COMUNEROS: *Cuando, por la causa que sea, no se hayan constituido los órganos característicos de la propiedad horizontal (Junta de Propietarios y Presidente), puede todo propietario que estime vulnerado el régimen de la PH o se estime perjudicado por los actos de otro propietario, instar la formación de los referidos órganos gestores o acudir a la Autoridad Judicial para lograr la restauración del derecho perturbado. Pero aun cuando así no fuere y se estimare que, por la no constitución formal de los órganos citados, no se había instaurado una verdadera propiedad horizontal, siempre resultaría que se estaría ante una comunidad de bienes, en la que cada socio puede usar la cosa común, pero sin privar a los copropietarios del mismo uso y sin que ninguno pueda alterar o modificar la cosa común sin el beneplácito de los restantes, teniendo libre la vía judicial todos ellos para restablecer el orden perturbado. (Sentencia de 28 de junio de 1973; no ha lugar.)*

NOTA: La vacilante doctrina jurisprudencial que refleja el extracto precedente se puede atribuir a las peculiaridades del supuesto de hecho sobre el que versa la sentencia, en el que se discute la procedencia de unas obras afectantes a la estructura y fachada del edificio, realizadas por el arrendatario del piso bajo, con autorización de su dueño, pero sin el consentimiento de los dueños de los demás pisos, cuatro en total, de los cuales uno formula la demanda en su propio nombre y además en beneficio de la comunidad de bienes. En efecto, no aparece muy claro si en el caso concreto sólo se había omitido la designación de los órganos rectores de la PH, o si, más bien, faltaba en su totalidad este régimen, pues, frente a la manifestación de los demandantes de que la finca objeto de la *litis* se halla dividida en régimen de PH aun sin estar constituida la Junta de Propietarios ni sus cargos representativos, se alza la manifestación de los demandados, según los cuales "no se ha otorgado escritura de división horizontal respecto al inmueble de autos, sino tan sólo la adjudicación a distintos copropietarios, en ejecución del testamento del que un día fue propietario único del mismo, y tras ello se ha construido una nueva planta; pero no figuran los tantos por ciento que corresponde a cada participación en dicho propiedad, que permite obtener mayorías o minorías sobre cualquier extremo que pueda someterse a la consideración de tales propietarios, y no existe siquiera la Junta de éstos ni los cargos de la misma, ni estatutos por los que haya de regirse la comunidad de propietarios".

(A. L. C.)

3. PROPIEDAD HORIZONTAL: DERECHOS DEL PROPIETARIO DE UN PISO SOBRE LOS ELEMENTOS COMUNES: *En la propiedad horizontal cada uno de los partícipes tiene el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre su piso, y la copropiedad con los demás condueños de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes, así como de aquellas otras dependencias que, cual en el caso que aquí se contempla—los bajos comerciales—, se haya decidido que se rijan por el sistema de la comunidad, que no puede ser otro sino el regulado en los artículos 392 y siguientes del Código civil, entre los que es decisivo el 399, que concede a cada condueño la plena propiedad de su parte,*

pudiendo cederla, enajenarla e hipotecarla y aun sustituir a otro en su aprovechamiento, en unión del piso privativo, dada la especial naturaleza de esta forma de propiedad, pero sin necesidad de consentimiento de los restantes condueños, y sin que sea preciso oírles al respecto en lo que supone el ejercicio de un derecho individual y exclusivo que concede la Ley.

VENTA DE PISO CON ANEJO DE BAJO Y SÓTANOS; INEXISTENCIA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: *Reclamándose el cumplimiento de un contrato de compraventa de piso con la parte proporcional de bajo y sótanos correspondientes, no es necesario demandar a la comunidad de propietarios.*

ERROR DE HECHO; VALOR DE LAS PROPUESTAS CONTENIDAS EN ACTO DE CONCILIACIÓN SIN AVENENCIA: *La propuesta de la parte actora de resolver el contrato contenida en una papeleta de acto de conciliación era provisional y no definitiva y fue rechazada por la parte demandada, por lo cual no obsta al ejercicio posterior de la acción de cumplimiento. (Sentencia de 12 de marzo de 1973; no ha lugar.)*

4. ACCIÓN REIVINDICATORIA; LEGITIMACIÓN DEL COMUNERO; COSA JUZGADA: *Cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, tanto para ejercitarlos como para defenderlos, por lo que un condueño puede entablar la acción reivindicatoria en beneficio de todos, pues ha de actuar en provecho de la comunidad y no exclusivamente para sí, y para compaginar la doctrina de la cosa juzgada con la no intervención de todos los condóminos, se limita la eficacia de la sentencia dictada respecto a los que no fueron parte en el pleito, al caso de que dicha sentencia les sea favorable, sin que les perjudique la adversa o contraria. (Sentencia de 24 de octubre de 1973; no ha lugar.)*

5. ACCIÓN DE DESLINDE; LEGITIMACIÓN DEL TITULAR REGISTRAL: *Los demandantes basan su acción en título inscrito en el Registro de la Propiedad, lo cual es por sí bastante para conferirles la acción de deslinde que pretenden, como declara la sentencia de 14 de febrero de 1953, y al no ser contradictoria del dominio, en nada infringe el párrafo 2.º del artículo 38 de la LH.*

INEXISTENCIA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: *Como proclama la Sentencia de 8 julio 1953, contemplando un supuesto similar, la acción sólo interesa a los propietarios de las fincas que están en la linde incierta y discutida, y no a los demás, por lo cual no afecta al Ayuntamiento, ya que la prolongación y calle a que se alude no pasan de ser meros proyectos y no realidades actuales, pues de existir en este momento habrían separado ambas fincas y ello haría improcedente el deslinde solicitado, y tampoco afecta a propietarios de parcelas segregadas que no colindan con el lindero discutido. (Sentencia de 30 de junio de 1973; no ha lugar.)*

6. SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS; INEXISTENCIA; HUECOS Y VENTANAS PERMITIDOS; NO HAY CONTRADICCIÓN EN EL FALLO: *No puede existir contra-*

dicción al declarar la inexistencia de servidumbre y el hecho de que en la pared levantada en el solar contiguo se abran huecos y ventanas en uso de su derecho, al guardar las distancias que al efecto previene el artículo 582 del Código civil.

INEXISTENCIA DE MEDIANERÍA: *La sentencia declara como hecho que los huecos controvertidos se encuentran emplazados a una distancia superior a dos metros de la zona correspondiente a la edificación que actualmente integra la casa en cuyo beneficio acciona el demandante, lo que supone evidentemente que dicha pared no tiene la naturaleza de medianera.*

INCONGRUENCIA: *Según doctrina de las SS. de 23 junio 1919 y 18 marzo 1932, no es factible basar la incongruencia en los razonamientos alegados por las partes o por el Tribunal sentenciador para fundar el fallo. (Sentencia de 14 de abril de 1973; no ha lugar.)*

Aunque el C. c. dedica los artículos 580 a 585 a establecer el régimen de la que denomina "servidumbre de luces y vistas", las cuestiones suelen presentarse en la práctica con gran confusión, y por eso conviene precisar con la doctrina (últimamente PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III-2.º, 2.ª ed., Barcelona, 1973, pág. 436) que, en realidad, no establece ninguna servidumbre legal de luces y vistas, sino que impone limitaciones al derecho de propiedad, como situación normal y recíproca entre las fincas, restringiendo la facultad de abrir ventanas o huecos en pared medianera (art. 580), o en pared propia contigua a finca ajena (arts. 581 a 584), además de regular los efectos de la servidumbre de vistas adquirida por cualquier título. De aquí se deduce que el propietario es libre de abrir huecos y ventanas a distancia mayor de la establecida en el Código, como contenido normal de su derecho de propiedad. Para una crítica general del Código en esta materia, vide GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, *Manual de servidumbre*, Barcelona, 1965, páginas 275 y ss.

(G. G. C.).

IV. Obligaciones y contratos.

1. RECLAMACIÓN DE CANTIDAD: NOVACIÓN MODIFICATIVA EN CUANTO A LA CUANTÍA: ILIQUIDEZ: *Aunque comprados en firme y sobre muestras, los electrodomésticos en cuestión, como al ser entregados a los clientes por el comerciante comprador, se pusieron de relieve ciertos defectos de fabricación, aquél recurrió a la casa suministradora y ésta accedió, a través de correspondencia y de conversaciones posteriores al acuerdo, primero, a hacer "manipulaciones y cambios" en los aparatos suministrados, con los consiguientes desembolsos que han de ser a cuenta del vendedor, lo que lleva implícita una novación de aquel acuerdo, quedando pendiente la operación liquidadora entre las partes; bien entendido que no se trata de deudas distintas sobre las que se pretenda el juego de la compensación, sino de la existencia de una deuda inicial,*

cuyo monto ha sido modificado por novación posterior llevada a cabo por convenio expreso de las partes, de suerte que el adeudo no adquiere liquidez mientras no se practique el ajuste de cuentas. (Sentencia de 21 de mayo de 1973; no ha lugar.)

2. FACULTAD RESOLUTORIA: ART. 1.124 C. C.: EJERCICIO: *La jurisprudencia de esta Sala, al glosar e interpretar el artículo 1.124 de nuestro Código civil, viene ininterrumpidamente declarando que la facultad implícita de resolución de las obligaciones que establece, como tal facultad, no puede tener efecto hasta que se estable en juicio, o si, declarada por el acreedor, no se impugna por el deudor, o si el deudor reconoce su infracción y acepta la resolución, pues admitir lo contrario equivaldría a dejar al arbitrio de un contratante el cumplimiento de la obligación.*

ACCIÓN RESOLUTORIA: INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: *No puede pedir la resolución el que incumplió el contrato, debiendo estarse a la declaración de la Sala de instancia, para determinar quién o quiénes hayan incumplido la obligación, si no se ataca tal declaración basado en el número 7.º del 1.692 Ley de Enjuiciamiento Civil.*

ACCIÓN RESOLUTORIA: NO BASTA EL RETRASO: *No basta el simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones para decretar la resolución, existiendo la existencia de una voluntad rebelde y declarada en el acusado de incumplimiento, y que tal voluntad sea deliberadamente rebelde por un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable, impida el cumplimiento.*

ACCIÓN RESOLUTORIA: INCUMPLIMIENTO DE AMBAS PARTES: *Perece el primer motivo del recurso que, amparado procesalmente en el núm. 1.º del citado artículo 1.692, denuncia la inaplicación en la resolución impugnada del artículo 1.124 también citado, basándose para ello en que cumplió cuantas obligaciones le imponía el contrato, ya que la resolución impugnada declara probado que ambos contendientes incumplieron sus respectivas obligaciones, sin que tal declaración haya sido impugnada por el único cauce adecuado para ello, el número 7.º del tan repetido artículo 1.692, y habrá de estarse en casación a su contenido, denegando la resolución solicitada. (Sentencia de 5 de julio de 1971; no ha lugar.)*

3. ACUERDO DE VOLUNTADES: EXISTENCIA: CONCURSO DE OFERTA Y ACEPTACIÓN: MODIFICACIÓN DE LA OFERTA: *Para que el consentimiento origine la creación de un contrato, a tenor de los artículos 1.254 y 1.258 del C. c., es preciso, conforme al artículo 1.262, que se manifieste por la coincidencia de la oferta y de la aceptación, que deben constar de un modo claro e inequívoco, sin que sea suficiente la primera, mientras el destinatario no la admita plenamente (SS. de 19 de junio de 1950 y 6 de marzo de 1969), de suerte que, si la aceptación se formula modificando o alterando la propuesta o sometiéndola a condición no es posible apreciar su existencia, sino la de una simple propo-*

sición que deja el convenio en estado de proyecto, en tanto manifieste su conformidad el primer oferente, como ya se hizo constar en el Derecho romano (Epígrafe 3.º, Título I, Libro XLV del Digesto), en algunas legislaciones extranjeras y en la jurisprudencia del T. S. contenida en las SS. de 2 de octubre de 1867 y 10 octubre de 1962.

COMPRAVENTA: NATURALEZA: CONTRATO SINALAGMÁTICO: *El carácter sinalagmático del contrato de compraventa impone la simultaneidad en la prestación de sus recíprocas obligaciones, de suerte tal, que la entrega del precio debe coincidir, por lo general y salvo pactos especiales, con la recepción de la mercancía.*

COMPRAVENTA: SANEAMIENTO POR DEFECTOS OCULTOS: PROCEDENCIA: *Para que el vendedor esté obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviera la cosa vendida y el comprador pueda ejercitar las acciones que le confieren los artículos 1.484 y 1.486 del C. c., es menester que aquellos vicios hagan impropio el objeto de la compraventa para el fin a que se destina y que no se encuentren a la vista de un modo manifiesto y ostensible, según claramente indican los términos literales de estos preceptos y la doctrina contenida, entre otras, en las SS. de 6 de julio de 1966 y 31 de enero de 1970.*

RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA: RETRASO: IMPROCEDENCIA CUANDO SE RECIBE LA COSA SIN FORMULAR RECLAMACIÓN: *Resultan totalmente inaplicables los artículos 1.124 y 1.506 del C. c. cuando el objeto de la compraventa se recibió sin formular reclamación alguna (SS. de 16 de noviembre de 1956 y 24 de noviembre de 1966), siendo apreciada únicamente por el Tribunal de Instancia la existencia de un simple retraso en el cumplimiento de la obligación (SS. de 28 de noviembre de 1961 y 5 de julio de 1965) y no una conducta deliberadamente rebelde u obstativa a la realización de sus compromisos por parte de un contratante (SS. de 4 de noviembre de 1958 y 2 de enero de 1961).*

CONTRATO DE COMPRAVENTA: FALTA DE CONSENTIMIENTO: *Cuando no se deduce de los instrumentos públicos aportados al proceso que ambos litigantes prestaran su consentimiento para dejar sin efecto el contrato de compraventa, se presume la ausencia del concurso de voluntades que el artículo 1.262 del C. c., en relación con el número 1 del 1.261, exige para la perfección de estimaciones convencionales.*

CONTRATOS: INTERPRETACIÓN POR EL JUZGADOR DE INSTANCIA: *Conforme a constante jurisprudencia del T. S., ha de mantenerse en casación la labor exegética realizada por el juzgador de instancia, salvo que su deducción sea ilógica, absurda o desorbitada (SS. de 10 de octubre de 1959, 25 de noviembre de 1961 y 14 de febrero de 1963).*

CONSENTIMIENTO DE LOS CONTRATANTES: CUESTIÓN DE HECHO: APRECIACIÓN: *La existencia de un consentimiento mutuo de los contratantes, en cuanto a la*

resolución del contrato de compraventa que habían convenido, como cuestión de hecho que es, está encomendada a la libre apreciación del juzgador, sin que por ello sea censurable en casación (SS. de 23 de junio de 1966 y 12 de noviembre de 1971).

RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE HECHO: DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: DICTÁMENES PERICIALES Y RECONOCIMIENTO JUDICIAL: *No son aptos para conseguir la casación, cuando el recurso se funda en documentos que fueron tenidos presente por el juzgador de instancia para emitir su fallo (Sentencias de 21 de enero y 15 de junio de 1970), y por carecer del carácter de auténticos, a estos efectos, los dictámenes periciales (Sentencias de 8 de marzo de 1972 y 16 de febrero de 1973) y las diligencias de reconocimiento judicial (Sentencias de 27 de octubre de 1962 y 25 de junio de 1971). (Sentencia de 14 de marzo de 1973; no ha lugar.)*

4. VICIO EN EL CONSENTIMIENTO: DOLO: PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN ANTES DE ESTAR EL CONTRATO CONSUMADO: *Concurriendo un vicio en el consentimiento, no tiene por qué esperar el contratante, víctima del mismo, a la fase de consumación del contrato para esgrimir otras acciones contra el vendedor, como la redhibitoria y la quanti minoris, originadas por la existencia de defectos ocultos en la cosa entregada, puesto que nada le impide ejercitar antes la de anulabilidad del contrato, una vez perfecto y todavía no consumado o consumado sólo en parte, ya que la posibilidad de ejercitar en el futuro las acciones propias del saneamiento por defectos ocultos, en nada obsta al ejercicio actual de la de nulidad del contrato por dolo grave. (Sentencia de 28 de marzo de 1973; no ha lugar.)*

4^{bis}.—VICIO EN EL CONSENTIMIENTO: DOLO: GRAVEDAD DE LOS MEDIOS EMPLEADOS: *Para que exista dolo, regulado en el artículo 1.265 del C. c., en relación con el 1.269, y justifique la anulabilidad del contrato, han de ser especialmente graves los medios que se busquen para conseguir el consentimiento. (Sentencia de 20 de junio de 1973; no ha lugar.)*

5. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.281 DEL C. c.: *La rígida aplicación del artículo 1.281 del C. c., con exclusión de cualquier otra norma interpretativa o complementaria, exige la evidente claridad de las cláusulas del contrato no dejando lugar a duda alguna, sobre cuál fue la intención de los contratantes al celebrar aquél, que en suma es la que ha de prevalecer, y cuando este supuesto no se da obliga al juzgador de instancia a examinar no sólo el contenido conjunto del documento, sino también la conducta y manifestaciones posteriores de las partes relacionadas con el cumplimiento y ejecución de aquél.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA: *La función interpretativa de los contratos es atribución del Tribunal de Instancia, no siendo lícito pretender sustituir el criterio del juzgador por el propio, si no se demostrara que la interpretación que se tratara de impugnar ca-*

recía de lógica y contradecía abiertamente los preceptos del C. c. que regulan la interpretación de los contratos. (Sentencia de 12 de marzo de 1973; no ha lugar.)

6. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *La Sala de instancia, al no entenderlo así, ha sostenido una interpretación ilógica de la cláusula decimocuarta que no puede prevalecer, por no ajustarse a los términos claros y precisos de lo realmente convenido, razones por las que debe prosperar el motivo primero del recurso.*

CONTRATOS: LEY ENTRE LAS PARTES: *Con él también debe prosperar el segundo motivo, íntimamente relacionado con el anterior, al haberse infringido por inaplicación el artículo 1.091 del Código civil, pues es obvio que la Sociedad demandada, hoy recurrida, no ha cumplido sus obligaciones con sujeción a los términos del contrato que tenía fuerza de ley entre las partes contratantes, debiendo cumplirse las obligaciones nacidas de él a tenor del contrato mismo.*

CONTRATOS: HECHOS PROBADOS: INTERPRETACIÓN: *Una cosa son los hechos que en la sentencia impugnada se estiman probados y otra, muy diferente, los razonamientos y juicios que se hacen sobre los mismos y que arrancan de una interpretación equivocada.*

CONTRATOS: INCUMPLIMIENTO: ACCIÓN RESOLUTORIA: *Si bien es constante doctrina jurisprudencial de esta Sala que la acción resolutoria sólo corresponde al perjudicado que por su parte cumplió lo que le incumbía y sufre el incumplimiento de las obligaciones del contrato, ello, no obstante, no cabe aplicar con tanto rigor esa doctrina de modo que cualquiera clase de incumplimiento circunstancial e intrascendente, máxime cuando ha sido consentido o aceptado, sirva para enervar una acción resolutoria fundada ésta en un incumplimiento claro y deliberado de una cláusula esencial. (S. 27 de diciembre de 1971, ha lugar.)*

NOTA: El motivo referente a la interpretación de los contratos estaba formulado al amparo del núm. 1.º del artículo 1.692 LEC por violación del artículo 1.281 C. c., porque al contemplar el contenido de la estipulación que se cita, la Sala, invocando el referido artículo 1.281 C. c. vulnera, violándola, dicha norma conduciéndose a una interpretación del contenido de la cláusula, heterodoxa, dándola un sentido que no tiene, ilógico, desorbitado y en pugna con lo expresado, evidenciador de la intención de los contratantes, opuesto al de sus términos claros y adecuados a la intención de los contratantes, ilógico, en pugna con su texto y desorbitado”.

7. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: DIRECCIÓN SUBJETIVISTA DEL CÓDIGO CIVIL: *Nuestro Código civil basa la interpretación de los contratos en la teoría subjetivista de la intención común y evidenciada de los contratantes, puesto que, si bien el primer elemento interpretativo es el gramatical, éste presupone la interpretación, dado que al afirmar que una cláusula es clara, implica una valoración de las palabras y de la congruencia que con la voluntad guardan,*

por lo que la claridad, más que en los términos del contrato, ha de estar y resaltar en la intención de los contratantes.

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: FACULTADES DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA: CASACIÓN: *Es facultad privativa de los Tribunales de instancia el fijar el sentido y alcance de las cláusulas de los contratos, no pudiendo ser sustituido por ningún otro el criterio del juzgador a quo, a menos que sea evidentemente equivocado o erróneo o se haya infringido alguna de las normas que, regulando la materia se establecen en el Código, lo que acredita que si bien, por regla general, es facultad privativa de los Tribunales de instancia interpretar y fijar el sentido y alcance de las cláusulas de los contratos, es también cierto que la interpretación de los negocios jurídicos no está sustraída a la casación, ya que desde el momento que el Código civil dicta reglas en sus artículos 1.281 a 1.289, respecto a cómo han de interpretarse los contratos, existirá una infracción de norma legal siempre que el juzgador de instancia no se ajuste a las mismas, pero tanto cuando se impugnen los hechos que sirven de base a la interpretación de la Sala sentenciadora, como cuando se combaten sus criterios jurídicos, es necesario que se patentice el notorio error padecido por aquélla, pues la jurisprudencia tiene declarado que no puede oponerse a la interpretación de la Sala el criterio particular del recurrente si éste no se apoya en error evidente y manifiesto de aquélla.*

CONTRATO DE VENTA DE ACCIONES DE UNA S. A.: CLÁUSULA RELATIVA AL BALANCE: *En el contrato discutido, de venta de la totalidad de las acciones de una sociedad anónima, se pactó en su cláusula tercera la retención por la compañía compradora, de parte del precio "para garantizar las eventuales diferencias que pueden resultar respecto del balance, cerrado el 30 de junio último", pacto que interpreta la sentencia impugnada en el sentido de que el precio retenido no responde de los previstos pagos de créditos, por haber sido tenidos en cuenta para el cálculo de reducción del activo y provisiones, que sirvió para el señalamiento del precio, y contra esta interpretación se interpone el presente recurso, que en sus motivos 2.º, 3.º y 4.º se combate a aquella sosteniendo que lo pactado fue que la cantidad retenida garantiza el impago de los créditos consignados en el balance, pero como la entidad recurrente se limita a razonar extensamente su criterio, sin acreditar que la sentencia combatida incurre en claro y evidente error, en una equivocación manifiesta, es necesaria, por la aplicación de la doctrina antes expuesta, la desestimación de dichos motivos, dado que, conforme se redactó al pacto interpretado, es lógico y racional la declaración de la Sala sentenciadora, atendidos sus términos literales, expresivos de la voluntad de los contratantes.*

CONTRATOS: CONSECUENCIAS: INTERPRETACIÓN: *Las consecuencias del contrato presuponen la validez de su interpretación, y sólo cuando ésta se precisa con exactitud pueden fijarse aquéllas. (Sentencia de 2 de febrero de 1972; no ha lugar.)*

8. **CAUSA DE LOS CONTRATOS ONEROSOS:** *Los motivos del recurso que, por*

la vía del núm. 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncian la aplicación indebida y la interpretación errónea del artículo 1.274 del Código civil han de perecer, puesto que el contrato es oneroso y contiene contraprestaciones mutuas, tales como la cesión sin precio por los recurrentes de la concesión administrativa para la explotación de las minas de sal gema radicantes en la finca del actor, con la correlativa obligación de éste de ceder a los recurrentes el arrendamiento del predio y de la explotación de las salinas, concediéndoles una opción de compra.

DEFECTO DEL RECURSO: INCONGRUENCIA: *Existe defecto al no expresar el concepto en que se estima infringido el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en contra de lo expresamente estatuido en su artículo 1.720; aparte de que no existe incongruencia cuando la sentencia condene a menos de lo solicitado y absuelve del resto.*

DEFECTO DEL RECURSO: *Es defectuoso el motivo que denuncia error de derecho en la apreciación de las pruebas, sin especificar el concepto en que se estiman infringidos los artículos 1.261 y 1.276 del Código civil, preceptos, además, que no contienen ninguna regla de valoración de prueba.*

DEFECTO DEL RECURSO: *Es también defectuoso el motivo del recurso que no expresa el apartado del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en que se apoya. (Sentencia de 26 de mayo de 1973; no ha lugar.)*

CAUSA: CONTRATO ATÍPICO: *No es un dato que niegue la existencia de causa en un contrato en el que éste no pueda encuadrarse como uno de los definidos por la ley, pues ésta no agota todas las formas de obligarse, perfectamente eficaces si se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 1.261 del C. c.*

RENUNCIA A LA PERCEPCIÓN DE PRESTACIONES DERIVADAS DE UN CONTRATO: *De acuerdo con la doctrina, el que quede a la voluntad de uno de los contratantes poder desistir de la percepción de prestaciones derivadas del contrato no significa dejar ni el cumplimiento ni la validez del contrato al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256), sino autorizarle a poner fin a una situación jurídica sin perjuicio del contrario y dicha renuncia no afecta a la eficacia del contrato.*

CONTRATO ATÍPICO: TRANSMISIÓN DE FINCA A CAMBIO DE PRESTACIONES DE SERVICIOS: *Sea cual sea la calificación jurídica que le atribuyeran las partes el pacto de transacción de una finca a cambio de prestación de servicios (habitar con la transmitente, prestarle alimentos y asistencia hasta su muerte), dio vida a un contrato dotado de causa, por lo cual no cabe estimar la pretendida nulidad por falta de este requisito.*

RECURSO DE CASACIÓN: MOTIVOS: INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL: *El recurso debe necesariamente dirigirse a combatir el fallo de la sentencia o aquellos*

fundamentos que la determinan; por eso debe ser desestimado el motivo que lejos de razonar acerca de la improcedencia de la interpretación estimada por el T. a quo, en cuanto contraria a las normas establecidas en los preceptos en que se ampara, pretenda sustentar la afirmada por la sentencia en primera instancia. (Sentencia de 29 de mayo de 1972; no ha lugar.)

10. TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO; DERECHO DE TANTEO DE UN COHEREDERO DEL ARRENDATARIO ESTABLECIDO EN LA ESCRITURA DE PARTICIPACIÓN: *Si en una escritura de partición se adjudicó a uno de los hermanos, el derecho de arriendo de un local de negocio, estableciéndose en favor de los demás hermanos el derecho de tanteo para el caso de que el primero tratara de traspasar, previéndose la duración de diez años para dicho derecho, y si el adjudicatario del local, pese a haber comunicado a sus hermanos el proyecto de traspasar y haberle notificado aquéllos su propósito de hacer uso del tanteo, realiza el traspaso en favor de un tercero, procede declarar la nulidad del traspaso realizado durante la vigencia del derecho de tanteo, sin que quepa admitir que hay contradicción entre la cláusula de tanteo y los preceptos de la legislación especial arrendaticia posterior a la escritura de partición.*

EFFECTOS DE LOS CONTRATOS RESPECTO A EXTRAÑOS AL MISMO: *El principio del artículo 1.257 del C. c. no es tan absoluto que los efectos del contrato no puedan extenderse a personas no intervinientes en lo pactado cuando se adquiere por virtud de negocios jurídicos posteriores a otros entre el que transmite y adquirentes anteriores, en razón a la regla "nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet" que impone al contratante a título particular la necesidad de soportar los efectos de los contratos precedentes que celebró quien transmite. (Sentencia de 16 de febrero de 1973; no ha lugar.)*

J. P. R.

11. CONTRATO ATÍPICO; PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE MEDIACIÓN DE FINCAS Y OTROS DE GESTIÓN PROPIOS DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO; INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: *Se trata de un contrato que encaja dentro del artículo 1.254 Código civil sin que pueda ser calificado ni de mandato, ni de mediación, ya que el actor no sólo mediaba en la compra de las fincas, sino que realizaba gestiones de desalojo de sus inquilinos y preparación de su acceso al Registro de la Propiedad, colaborando y prestando su trabajo profesional como abogado, siendo su retribución dependiente del número de pies cuadrados de terreno edificable que adquiriese el demandado. (Sentencia de 4 de julio de 1973; no ha lugar.)*

12. CONTRATO ATÍPICO; INTERPRETACIÓN; FUNCIÓN DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA: *La interpretación de los contratos es función propia del Tribunal de Instancia, pudiendo por excepción impugnarse en casación, cuando se haya incidido en manifiesta equivocación.*

LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO; NATURALEZA: *Los derechos que pudieran corresponder a una persona cuando tienen carácter personalísimo, se extinguen al fallecimiento del beneficiario, por lo que como se sostiene por el Tri-*

bunal "a quo", no pueden transmitirse a sus herederos cuando no se ventila la subsistencia de derecho alguno a su favor.

INCONGRUENCIA: ESTIMACIÓN PARCIAL EN LA SENTENCIA: *Cuando una Sentencia estima sólo en parte la demanda, implícitamente están desestimadas las demás peticiones o declaraciones solicitadas que no acoge el fallo.*

RECURSO DE CASACIÓN: PROTECCIÓN DE DERECHOS PROPIOS: *Los recursos que la ley otorga a los litigantes sólo pueden utilizarse por quienes sufren agravios derivados de la denegación de un pedimento que les afecte, pero no para litigar los derechos del contrario en tanto no se demuestre que le afectan, porque sería erigirse en defensor de un interés que por no ser propio corresponde la invocación de su protección a la parte perjudicada.*

ERROR DE DERECHO: PRUEBA DE CONCESIÓN: *Para que la confesión en juicio pueda producir prueba plena contra los hechos establecidos en la Sentencia que se recurra en casación, ha de ser un reconocimiento explícito y terminante de los hechos contrarios a los que la Sentencia establezca, sin que sea dable recurrir a deducciones más o menos lógicas.*

INDIVISIBILIDAD DE LA CONFESIÓN: *El precepto del artículo 1.232 del C. c. ha de entenderse o interpretarse en relación con el 1.233 del mismo cuerpo legal, que establece la indivisibilidad de la confesión, en el sentido de que el litigante que pretende beneficiarse de ella ha de aceptarla en su integridad, no aprovechando lo que le favorezca y rechazando lo que le perjudique. (Sentencia de 12 de noviembre de 1973; no ha lugar.)*

13. **FRUTOS DE LA COSA VENDIDA: PERTENECEN AL COMPRADOR DESDE LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO: EJECUCIÓN DE SENTENCIA QUE OBLIGA AL VENDEDOR A ELEVAR EL CONTRATO A ESCRITURA PÚBLICA:** *La atribución de todos los frutos al comprador no deriva de un derecho de propiedad sobre la finca que los produce, sino de la perfección del contrato de compraventa, aun no teniendo todavía a su favor derecho real sobre la finca que compró, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.468, en relación con el 1.095, ambos del Código civil; la condena a su entrega, a partir de la fecha de perfección del contrato, le viene impuesta en su condición de vendedor, y si se dejó indeterminado el día final, fue porque estando la finca objeto del contrato en su poder, resultaba ser desconocida la fecha en que tendría lugar la entrega al comprador, en cuyo momento, y sólo entonces, cesaría la obligación de entregar los frutos por la confusión de derechos, y siendo así que dicha finca aun continúa en poder del vendedor, es llano que, mientras esa situación persista, subsiste también el derecho del comprador a todos los frutos, y ello en cumplimiento de la sentencia de cuya ejecución se trata, que condenó al vendedor a elevar el contrato a escritura pública.*

CASACIÓN CONTRA LOS AUTOS DE LAS AUDIENCIAS EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA: *Para que el recurso de casación con base en el artículo 1.695 L. E. C. pueda*

ser estimado es preciso que se produzca una divergencia o discordancia entre la sentencia firme recaída en el proceso de cognición y los términos en que se lleva a cabo su cumplimiento, cuestión cuyo enjuiciamiento requiere una confrontación o exámen comparativo, a fin de determinar si se ha incurrido o no en el exceso de poder en alguno de los dos únicos casos o supuestos que establece el indicado precepto legal; el auto que condena a liquidar los frutos percibidos desde la perfección del contrato otorgado en documento privado hasta la fecha de la resolución, no resuelve en contradicción con lo ejecutoriado ni decide puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni resueltos en la Sentencia, aunque en el período intermedio el vendedor haya otorgado escritura pública a favor del comprador. (Sentencia de 13 de junio de 1973; no ha lugar.)

A veces, el limitado recurso de casación, que con cierto carácter excepcional regula el artículo 1.695 L. E. C., permite al T. S. sentar doctrina interesante. Así ocurre en el presente caso en que el vendedor pretendía haber cumplido la sentencia con el otorgamiento de la escritura pública, y sostenía que el comprador tenía que interponer otro pleito para reclamar los frutos percibidos después de dicho otorgamiento. Nuestro más alto tribunal configura exactamente el derecho a los frutos del comprador como nacido inmediatamente de la perfección del contrato, y que nada tiene que ver con la *traditio ficta* o instrumental del otorgamiento de la escritura. Si tan anómala situación de finca no entregada se prolongase en el tiempo, no cabe duda que persistiría en el comprador el *ius fruendi* que le reconoce el artículo 1.468, 2. Sobre este artículo vide BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, tomo I, Madrid 1969, págs. 536 y ss.

G. G. C.

14. RESERVA DEL DERECHO DE SOBREELEVACIÓN: PRESTACIÓN DE CONSENTIMIENTO: *Habiéndose reservado por los primitivos dueños por mitades indivisas de un edificio, al tiempo de su división horizontal, un derecho de levante o sobreelevación, y vendido un piso por uno de aquéllos sin ceder tan derecho, antes bien, transcribiendo literalmente la pertinente cláusula en el contrato de compraventa, no puede el comprador oponerse a la ejecución de la obra alegando que no pueden realizarse las que afecten a los elementos comunes sin el consentimiento de todos los copropietarios, toda vez que, aun siendo este principio íntegramente aceptado por la sala, el Tribunal de Instancia interpretó el contrato de compraventa en el sentido de que el comprador, hoy recurrente, había otorgado su consentimiento al gravamen al acceder a que la vendedora se reservara íntegro el derecho de sobreelevación, derecho que lleva siempre consigo el de gravar elementos comunes.*

INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: EFICACIA DE LA CLÁUSULA RELATIVA A LA INTERVENCIÓN DE ARQUITECTO: *Es doctrina de esta sala que, cuando de interpretación de actos o contratos se trata, ha de aceptarse el criterio de la sala de instancia siempre que no sea absurdo o desproporcionado; lo que no ocurre en el presente caso, si se tienen en cuenta los razonamientos expuestos por la instancia que pueden resumirse en que el consentimiento, en el punto referente al derecho de sobreelevación por la vendedora, se otorgó en la cláusula cuarta del contrato de compra, sin condicionarlo a ningún evento ni a proyecto determinado ya confeccionado y, si bien en ella se hace una alusión al*

arquitecto señor X, sería desorbitar el efecto de la mención. darle el alcance de instituir a dicho señor en árbitro de la supervivencia o extinción del derecho reservado, para lo que bastaría, en la hipótesis del recurso, con que dicho señor no quisiera hacer el proyecto o lo proyectara de forma inaceptable. (Sentencia de 15 de diciembre de 1973; no ha lugar.)

15. CONTRATACIÓN CIVIL DE LAS CORPORACIONES LOCALES: ESCRITURA DE TRANSACCIÓN SOBRE DOMINIO DE MONTES REALIZADA POR AYUNTAMIENTO: COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA: *El Tribunal "a quo" no cometió el exceso de poder jurisdiccional que se denuncia, puesto que no todo acto que realicen las corporaciones locales tiene carácter estrictamente administrativo, ni debe ser enjuiciado como tal, en cuanto que la propia ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en su artículo 2.º reconoce que hay cuestiones atribuidas por la ley a otras jurisdicciones y, entre ellas, las de índole civil atribuidas a la jurisdicción ordinaria, dentro de las que tienen que incluirse los puros contratos civiles que, en cuanto tales, sólo pueden estar regulados por los preceptos de nuestro primer código sustantivo y enjuiciado por la jurisdicción ordinaria si se suscita discusión acerca de su validez.*

INCUMPLIMIENTO DE FORMALIDADES ADMINISTRATIVAS: *Si bien es cierto que las formalidades que dejaron de observarse son de naturaleza administrativa, pues se trataba de la autorización del Gobierno, previo informe del gobernador civil de la provincia (art. 85, 3, Ley Municipal de 1877), y de la forma de subasta pública para todo acto dispositivo de bienes patrimoniales del Municipio (art. 150 de la ley de 1935), o de referéndum si son bienes de aprovechamiento común o exceden del límite fijado en el artículo 94 de dicha ley (en relación con el decreto de 25 marzo 1938), actos que, como tales, tienen que tener la repercusión consiguiente en el marco del Derecho Administrativo; no es menos cierto que su proyección en el acto puramente civil que se lleva a cabo, sólo por la vía de esta jurisdicción puede ser dilucidada.*

INEXISTENCIA DE CONTRATO: *Como dijo la Sentencia de 13 mayo 1970, el alcalde-presidente que concurre al otorgamiento de una escritura de transacción, sin contar con los requisitos administrativos necesarios, no era portador de la voluntad colectiva, regular y legalmente formada de la Corporación, en cuyo nombre debía actuar, expresando un querer insuficiente para integrar desde el punto de vista del disponente que transige, el consentimiento del artículo 1.261 C. c., cuya falta de existencia lleva aparejada la consecuencia de que "no hay" contrato. (Sentencia de 7 de diciembre de 1973; no ha lugar.)*

Falta en la doctrina civilista un estudio a fondo de los requisitos administrativos de los contratos civiles, quizá por tratarse de una "zona de nadie" entre el Derecho público y el Derecho privado. En reglamentos y disposiciones de menor rango suele condicionarse con bastante frecuencia, y no siempre con clara justificación, la realización de actos y negocios de Derecho privado al cumplimiento de determinados requisitos administrativos. El tema está necesitado de estudios esclarecedores, tanto de civilistas como de administrativistas. Algunas indicaciones recientes en SANTOS BRIZ, *La contratación privada* (Madrid, 1966), págs. 305 ss.

16. DIFERENCIA ENTRE PRECONTRATO Y OPCIÓN DE COMPRA: NORMAS A APLICAR: *El artículo 1.451 del C. c., referido a la promesa de vender o comprar, no puede aplicarse al contrato de opción, del que le separa acusadas diferencias, teniéndose que regir por la normativa de las obligaciones y contratos en general.*

OPCIÓN DE COMPRA: CONGRUENCIA: FALTA DE PETICIÓN DE DECLARACIÓN DE INEFICACIA CONTRACTUAL: *Como tiene declarado reiteradamente el T. S., las sentencias que absuelven de la demanda, son siempre congruentes, al entenderse que resuelven todas las cuestiones planteadas en la litis, principio general que únicamente quiebra, precisamente, cuando el fundamento del fallo lo fuere una excepción no alegada en tiempo y forma hábil y no estimable de oficio; por lo que al entender el Tribunal "a quo" en la sentencia recurrida (por la que se absuelve a los demandados) que las pretensiones del actor estaban supeditadas a la declaración de ineficacia contractual del negocio jurídico que liga a las partes, y a la que no podía llegar por vedárselo el principio de la congruencia, puesto que no fue objeto de suplico en la demanda, ni cabe decir fuere planteado en el debate, determinando la confirmación del fallo de la sentencia de primer grado, la sentencia no es incongruente en los términos a los que se remite el ordinal 2.º del artículo 1.692 de la LEC, ni ha dejado de resolver pretensión alguna que hubiere sido formalmente deducida, con arreglo al número 3.º de dicho precepto. (Sentencia de 4 de abril de 1973; no ha lugar.)*

17. ARRENDAMIENTO DE PLAZA DE TOROS SOMETIDO AL CÓDIGO CIVIL: INCUMPLIMIENTO POR EL ARRENDADOR DE MANTENER AL ARRENDATARIO EN EL GOCE PACÍFICO DE LA COSA ARRENDADA: *La apreciación de si es de hecho o de derecho la perturbación que, como hecho, existió, obstaculizando al menos el cumplimiento del contrato, corresponde en función exclusiva al juzgador de instancia y no puede impugnarse de esta manera y en este momento, máxime cuando, al margen de elucubraciones científicas, el Tribunal "a quo" se apoya en datos concretos de la conducta del recurrente, que ponen de manifiesto el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el mismo.*

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: *La sentencia recurrida, al fijar los módulos para determinar la cuantía de la indemnización a que condena, no hace deducción, ni se basa en presunción de ningún género, por lo que no tenía que ajustarse a la pauta deductiva del artículo 1.253 C. c., en cuanto que toma en consideración solamente datos concretos y específicos con los que determina el "quantum" de aquélla. (Sentencia de 28 de junio de 1973; no ha lugar.)*

La perturbación consistió en el embargo de la recaudación por deudas del arrendador anteriores al contrato, ocultando la existencia del arrendamiento.

18. CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE EDIFICIO A PRECIO ALZADO: ALTERACIÓN DEL PRECIO: MUTUO ACUERDO: *El mutuo acuerdo deshace la teoría de la inmutabilidad del precio establecida por la Ley, para casos generales en que*

jalte, pues no puede suponerse que el no poder pedir tal aumento quiera decir que el aumento se prohíba, cuando haya aquiescencia del propietario.

VOLUNTAD CONTRACTUAL: PRUEBA: *Se requiere acudir al conjunto de todas las pruebas para establecer la voluntad de los contratantes.*

CUESTIÓN DE HECHO; PRUEBA: APRECIACIÓN POR LA AUDIENCIA: *Cuando se emplean argumentos que se apartan de la cuestión de hecho fijada por la Audiencia (al confirmar la sentencia del Juzgado), dejan al recurso reducido a una apreciación subjetiva del recurrente, que por ir en contra de lo establecido por la Sala, le hacen que haya de ser desestimado.*

RECURSO DE CASACIÓN; DISTINCIÓN ENTRE EL "HECHO" Y EL "DERECHO", *La distinción entre el "hecho" y el "derecho", pese a que algunas veces ofrezca cierta dificultad, es fundamental para el recurso de casación y debe atenderse con cuidado en la redacción del mismo, y por ello: 1.º Cuando sólo se citen los preceptos que amparan los números primero a sexto del artículo 1.692 de la LEC, los hechos habrán de respetarse escrupulosamente, sin pretender la modificación de los mismos; 2.º Si quiere alterarse el resultado de la prueba, debe usarse el número 7.º del mismo artículo, en cualquiera de los medios que el mismo establece, bien alegando error de derecho, con cita del precepto legal en que se apoye, o error de hecho en las circunstancias y requisitos que el precepto legal exige. De no hacerse así deberá prevalecer el resultado fáctico proclamado en la instancia. (Sentencia de 27 de abril de 1973; no ha lugar.)*

19. SOCIEDAD CIVIL PRIVADA: EJECUCIÓN DE SENTENCIA; NOMBRAMIENTO DE UN COMISARIO: *La posibilidad de encargar a un comisario la realización de la distribución de pérdidas y ganancias entre los socios, establecida por el artículo 1.690 del C. c., es perfectamente aplicable a la ejecución de sentencia, ya que el cumplimiento voluntario de lo impuesto por aquélla no es contrario a su naturaleza, la que tampoco se modifica por el hecho de que los interesados den al comisario la denominación de árbitro y adopten las garantías que crean conveniente para su designación y actuación, utilizando una terminología impropia o inadecuada a la finalidad y a la institución queridas por las partes.*

CUESTIÓN DE HECHO: FORMALIDADES PARA SU IMPUGNACIÓN: *Cuando los hechos no han sido impugnados en forma por la vía del error de hecho, o de derecho en la apreciación de la prueba, hay que tenerlos como inmovibles. (S. de 18 de mayo de 1973; no ha lugar.)*

20. SOCIEDAD IRREGULAR A PARTES IGUALES: PETICIÓN PROCESAL IMPLÍCITA: *Aunque la demanda originaria de los autos soslaya la petición expresa relativa a que se declare que entre actor y demandado ha existido una sociedad irregular a pérdidas y ganancias por iguales partes, sin embargo, la prespone como petición previa a las que formula, ya que no se puede postular que se tenga por verificada una rendición de cuentas que presenta quien se titula miembro de ella, sin que esta sociedad haya existido, ni tampoco se puede pedir que la contraparte rinda cuentas, ni reponga fondos sociales,*

ni que se tenga por disuelta y se proceda a su liquidación, si, previamente, no ha existido tal sociedad.

ERROR DE DERECHO: PRUEBA DE CONFESIÓN: *La sentencia recurrida se basa en que no se ha acreditado la existencia de una sociedad irregular entre demandante y demandado, cuando la confesión judicial prestada por éste reconoce la existencia de una sociedad bilateral o negocio parciario entre ambos.*

INEXISTENCIA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: *La sentencia recurrida interpreta con error la doctrina jurisprudencial sobre litisconsorcio pasivo necesario, dándole un alcance que no tiene, pues lo que el actor pretende en su demanda es que se declare que entre él y el demandado ha existido una sociedad irregular en la que pérdidas y ganancias se habían de partir por mitad, que se declare disuelta la misma y que se rindan cuentas mutuamente los socios, presentando ya las suyas al demandado y solicitando se le apruebe tal rendición; todo ello sin perjuicio de que en las cuentas presentadas, o que se presenten, figuren terceras personas físicas o jurídicas que hayan intervenido en las operaciones que haya realizado la sociedad, en concepto de compradores, vendedores, suministradores, fiadores o avalistas, o en cualquier otro que no sea el de socio o miembro del negocio parciario, cuya existencia se discute, ya que para esos tales la cosa juzgada que comporta la sentencia que se dicte en este proceso resulta ajena e inoperante; en otro caso habría que demandar a todos cuantos aparecen como intervinientes en cualquiera de las operaciones realizadas por aquella sociedad, incluso a las entidades bancarias depositarias o administradoras de los fondos sociales, y a las compañías suministradoras de mercancías o servicios que aparezcan afectadas o relacionadas en los asientos de las cuentas presentadas.*

RENDICIÓN DE CUENTAS: CARGA DE LA PRUEBA: *Para que sean aprobadas las cuentas presentadas por el actor, tenía que acreditar cumplidamente que todas o parte de las cuentas que presenta se refieren, precisamente, a operaciones concretas realizadas en beneficio de la sociedad que formaba con el demandado, lo que no ha probado.*

OBLIGACIÓN RECÍPROCA DE RENDIR CUENTAS: *Debe ser estimada la pretensión del actor de que el demandado rinda cuentas, porque admitido que entre ambos ha existido una sociedad irregular de pérdidas y ganancias, y que uno y otro han realizado diferentes operaciones en beneficio de ella, por analogía con el artículo 1.720 del Código civil, y en atención a que se solicita condena contra el demandado, éste deberá ser compelido judicialmente a rendir cuentas referidas al período de duración de la sociedad y a reponer en el fondo común las cantidades que resultare adeudar a la misma, las cuales se determinarán en ejecución de sentencia.*

INTERESES MORATORIOS: NO PROCEDEN: *Según reiterada jurisprudencia no puede condenarse al demandado a que satisfaga el interés legal de las cantida-*

des resultantes de la rendición, por ser ilícida la cantidad y tener que determinarse en el litigio. (Sentencia de 26 de mayo de 1973; ha lugar.)

COMENTARIO: Si todos los litigios que versan sobre liquidación de sociedades de hecho ofrecen gran complejidad en su prueba, hay que destacar en el presente el minucioso y preciso análisis que el quinto considerando de la sentencia de casación contiene de la prueba de confesión del demandado, de la que deduce hasta nueve circunstancias acreditativas de la existencia de la sociedad irregular base de la demanda, notable por lo infrecuente en las decisiones de nuestro más Alto Tribunal. Asimismo es de destacar la apreciación integradora que hace del suplico de la demanda, para obtener del mismo un contenido implícito que impide una eventual acusación de la incongruencia. Por lo demás no ofrece ninguna duda la inexistencia de litis-consorcio pasivo que la sentencia de instancia había estimado.

(G. G. C.)

21. PRÉSTAMO USURARIO: FACULTADES DE LOS TRIBUNALES, INCLUSO DEL TRIBUNAL SUPREMO, PARA FORMAR LIBREMENTE SU CONVICCIÓN: *Los motivos ambos basados en error de hecho en la apreciación de las pruebas, en el desarrollo normal del recurso de casación no podrían en modo alguno prosperar, con sólo tener en cuenta que el primero se sustenta en las certificaciones expedidas por determinados Bancos referentes a la falta de numerario del demandado en ellas depositado en las fechas de referencia, que carecen de la cualidad de documentos auténticos a efectos de casación, conforme a la constante Jurisprudencia de esta Sala; y el segundo, porque se extiende a un examen exhaustivo de toda la prueba practicada, tratando de convertir el recurso en una tercera instancia, que tampoco es lícito en el actual estado del procedimiento.*

Sin embargo, de lo anteriormente expuesto, y contemplado como se contempla el caso especial que regula la Ley de 23 de julio de 1908, para la represión de la usura, que en el artículo 2.º concede a los Tribunales el libre arbitrio para apreciar la existencia y persecución de préstamos ilícitos y contrarios a su carácter social, mediante el estudio de las probanzas y de las alegaciones de las partes, la doctrina de esta Sala, contenida en numerosas sentencias a más de las alegadas en el recurso, ha declarado que en el recurso de casación puede entrarse en el examen de las pruebas y formar este Tribunal libremente su convicción sobre la realidad de ser o no usuario el préstamo; pero claro está que ello había de derivarse de elementos que demuestran la equivocación del juzgador de instancia, cuyo criterio en principio y como más objetivo que el del recurrente debe estimarse acertado.

Y habida cuenta que, como se hace constar en la resolución impugnada, del estudio de dichas alegaciones y pruebas y aun cuando concurra alguna circunstancia extraña o poco corriente, lo cierto es que no se ha logrado acreditar cuál fuera en realidad la cantidad recibida por el demandante, y por ende falta la premisa principal para determinar si se ha entregado menor suma de la reseñada y si en deducción los intereses convenidos son o no usurarios; es evidente que se carece de elementos suficientes para estimar errónea la apreciación de las pruebas por la sentencia recurrida y lograr la convicción de que se entregó menor cantidad que la convenida.

CASACIÓN: ARTÍCULO 1.214 C. c.: *Como tiene declarado esta Sala, el artículo 1.214 C. c. es un precepto de carácter genérico y debe alegarse en unión de otros de tipo específico, máxime en casos de libre apreciación de la prueba, como el presente.*

PRUEBA: APRECIACIÓN CONJUNTA: *La sentencia no se basa en la prueba de presunciones, y deduce su convicción de la apreciación conjunta de los elementos probatorios y de las alegaciones de las partes. (Sentencia de 25 de febrero de 1971; no ha lugar.)*

22. PRÉSTAMO USURARIO: FACULTADES DE LOS TRIBUNALES PARA FORMAR LIBREMENTE SU CONVICCIÓN: *Si bien es cierto que conforme al artículo 2.º de la Ley de 23 de julio de 1908 se faculta a los Tribunales para resolver, en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes, ello no impide tengan en cuenta al dictar su fallo las pruebas practicadas en autos.*

CASACIÓN: ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Los invocados documentos ni tienen la cualidad de auténticos, a los mencionados efectos, por haber sido objeto de apreciación por el juzgador, ni evidencian, no ya en forma notoria, sino aun indiciariamente, nada que contradiga lo declarado en la sentencia recurrida, ni en lo más mínimo pueden prevalecer contra el literal, claro y terminante contexto de las cláusulas de la escritura de préstamos.*

PRUEBA DE PRESUNCIONES: *No puede decirse se haya violado el artículo 1.253 C. c. como se esgrime en el motivo segundo, articulado por la propia vía (del número 1 del artículo 1.692 LEC), al no haber hecho el juzgador uso de la prueba de presunciones.*

CASACIÓN: NO CABE INVOCAR PRECEPTOS FISCALES: *No puede invocarse en casación preceptos de carácter fiscal. (Sentencia de 23 de marzo de 1971; no ha lugar.)*

23. PRÉSTAMO USURARIO: DOCTRINA GENERAL: *El artículo 9.º de la Ley especial determina que lo dispuesto por ella se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido; pero este precepto no puede entenderse en el sentido de aplicar la sanción de aquella Ley a cualquier contrato en que se invoque su protección, sin cumplir el deber de suministrar al juzgador elementos alegatorios o probatorios que lleven a su ánimo el convencimiento de que tal contrato está incurso en la sanción de la Ley, ya que de otro modo quebraría el principio de la seguridad jurídica, que es base esencial de la contratación. (Sentencia de 21 de diciembre de 1973; no ha lugar.)*

24. DAÑOS POR INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: *Habiendo acogido la instancia la pretensión de resolución del contrato que obligaba a las partes, por incum-*

plimiento de una de ellas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código civil, y demostrada la realidad y cuantía de los daños ocasionados, procede la condena de éstos, sin que el concepto "daños" pueda quedar subsumido en el de intereses y costas a que se alude en el pronunciamiento anterior de la propia sentencia.

SOLIDARIDAD EN CONDENA: REPARACIÓN DE DAÑOS: *En las acciones de rescimiento por incumplimiento de contrato, la condena de reparación ha de alcanzarse indiscriminadamente a todos los que lo otorgaron.* (Sentencias de 25 de mayo de 1956 y 20 de mayo de 1959.)

INCONGRUENCIA: DESESTIMACIÓN TOTAL: *La jurisprudencia del T. S. tiene establecido que la sentencia totalmente desestimatoria de una pretensión, bien sea de la demanda o de la reconvención, resuelve todos los problemas propuestos en la pretensión.* (Sentencia de 5 de enero de 1974; ha lugar.)

25. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: DAÑOS EN CABLE COAXIAL DE LA TELEFÓNICA: ALTERACIÓN DE SU SITUACIÓN SIN COMUNICACIÓN AL DUEÑO DEL TERRENO: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL DUEÑO DEL TERRENO Y DEL DUEÑO DE LA MÁQUINA EXCAVADORA: IMPROCEDENCIA DE APLICAR LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA: *Si el cable fue instalado por la Compañía Telefónica a profundidad inferior a la especificada en el plano, sin hacer constar en éste tal modificación, ni advertir de ella al propietario del terreno, no procede declarar la responsabilidad civil del dueño de la excavadora que, al hundirse en el suelo por su peso, ocasionó daños en el cable al realizar obras de aplanamiento y alisado del terreno, ni tampoco la del dueño del terreno por no haber advertido a aquél de la existencia del cable, ya que tal obligación no es exigible cuando por actos de la propia Compañía Telefónica podía confiar en que las obras de explanación y edificación no habrían de producir en él menoscabo alguno, sin que pueda entrar en juego la doctrina jurisprudencial sobre presunción de culpa y requisitos que debe reunir la prueba en contrario, y sobre la evolución del sistema subjetivista de la culpa.* (Sentencia de 9 de noviembre de 1973; no ha lugar.)

Cabe destacar en la presente sentencia, de que ha sido ponente el excelentísimo señor don Julio Calvillo Martínez, el exquisito cuidado con que se extractan en el segundo considerando los hechos relevantes del pleito en orden a la acción ejercitada. En primera instancia se absolvió al propietario de la excavadora y se condenó al dueño del terreno; en apelación se desestimó íntegramente la demanda. El dueño del terreno solicitó de la Telefónica el desplazamiento de dicho cable coaxial—de gran importancia para las comunicaciones entre Madrid y Barcelona y con el extranjero—, a fin de poder edificar, acompañando plano de las obras que proyectaba: la Telefónica accedió a ello y sus propios técnicos redactaron un plano en el que el cable se instalaba a una profundidad de seis metros cuarenta centímetros: los empleados de la Compañía hicieron la instalación a una profundidad de cuatro metros noventa y seis centímetros sin advertirlo al dueño del terreno y sin

que estuviera señalizada de alguna forma en el terreno; las obras no eran de excavación, sino de pulimentado, consistente en el aplanamiento y alisado del terreno previamente nivelado. La absolución de los demandados aparece claramente justificada, siendo de destacar la exclusión de las nuevas formas de responsabilidad con base en la inversión de la carga de la prueba, de la presunción de culpa o de la culpa objetiva. En el caso concreto no se habían invocado en la demanda tales doctrinas, y, además, hubiera resultado poco equitativo si se comparan las respectivas posiciones económicas entre la entidad demandante y las partes demandadas.

(G. G. C.)

V. Derecho de familia

1. ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *La probanza que se invoca, consistente en una certificación expedida por el Director General de la Ciudad Sanitaria de la Seguridad Social, no es documento auténtico a efectos de casación, ya que ni expresa la persona que dio los datos de filiación de los dos niños recién nacidos, ni contradice los hechos afirmados por la sentencia recurrida.*

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: PRUEBA DE PERITOS: *Según conocida y reiterada doctrina de esta Sala, la prueba pericial está sometida a la discrecional apreciación del Juzgado de Instancia, sin que contra su apreciación quepa recurso alguno.*

IMPUGNACIÓN DE LEGITIMIDAD: ARTÍCULO 110 DEL CÓDIGO CIVIL: *Justificada la imposibilidad física del demandante para haber tenido acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento de los dos hijos que su esposa dio a luz el mismo día de celebración del matrimonio, y asimismo que el conocimiento que aquél tenía, antes de casarse, del tiempo de embarazo de su mujer era erróneo y que cuando trasladó e ingreso a los recién nacidos en la Ciudad Sanitaria no conocía con exactitud las circunstancias del caso, desatendiéndose en seguida de las criaturas y de su esposa, han de decaer los motivos del recurso que acusan violación del artículo 110, párrafos 1.º y 3.º, y aplicación indebida del artículo 108 del Código civil. (Sentencia de 9 de junio de 1973; no ha lugar.)*

NOTA: Se trata de un supuesto realmente insólito en el que la noche misma del día en que se celebró el matrimonio la mujer dio a luz a dos gemelos.

El marido, que había ya obtenido la dispensa de su matrimonio por rato y no consumado, impugna la legitimidad de los dos niños, oponiendo la esposa que concurría en el supuesto las circunstancias 1.ª y 3.ª del artículo 110 del Código civil. Parece evidente que cualquiera que sea la calificación de los hijos nacidos en los ciento ochenta primeros días del matrimonio y la naturaleza de la presunción del artículo 110, esta presunción no puede tener más fuerza que la contenida en el artículo 108 y que, por tanto, cabrá siempre al menos impugnarla, probando la imposibilidad física de acceso que establece el párrafo segundo de este último artículo.

En cambio, no es seguro que pueda tener éxito por sí sola la impugnación basada en el hecho de demostrar la creencia errónea del marido de ser el causante del embarazo de su mujer, ni tampoco que la conducta del marido, después de haber reconocido tácitamente como hijo suyo al nacido, haya sido contradicha por actos posteriores. Esto último supondría una transgresión inadmisibles de la prohibición del "venire contra factum proprium"; y lo primero, pese a que parezca la solución más justa, no se conforma muy bien con la letra del artículo 110, cuya regla 1.^a habla sólo de "haber sabido el marido, antes de casarse, el embarazo de su mujer"; y no de haberse creído el marido el causante de tal embarazo. Véase, no obstante, la posición de RIVERO HERNÁNDEZ (*La presunción de paternidad legítima*, Tecnos, 1971, páginas 339 y siguientes).

2. DOCUMENTO PRIVADO: SU EFICACIA PROBATORIA: *La autenticidad de un documento privado puede surgir tanto de su reconocimiento expreso como tácito, pero no hay tal reconocimiento tácito cuando el demandado, luego de rechazar paladinamente la legitimidad de las cartas, vertió ciertos comentarios sobre ellas en los escritos de contestación, dúplica y conclusión para oponer que ni la actora ni su madre podían ser las destinatarias de aquéllas; lo que hizo en observancia del principio de eventualidad que, como derivado del de preclusión, le forzaba a utilizar de una sola vez todos los medios de defensa disponibles, como medida de previsión.*

DOCUMENTO PRIVADO: SU EFICACIA PROBATORIA: *El artículo 1.225 no priva de todo valor a los documentos privados no reconocidos legalmente, si se han averdado por otros medios, pero en el presente caso falta tal averdación, pues intentada mediante el contejo de letras y la prueba pericial caligráfica no llegó a practicarse por causas imputables a la propia actora.*

DOCUMENTO PRIVADO: SU EFICACIA PROBATORIA: *Si bien el documento privado no impugnado ni reconocido ni averdado legalmente puede ser tomado en consideración por el juzgador como elemento probatorio suficiente para apreciarlo en unión de otros elementos de juicio, esta estimación conjunta no está sujeta a ningún canon probatorio, quedando al margen de la casación por la vía del error de derecho en la apreciación de la prueba, que prevé el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN NATURAL: ESCRITO INDUBITADO: *La anterior doctrina se refuerza ante lo dispuesto en el artículo 135, número 1.º, del Código civil, pues no puede afirmarse que estén exentas de duda, en orden a su autoría, unas cartas cuya genuinidad está rechazada de manera explícita por el hoy recurrido y cuya autenticidad no ha logrado acreditar el presentante de ellas, a quien incumbía hacerlo.*

POSESIÓN DE ESTADO DE FILIACIÓN NATURAL: *Los únicos hechos probados, cuales son que el demandado fue testigo de la inscripción en el Registro civil de nacimiento de la actora, padrino de la boda de ésta y del bautismo de su primer hijo, es obvio que no integran la posesión continua del estado de hijo natural a que se refiere el artículo 135, 2.º, del Código civil, cualquiera que sea*

la orientación que deba adoptarse para la exégesis del citado precepto. (Sentencia de 13 de julio de 1973; no ha lugar.)

3. ALIMENTOS A MUJER SEPARADA CONVENIDOS EN DOCUMENTO PRIVADO: COMPETENCIA TERRITORIAL: *Según la regla 1.ª del artículo 62 LEC, fuera del supuesto de sumisión expresa, inexistente en el presente caso, será Juez competente para conocer de los juicios que se promuevan en el ejercicio de acciones personales, en que lo sea del lugar donde ha de cumplirse la obligación, en el presente caso Córdoba, por el doble concepto de ser el fijado en el contrato al haber establecido allí su residencia la actora y ser el aceptado en los escasos giros que se enviaron en cumplimiento del documento privado, ya que en casos de transferencia se estima como el lugar de pago, no el de imposición, sino el de recepción.* (Sentencia de 13 de octubre de 1973.)

4. DEFECTO DEL RECURSO: *La infracción denunciada del artículo 142 del Código civil, fundada en unos hechos distintos de los fijados en la sentencia que se recurre, sin expresar la infracción cometida ni el concepto en que lo fuere y sin haberse pretendido combatir las afirmaciones fácticas que constituyen la base de aquella resolución por el cauce procesal adecuado, obliga a hacer declinar este motivo del recurso.*

DEFECTO DEL RECURSO: *La involucración en un mismo motivo de infracciones de distinta naturaleza incurre en el defecto de precisión que señala el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

ALIMENTOS DEFINITIVOS Y CAUSA DE DESHEREDACIÓN: *La no aplicación que se denuncia, del artículo 152, número 4.º, del Código civil, parte de una base fáctica que debería haberse impugnado por la vía procesal adecuada, puesto que la sentencia recurrida afirma que las frases injuriosas de la esposa separada fueron proferidas contra personas extrañas y no contra el esposo de la demandante.* (Sentencia de 12 de mayo de 1973; no ha lugar.)

VI. Derecho de sucesiones

1. DERECHOS DEL CÓNYUGE VIUDO: NATURALEZA: IMPROCEDENCIA DEL CONSORCIO PASIVO NECESARIO CUANDO LOS HEREDEROS EJERCITEN ACCIONES PROPIAS: *El cónyuge viudo tiene, por su cuota viudal, un simple derecho de crédito, según le reconoce el artículo 839 del C. c.; en una palabra, que propiamente no es heredero y por ello no debe ser llamado al pleito en que se ejerciten acciones cuyo cumplimiento corresponda sólo a los herederos.*

INCONGRUENCIA: PETICION GENERAL DE GASTOS: INCLUSIÓN EN ELLOS DE LOS GASTOS DE PROTESTO: *El fallo no otorga más de lo pedido cuando se conceden los gastos de protesto, atendida la petición de la demanda de que se abonen "cuantos gastos y costas se produzcan en el procedimiento ejecutivo"* (Sentencia de 9 de enero de 1974; no ha lugar.)

VII. Arrendamientos especiales

1. INTERPRETACIÓN DE CONTRATO DE ARRIENDO A EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN DEL MISMO; CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN: REVISIÓN EN INJUSTICIA NOTORIA: *Si el contrato no ofrece la claridad necesaria para determinar, por la simple literalidad de sus términos la voluntad real de los contratantes en orden al exclusivo destino de lo arrendado, al no derivar la voluntad real, a la que hay que dar preferencia sobre la declarada, surge la necesidad de utilizar la investigación en sus diversas manifestaciones para lograr la prevalencia de la intención sobre lo declarado; al no hacerlo así el Tribunal "a quo" y denunciada la infracción de los artículos 1.281 y 1.282 del C. c. al amparo de la causa 3.^a del artículo 136 LAU procede dar lugar al recurso sentando la interpretación correcta del contrato.* (Sentencia de 31 de enero de 1973; ha lugar.)

NOTA: En el contrato de arriendo discutido, la parte arrendataria fue autorizada para instalar en el piso arrendado un negocio de peluquería, sastretería o similares, y por tal concepto depositó, en el acto de otorgamiento del contrato, la cantidad de dos meses de alquiler en concepto de garantía "según la Ley", quedando facultada la inquilina para realizar en el local arrendado obras de acondicionamiento y embellecimiento, pactándose igualmente que, "transcurrido un término prudencial..., el contrato y su alquiler serían renovados por otros, que se fijarían según las circunstancias del momento, abonando asimismo la diferencia de fianza y reintegro y gastos del nuevo contrato". La audiencia entendió que era claro que lo pactado constituía un arriendo de local de negocio, y por entender producida la transformación en vivienda, dio lugar a la resolución del arriendo. El Tribunal Supremo, por el contrario, coincidiendo con el criterio del Juzgado de Primera Instancia, no da lugar a la demanda por entender que, admitido por la propia parte actora, que el local no fue destinado a ninguno de los negocios para los cuales fue arrendado y acreditado, que siempre se utilizó como vivienda, no cabe hablar de cambio de destino causante de resolución. Resulta en cierto modo sorprendente el criterio de esta Sentencia del Tribunal Supremo por mostrar una orientación inquilinista" que no es fácil encontrar en nuestro más alto Tribunal, y, por otra parte, por la resolución con la que se rechaza la interpretación del contrato dado por la Audiencia, a pesar de que tal interpretación, aún siendo ciertamente discutible, no puede decirse que sea manifiestamente ilógica y arbitraria.

J. P. P.

2. UNIDAD O PLURALIDAD DE CONTRATOS ARRENDATICIOS: INTERPRETACIÓN: *Si los actos anteriores de las partes tendieron a incorporar, al primitivo contrato, el espacio que ocupaba un patio, y los simultáneos y posteriores, contribuyeron a integrarlo en el establecimiento comercial que ya venía explotando y a formar con él un todo, con unidad física económica y de función, con sus anexos unidos con comunicación entre ellos para un desarrollo conjunto de actividades y lo confirma la realización de obras en el patio, armónicas con el resto del establecimiento, que se presenta con absoluta uniformidad, sin que se formalizara nuevo contrato de arriendo por esa incorporación, al objeto primitivamente arrendado, y si la Sentencia proclama que el móvil de los demandados fue con la aquiescencia de los arrendadores, incorporar el objeto para un desarrollo conjunto de actividades y que tal unión existe físicamente, pues hay comunicación entre ambos locales, no cabe sostener, lógicamente, que resta indemostrada una causa o fin próximo de las partes tendente a integrar*

un solo contrato. No obsta a la unidad de contrato el que haya diversidad documental, fechas distintas, e incluso dualidad de recibos, porque el dato esencial para determinar si hay unidad de contrato no estriba en que se haya instrumentado en uno o varios documentos, sino en la verdadera unidad del objeto arrendado, cuya unidad se caracteriza por razones arquitectónicas y por razones de destino o fin, en el sentido orgánico y funcional. (Sentencia de 24 de mayo de 1973; ha lugar.)

3. CALIFICACIÓN DEL ARRIENDO DE LOCAL DESTINADO AL EJERCICIO DE PROFESIÓN DE GESTOR ADMINISTRATIVO: *El contrato, por virtud del cual, se adquiere, por tiempo determinado y precio cierto, el uso o goce de una oficina para ejercer en ella la profesión de gestor administrativo, no se rige por las normas referentes al arrendamiento de local de negocio ni le es aplicable el artículo 5 número 2 de la LAU, porque: a) su titular no se vale de la locación para destinarlo a industria, comercio o enseñanza con fin lucrativo, pues no lo destina a producción, cambio o venta de mercancías; b) porque el título, en virtud del que se ejerce la profesión de gestor, es intranferible a efectos de subrogación de contrato, y c) porque, aunque la gestoría tenga fin lucrativo, no está incluida entre las que se indican en el final del artículo 5 número 2 apartado 3. El contrato en cuestión escapa del ámbito de aplicación del artículo 60 de la LAU para encajar, en cuanto al supuesto de fallecimiento del arrendatario en el número 3 del artículo 58 LAU, porque la profesión facultativa y colegiada a que se refiere no puede entenderse limitada a las que exigen título universitario, sino que se extiende a todas aquellas cuyo desempeño requiere hallarse en posesión de un diploma expedido por un Centro Oficial de cualquier grado y la colegiación de su titular en el órgano profesional correspondiente.* (Sentencia de 6 de octubre de 1973; no ha lugar.)

J. P. R.

4. CALIFICACIÓN DE ARRIENDO: REFERENCIA AL MOMENTO INICIAL DEL CONTRATO: *La calificación del arriendo ha de hacerse por el concepto que lo arrendado tenía al hacer el contrato y no por las variaciones que, por la sola intervención del arrendatario, haya podido experimentar después.*

ARRIENDO PARA ALMACENAJE, CARÁCTER DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL: COMPETENCIA OBJETIVA: *Estimado solar lo arrendado, es competente, para entender de la litis, el Juzgado de Primera Instancia, porque almacenar en lo arrendado carbones y madera, con camiones al servicio de tal actividad, es actuación de tipo mercantil que da a lo arrendado el carácter de establecimiento mercantil.*

NOVACIÓN: *No es extintiva la novación si la modificación del contrato no representa la desaparición del anterior; la determinación de la existencia de los hechos determinantes de la novación es facultad de la sala "a quo" si no se impugna eficazmente.* (Sentencia de 16 de febrero de 1973; no ha lugar.)

J. P. R.

4 bis. CALIFICACIÓN DEL ARRENDAMIENTO: *La determinación, de cuál fue la voluntad de las partes, al acelerar el contrato de arriendo, en orden a la*

finalidad u objeto del mismo, puede deducirse de la conducta de las personas intervinientes, subsiguiente a la celebración del contrato, en relación con el destino que se dio al local.

VALOR PROBATORIO DE LOS RECIBOS DE PAGO DE LA RENTA: *Los recibos de pago de la renta lo único que pueden acreditar es el pago de la renta que es lo que motivó su extensión.* (Sentencia de 26 de febrero de 1973; no ha lugar.)

NOTA: Se había pretendido por el recurrente demostrar el error, en cuanto a la calificación, por los recibos de alquiler; la Sala 1.^a del Tribunal Supremo dice que tales recibos son inoperantes al efecto pretendido, por la razón de que la causa de su expedición es acreditar el pago de la renta y porque la mayoría de los recibos en cuestión nada indican en relación a las características del local y sólo en tres de ellos se hace constar la palabra almacén, aunque con falta de uniformidad en cuanto al texto y redacción de los distintos recibos. En rigor no puede decirse, con carácter general, que el recibo sólo sirve para acreditar el pago de la renta, pues en el mismo puede contenerse elementos de juicio que, a veces por sí solos, y otros en combinación con el resto de la prueba, puedan acreditar o la propia existencia de un contrato concertado en forma verbal o algunas de las características del mismo.

5. ALCANCE DE CLÁUSULA SOBRE OBRAS PARA EL MEJOR USO DE LA COSA ARRENDADA: *A la cláusula contractual que establece que serán de cuenta del arrendatario todas las obras que hiciere o necesitare para el mejor uso de la cosa arrendada sin que pueda exigir por las mismas, ni por mejoras, indemnización alguna a la propiedad, no puede dársele lógicamente otro alcance que el de transferir o asumirse por el arrendatario la obligación, que compete al arrendador, conforme al número 2 del artículo 1.554 del C. c., que recoge el artículo 107 de la LAU —de realizar obras o reparaciones necesarias de mantenimiento y conservación—, desplazamiento de obligaciones no prohibido ni por la legislación común ni la especial de la LAU; dar otra interpretación a la indicada cláusula sería quitar a la misma su justificación, ya que cualquier otra finalidad de interés particular del arrendatario en cuanto a realización de obras se halla cubierto por otra cláusula contractual que faculta al arrendatario para efectuar, por su cuenta, las obras que estime necesarias o convenientes, siempre que no afecten a la solidez del local, obras que sin duda hacen referencia a las necesarias o más convenientes para la instalación de sus oficinas o servicio. Las obras a que se refiere esta última cláusula puede realizarlas o no a su conveniencia el arrendatario, pero las aludidas en la primera son impuestas por un convenio de traslación de obligación, constituyendo su ejecución, en los supuestos a que alcanza, una obligación cuyo incumplimiento le sujeta a las responsabilidades legales que de ello pueden derivarse.*

RESOLUCIÓN DE OBRAS POR DATOS: DAÑOS SUPUESTAMENTE DOLOSOS: *Si bien ha existido polémica alrededor de la distinción entre la culpa y el dolo, sin embargo, en la Sentencia de 9 de marzo de 1962 se establece que, no obstante, la dificultad de deslindar las fronteras del dolo y la culpa y la imposibilidad de fundar aquél exclusivamente en la intención de dañar, lo que lo asimilaría*

al dolo penal, la jurisprudencia, sin perjuicio de considerar en todo caso como dolosos los daños producidos con malicia o intención deliberada de causarlos, ha admitido también la posibilidad de dicha calificación cuando exista una voluntad deliberada rebelde al cumplimiento de una obligación de cuya omisión derivan los daños, aunque falta la intención directa de dañar o perjudicar y asimismo la Sentencia de 31 de enero de 1968 sostuvo que el dolo civil determinante de la resolución de un contrato de arriendo coincide con la mala fe, para cuya existencia no se requiere la intención de dañar, bastante infringir, de modo voluntario, como en el supuesto de autos, el deber jurídico que pesa sobre el deudor con la conciencia de que con su conducta realiza un acto antijurídico, debiendo entenderse dolosamente queridos los resultados que, aun sin ser intencionalmente deseados, sean consecuencia necesaria de la acción, por lo que es evidente que la conducta de la sociedad demandada omitiendo el cumplimiento de la obligación contractual derivada de la cláusula 6.^a del contrato de arriendo ha sido causa del lamentable estado de conservación y abandono del inmueble arrendado y existencia de los daños, conducta que debe calificarse como dolosa, como lo hace la Sentencia de instancia, pues los daños no sólo pueden producirse por acción, sino también por omisión, cuando el incumplimiento de obligaciones contractualmente asumidas es causa de aquellos, concepto el de la omisión, como generadora de responsabilidad, que no es extraño ni al campo del Derecho penal ni al del civil. (Sentencia de 27 de abril de 1973; no ha lugar.)

NOTA: De verdadera gravedad es la doctrina de esta Sentencia, que al extender de modo desmesurado el campo de aplicación de los daños "dolosos", puede contribuir más y más a aumentar el confusioismo interpretativo de la LAU al desbordar los límites perfectamente definidos del dolo clásico —basado en la intencionalidad— y entrar en el movedizo terreno de la culpa asimilada al dolo. La cláusula sobre desplazamiento al arrendatario de la obligación de conservar y reparar la cosa arrendada no es tan diáfana, ni mucho menos como pretende el T. S. y no incide de modo decisivo en el campo de aplicación de la causa de resolución por daños; es evidente que sólo los daños queridos por el arrendatario son los que determinan la resolución y si se decreta ésta en base a daños derivados del abandono o incuria del arrendatario se desnaturaliza fundamentalmente la norma de la LAU, y no se diga que la voluntad de las partes materializada en la cláusula indicada es la que en definitiva causa la resolución contractual, ya que ello supondría ampliar el número de causas de resolución previstas en la LAU, que, como repetidas veces se ha dicho, por el Tribunal Supremo constituye un *numerus clausus*. En suma, doctrina sin clara base legal y peligrosísima para la seguridad jurídica muy quebrantada en el campo de aplicación de la LAU.

J. P. R.

6. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS URGENTES: OBLIGACIÓN DEL ARRENDADOR: NATURALEZA DE LA ACCIÓN: Según el artículo 107 de la LAU las reparaciones son de cuenta del arrendador, que ha de mantener el local en condiciones de servir para el uso convenido, hasta tal punto que el artículo 110 llega a autorizar al arrendatario para que haga las obras urgentes por cuenta de la propiedad, así como a que el hecho de no realizarlas puede dar lugar, bajo opción del inquilino, según los artículos 115 y 116 de la misma Ley, a resolver el contrato o a exigir que se realicen, y siendo cierto (hechos

no combatidos de la instancia) que por abandono de la propiedad se había desplomado la techumbre de parte del local arrendado, con lo cual se impedía el normal uso del resto para la finalidad a que estaba dedicado, de este hecho surge la ineludible obligación de reparar del propietario del inmueble, estándole viva la acción del inquilino para reclamarlo mientras, por el transcurso del tiempo, no prescriba a los quince años, por tratarse de acción personal.

ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO; OBRAS URGENTES; NECESIDAD DE PONERLAS EN CONOCIMIENTO DEL PROPIETARIO; PRESUNCIONES; DENUNCIA DE RUINA ANTE EL AYUNTAMIENTO: *Si bien es verdad que la LAU exige del arrendatario la diligencia de poner en conocimiento del propietario la necesidad de toda reparación urgente y la instancia niega que se haya practicado tal actividad, es lo cierto que al afirmarlo, la instancia viola la técnica deductiva prescrita por el artículo 1.253 del C. c., partiendo del hecho, que da como probado, de que el inquilino, varios años antes de presentar su demanda, había acudido al Ayuntamiento a denunciar la ruina de parte del inmueble, denuncia que motivó la resolución administrativa que ordena al propietario acabar de demoler la parte afectada o reconstruirla, afirmación de la que, en buena lógica, no cabe deducir la falta de notificación a la propiedad, no sólo porque es de presumir que fue comunicado antes al propietario, sino porque ante la afirmación de que a través del Ayuntamiento llegó a él la noticia de la ruina parcial del inmueble, no puede argumentarse (como hace la sentencia impugnada) tomando como base el silencio del inquilino. (Sentencia de 14 de marzo de 1973; ha lugar.)*

7. ARRENDAMIENTO URBANO; DERECHO DE RETORNO; NOVACIÓN; CAMBIO DE TITULAR: *Cuando en el documento otorgado al tiempo en que estaba proyectada la demolición y reedificación del inmueble, se cambia la titularidad del arrendatario, ha de entenderse que el contrato sufre un cambio subjetivo, como lo había de ser en cuanto al objeto, pues desaparecidos los locales y viviendas que constituían el que lo era en el primitivo arrendamiento por la demolición del inmueble, sólo quedó el correspondiente solar, máxime cuando en el referido convenio se fija una renta determinada, independientemente de cualquiera que fuera el costo de la reedificación del inmueble, esto es, independizándola de la que venía abonando el titular del anterior arrendamiento, aunque en el indicado documento no se hiciere constar una expresa declaración novatoria, no cabe duda que así hay que entenderla, dada la significación real y económica de las modificaciones operadas, reveladoras de un "animus novandi" con la creación de una obligación nueva sustitutiva de la antigua.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA; DEFECTO FORMAL; INADMISIBILIDAD: *El defecto formal apreciado en un motivo del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 de la LAU y 1.720 de la LEC subsidiariamente aplicable, es determinante, en esta fase de casación, de su desestimación. (Sentencia de 6 de abril de 1973; no ha lugar.)*

8. DERECHO DE RETORNO ARRENDATICIO: CARACTERÍSTICAS DEL ARRIENDO EN RELACIÓN AL EXISTENTE RESPECTO A LA FINCA DERRUIDA: ESTADO LATENTE DEL ARRIENDO DURANTE EL PERÍODO DE DEMOLICIÓN Y RECONSTRUCCIÓN: *Según constante jurisprudencia de la Sala I —Sentencias de 22 de marzo y 4 julio 1955, 3 enero 1956, 20 junio 1963, 13 mayo 1965, 1 abril 1966—. el contrato que vincula al arrendador y al arrendatario permanece latente y no deja de estar vigente durante el lapso de tiempo que duren las obras de demolición y reedificación del inmueble, porque el derecho de retorno constituye una facultad de los arrendatarios para reanudar la efectividad de la relación arrendaticia que se encuentra en suspenso, pero no se extingue durante el transcurso de tales obras; por ello, la antigüedad del arriendo, a efectos de la determinación de la prima de traspaso, debe determinarse por la fecha de primera ocupación del local anterior a la demolición. (Sentencia de 22 de febrero de 1973; no ha lugar.)*

9. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR INTRODUCCIÓN, EN EL DISFRUTE DEL LOCAL, DE UN EXTRAÑO AL ARRENDATARIO: FUSIÓN DE SOCIEDADES: *Si en el local arrendado a una sociedad, ejerce, junto con aquélla, sus actividades, otra sociedad—sin consentimiento del arrendador—, ello constituye causa de resolución, produciendo igual efecto la fusión de la sociedad arrendataria con otra para formar un nuevo ente social.*

INTERVENCIÓN DEL ARRENDADOR EN LA FUSIÓN: *El hecho de que el arrendador hubiera tenido conocimiento de la fusión y aun intervenido en la operación, por su condición de socio de una de las sociedades, no supone el consentimiento de la operación de cesión, subarriendo o traspaso del local. (Sentencia de 29 de enero de 1973; no ha lugar.)*

10. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR CIERRE: CONCEPTO DE CIERRE: *Ha de considerarse como cierre del local de negocio la no dedicación del mismo a la actividad comercial, de cara al público, a que venía dedicándose el local.*

RESOLUCIÓN POR CIERRE: CONGRUENCIA: *No es incongruente la sentencia que declara la resolución, por cierre, del local, si aunque las dos actas notariales presentadas por el actor, en justificación del cierre, se practicaron con intervalos de menos de seis meses, se acreditó en el juicio el cierre por período mucho mayor a dicho intervalo y en el suplico de la demanda no se indicó que se postulaba la resolución por cierre entre el período de las actas, sino que se pidió la resolución por el cierre del negocio durante el tiempo que resultare de la prueba. (Sentencia de 17 de febrero de 1973; no ha lugar.)*

J. P. R.

11. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR OBRAS REALIZADAS EN FINCA ARRENDADA UNITARIAMENTE QUE COMPRENDE VIVIENDA Y LOCAL DE NEGOCIO: *Probado que el arriendo afecto a local de negocio y vivienda, arrendándose ambos como un solo cuerpo cierto y declarándose, en el contrato, que el elemento objetivo predominante del arriendo lo constituiría el local de negocio en el*

que se instalaría un bar restaurante y viviría el arrendatario con su familia, no cabe distinguir entre obras realizadas en la parte de vivienda y en la de local y resolver el contrato por obras realizadas en la parte de vivienda sin rebasar la cláusula de autorización que facultaba expresamente al arrendatario para efectuar, en el local objeto del contrato, las obras de adaptación necesarias al fin contractual, con ciertas limitaciones no vulneradas por el arrendatario. (Sentencia de 7 de diciembre de 1972; ha lugar.)

12. **COSTAS EN EL PROCESO ARRENDATICIO:** *Si la sentencia de primer grado no admite, en su integridad, los pedimentos de la demanda, no cabe que se condene en costas a una de las partes ni siquiera invocando la temeridad de la misma, ya que, con arreglo al artículo 149 de la LAU, en el caso de estimación parcial, cada parte abonará las costas causadas a su instancia.*

INJUSTICIA NOTORIA: CAUCE PARA COMBATIR EL ERROR DE HECHO: *La cuestión sobre la posibilidad de conceder, en el local reedificado, al nuevo arrendatario una superficie igual a la que tenía en el antiguo, es de hecho y sólo puede combatirse en injusticia notoria por la causa del número 4 del artículo 136 de la LAU. (Sentencia de 15 de febrero de 1973; ha lugar.)*

J. P. R.

13. **RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO:** *Son defectos de formalización: La falta de claridad y precisión, tanto en la causa como en el concepto de la infracción; invocar el abuso del derecho sin alegar la infracción del artículo 9 LAU; no expresar el concepto de la infracción que, por otra parte, no cabe dentro de un motivo realmente fáctico. (Sentencia de 28 de mayo de 1973; no ha lugar.)*

III. DERECHO MERCANTIL

1. **SOCIEDAD ANÓNIMA: CONVERSIÓN DE ACCIONES NOMINATIVAS AL PORTADOR:** *Si es cierto que el acuerdo de "conversión" supone modificación de los estatutos, también lo es que el artículo 84-1.º de la Ley de S. A. no exige para la convocatoria especial más de lo que se hizo constar en el punto 5.º de la convocatoria de la Junta impugnada, donde con toda claridad se decía: "Conversión de acciones al portador de las hoy nominativas series A y C".*

ACUERDOS PERJUDICIALES PARA UNA MINORÍA DE ACCIONISTAS: *El artículo 85 LSA exige, cuando de modificación estatutaria se trata, acuerdo por separado de los accionistas perjudicados, pero en el presente caso no existe perjuicio específico del acuerdo para una minoría determinada, pues por encima de los gastos de documentación, que toda decisión social legalmente tomada entraña, éstos afectan a todos los accionistas por igual. (Sentencia de 13 de abril de 1973; no ha lugar.)*

2. **SOCIEDAD ANÓNIMA: REQUISITOS DE LA CONVOCATORIA DE UNA JUNTA EXTRAORDINARIA:** *La no publicación en el "Boletín Oficial" de la convocatoria*

no debe acarrear la nulidad de los acuerdos de la dicha junta. (Sentencia de 13 de abril de 1973; no ha lugar.)

Tal decisión encuentra su apoyo en las siguientes razones: Primera. En que, como dice con acierto la instancia, dicha publicación no ha de estimarse como *requisito formal indispensable* en todo caso y la prueba es que el artículo cincuenta y cinco declara la validez de su celebración, sin dicho requisito, cuando los asistentes por unanimidad así lo acuerden y esté presente todo el capital desembolsado, y esta es la hipótesis que se da en el caso de autos, ya que presente todo el capital, nadie objetó defecto alguno de convocatoria y todos contribuyeros con su voto favorable o adverso a los acuerdos que se tomaron. Segunda. Porque a la exigencia de convocatoria en el "Boletín Oficial" se refiere el artículo cincuenta y tres, para el caso de las Juntas generales ordinarias, pero el artículo que se refiere a la convocatoria de las extraordinarias, como es la impugnada, es el cincuenta y seis y en él no se habla para nada de publicación en el "Boletín Oficial".

La doctrina sentada en esta sentencia, al no considerar necesario el requisito de la publicación de la convocatoria en el "B. O. E." para el caso de Junta extraordinaria, se aparta de la doctrina mantenida en sentencias anteriores, como la de 30 de noviembre de 1963 (AJ 5110), en la que se dice "que los requisitos que la Ley sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas exige se cumplan en las convocatorias de las juntas, aunque referidos a lo largo de su articulado, por modo general, a las ordinarias, han de entenderse exigidos también con idéntico rigor a las que tengan carácter extraordinario", doctrina reiterada en la Sentencia de 27 de octubre de 1964 (AJ 4734). Asimismo discrepa de la opinión sostenida a este respecto por la doctrina (v. GARRIGUES y URÍA, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Instituto de Estudios Políticos, T. I, p. 524; BERGAMO, *Sociedades Anónimas* (las Acciones), T. II, 1970, p. 386; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Ed. Clares, Valladolid, 1973, p. 181). Es difícil de aceptar la doctrina mantenida en esta sentencia, si se tiene en cuenta que las diferencias existentes entre Junta general ordinaria y extraordinaria no son sustanciales (la diferencia consiste esencialmente en la regular periodicidad de la Junta ordinaria), pudiendo tratarse en ambas de los mismos asuntos, con lo cual las razones de garantía para los accionistas, que apoyan la existencia del requisito de la publicación de la convocatoria en el "B. O. E.", son las mismas para ambos tipos de Junta.

Hay que señalar además que al aplicar el propio Tribunal al caso que se contempla de Junta extraordinaria, el artículo 55, relativo a la Junta universal, y dado que este artículo establece una excepción al requisito de publicidad antes mencionado, supone que el requisito se exige también para el caso de Junta extraordinaria, ya que en caso contrario este artículo no necesitaría ser aplicado. Sin embargo, el hecho de que en el caso que se contempla por la Sentencia se trate de un supuesto de Junta universal parece en realidad la verdadera "ratio decidendi", no teniendo el mismo valor el fundamento antes señalado.

3. SOCIEDAD ANÓNIMA: JUNTA GENERAL: QUORUM DE ASISTENCIA Y QUORUM DE VOTACIÓN: *La letra del artículo 58 en relación con el 84 LSA, que se dice en el recurso mal interpretado es terminante: "Habrán de concurrir a ella"; quorum de asistencia excepcional para determinados acuerdos, entre ellos el de conversión, que se cumple en el presente caso. Pero en nada modifica dicho artículo la regla general proclamada por el artículo 48 referente a la mayoría de los votos por los que, una vez constituida legalmente la Junta, han de adoptarse los acuerdos.*

4. CONSTITUCIÓN DE JUNTA GENERAL DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA: *La irregularización en la formación de la lista de asistentes, que prescribe al artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas, es en el caso actual una omisión accidental, puesto que todos los que figuran como asistentes a la Junta eran titulares, por sí o en representación, del número de acciones que en el acta se hacen constar y el texto del artículo 64 no decreta la nulidad de la Junta, por faltar a alguno de sus preceptos.*

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: CAMBIO DE HECHO DE OBJETO Y DE ESTRUCTURA DE LA SOCIEDAD: *El camino adecuado para denunciar estos cambios será el juicio declarativo correspondiente, pero no el procedimiento especial de impugnación de acuerdos, sólo posible cuando se den los presupuestos del artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas y no cuando lo resuelto sea en perjuicio de alguno de los socios, si lo decidido se basa en la estructura social, prescrita en los propios Estatutos.*

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: INCOMPATIBILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES: *La incompatibilidad que se denuncia de los administradores, por la causa prevista en el artículo 83, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, aparte de que no ha sido demostrada, se basa en un acuerdo adoptado en Junta general extraordinaria, que no es otra cosa que la ratificación del adoptado por la propia sociedad en Junta general ordinaria de la misma fecha y, siendo esto así, resulta obvio que al no haber sido este último impugnado ni atacado por nadie mantiene su plena validez y eficacia, sin que pueda producir efecto alguno, en cuanto al mismo, la nulidad que se pretende y que de lograrse sería inoperante. (Sentencia de 14 de marzo de 1973; no ha lugar.)*

5. CASACIÓN: NÚMERO 7.º, ARTÍCULO 1.692 LEC: FINALIDAD: *Es preciso sentar que la resolución recurrida no contiene declaración alguna de hechos y el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil es apto exclusivamente para combatir las afirmaciones fácticas de la sentencia. por haber incurrido el juzgador, al apreciar las pruebas practicadas, en error de hecho o de derecho, sin que en tal situación sea factible que el Tribunal pueda, al decidir el recurso, hacer el análisis de los documentos y pruebas practicadas a fin de afirmar los hechos que estime acreditados en el pleito, pues ello supondría convertir este extraordinario recurso en una nueva instancia.*

PRINCIPIO "JURA NOVIT CURIA": *Si bien conforme al principio "jura novit curia" puede el juzgador citar preceptos legales que no lo hayan sido por el*

actor, tal facultad no puede tener el alcance que el recurrente pretende, de basar la resolución en fundamentos esenciales no alegados.

SOCIEDADES ANÓNIMAS: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: FALTA DE EXPRESIÓN DEL FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN: *Las manifestaciones del recurrente en el escrito de alegaciones ante el Tribunal sentenciador no pueden subsanar la omisión de la demanda al no expresar los fundamentos de la acción impugnatoria.* (Sentencia de 2 de febrero de 1971; no ha lugar.)

NOTA: En el primer considerando de la sentencia extractada se nos explica que el Tribunal "a quo" desestimó la acción de impugnación de acuerdos sociales, con fundamento en que, en toda la exposición de la demanda (cfr. artículo 70, 4.º y 7.º LSA) no se mencionaba un solo precepto legal o estatutario que hubiera sido infringido por dichos acuerdos, ni siquiera se insinuaba que éstos lesionasen los intereses de la Sociedad; y que, en cuanto a la designación de los accionistas censores de cuentas, no existía precepto legal que se opusiese a su nombramiento por el hecho alegado de ser uno de ellos hermano del presidente de la Sociedad y tener otro el mismo parentesco respecto a dos de los consejeros.

6. CASACIÓN: CAUCE PARA IMPUGNAR HECHOS PROBADOS: *Basándose el presente recurso en cinco diferentes motivos, todos ellos se han acogido al ordinal primero del artículo 1.692 LEC, y por ende, los hechos que la sentencia recurrida estimó probados, deben ser íntegramente respetados, ya que no aparece que las afirmaciones "de facto" que se contienen en la sentencia recurrida sean combatidas por el único cauce procesalmente adecuado, que es el número 7.º del antes mentado artículo de la expresada Ley de Enjuiciamiento, debiéndose señalarse al respecto que el número 9.º del artículo 1.729 de la mencionada Ley, veda que el recurso se refiera a la apreciación de las pruebas, so pena de incidir en causa de inadmisión, que en este trance decisivo lo es de desestimación, a no ser que esté comprendido en el número 7.º del citado artículo 1.692, pues de no ser así, el recurrente viene a hacer supuesto de la cuestión fáctica, tratando de sustituir con su criterio personal el de la Sala sentenciadora de instancia; falta en la que también se incurre, como esta Sala tiene declarado, cuando el recurrente da por probado lo que como tal no se estima en la sentencia que se impugna.*

SOCIEDADES ANÓNIMAS: ORDEN DEL DÍA: BUENA FE: *El Tribunal "a quo", partiendo de que, en efecto, la convocatoria "ha de contener un orden del día claro, preciso y concreto", a fin de que la deliberación no pueda recaer sobre temas no incluidos previamente en el mismo. agrega, no obstante, que deben interpretarse de buena fe las cuestiones surgidas al respecto, atinada observación que sin duda responde al espíritu que anima al artículo 57 del Código de Comercio y que informa la actividad mercantil.*

CASACIÓN: HECHOS NO IMPUGNADOS: *No atacados válida y eficazmente y por adecuado cauce procesal las afirmaciones de orden facticoprobatario contenidas en la resolución impugnada, sobre las cuales el juzgador erige su juicio razonable, la serie de hechos en que se funda tienen que ser acatados, como inicialmente queda indicado, sin que sea lícito y admisible que los re-*

currentes, para mantener su tesis, prescindiendo de dichas afirmaciones, sienten hechos o presunciones contrarias, infringiendo con ello la normativa legal y contrariando la doctrina expuesta en el mismo razonamiento de esta sentencia.

ESTATUTOS SOCIALES: RANGO DE LEY: *Si ese acuerdo (de la Junta general) fuese contrario a los Estatutos Sociales, ello tendría que demostrarse cumplidamente, dado el rango que tiene de Ley.*

ESTATUTOS SOCIALES: NORMA DISCREPANTE DEL TEXTO LEGAL: *De existir una norma estatutaria discrepante del claro texto legal, tendría que ser explícita y ajustada al caso que se decide.*

La regla estatutaria, para poder oponerla al precepto legal, tendría que ser explícita y clara, porque en la duda es siempre la Ley la que debe prevalecer.

SOCIEDADES ANÓNIMAS: ACUERDO LESIVO DE LOS INTERESES DE LA SOCIEDAD: PRUEBA DEL PERJUICIO: *En opinión de los recurrentes, el acuerdo impugnado lesiona, en beneficio de determinados accionistas, los intereses de la Sociedad; mas esta tesis va contra la afirmación concreta que hace el Tribunal "a quo", al estimar no probado el supuesto perjuicio, no constituyendo el ordinal 1.º del artículo 1.692, de la Ley Procesal Civil, vía apropiada para atacar una afirmación de orden probatorio hecha por la Sala de instancia.*

CASACIÓN: ABUSO DEL DERECHO: CUESTIÓN NUEVA: *Este último motivo (infracción del artículo 67 LSA, en relación con el principio sobre el abuso del derecho), alegado subsidiariamente y para el caso de desestimación de los anteriores, constituye una cuestión nueva que no ha sido debidamente planteada en el período expositivo del pleito y, por ende, comprendida en el número 5.º del artículo 1.729, de la Ley Procesal Civil, como causa de no admisión, transformada ahora en motivo de desestimación, siendo de aplicar, además, la doctrina que se desprende de la sentencia de esta Sala de 23-2-67, sin que por, otra parte, concurren los presupuestos o notas características necesarias para que, tanto en el orden subjetivo como en el objetivo, el vicio que se alega extemporáneamente pueda ser estimado, pues los demandantes han sido los ahora recurrentes, no pudiendo apreciarse como existentes, en contrario, ni un ánimo de dañar, ni el uso o ejercicio anormal de un derecho. (Sentencia de 22 de diciembre de 1970; no ha lugar.)*

7. SOCIEDADES ANÓNIMAS: CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL EN UN DIARIO DE LOS DE MAYOR CIRCULACIÓN: *Que tenga o no la calidad de ser de los de más difusión, su apreciación es incuestionable que tiene que ser de la exclusiva competencia de los juzgadores de instancia.*

CASACIÓN: ART. 1.214 C. C.: *De acuerdo con lo constantemente proclamado por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, dicho precepto sustantivo (artículo 1.214 C. c.), no es susceptible por sí sólo de motivar la casación*

que se pretende, si no se completa con el alegato de otra disposición concreta de carácter probatorio que pueda decirse vulnerada.

SOCIEDADES ANÓNIMAS: CONVOCATORIA DE JUNTAS: PUBLICIDAD: *La única manera de desvirtuar la alegación de que se había infringido lo dispuesto en el artículo 53 de la citada Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 1951, en relación con el también citado 15 de los Estatutos, que constituye la ley particular de la sociedad recurrente, no podía consistir en otra cosa sino en probar que la publicidad que allí se requiere, había sido cumplimentada, lo que indudablemente no se ha hecho.* (Sentencia de 20 de enero de 1971; no ha lugar.)

8. **SOCIEDADES ANÓNIMAS: CENSORES DE CUENTAS NOMBRADOS POR LA MINORÍA:** *La censura de la actuación o vida económica de las Sociedades Anónimas se lleva a cabo, según el artículo 108 de la Ley 17-7-51, de forma ordinaria, por los accionistas censores nombrados por la Junta general; pero excepcionalmente se permite que examine la contabilidad y los documentos y antecedentes relativos a los hechos contables un censor jurado de cuentas, no accionista, nombrado por la minoría disidente, cuando el voto de los accionistas, respecto al nombramiento de los accionistas censores, no fuese unánime y cuando el capital representado por esa minoría rebasa la décima parte del capital desembolsado; pero esta censura ha de limitarse a la exactitud y veracidad de los datos consignados en el balance y a los criterios de valoración y amortización; no dando la Ley tampoco a su informe el trámite prescrito para el de los accionistas censores; sino que, una vez redactado, se entrega un ejemplar al presidente del Consejo y otro al primer firmante de la minoría que lo nombró.*

SOCIEDADES ANÓNIMAS: FALTA DE EXAMEN DE LAS CUENTAS Y DE REPRESENTACIÓN DE INFORME POR LOS CENSORES: *Una vez propuestos por la minoría y conocidos sus nombres por la Junta general, en lo relacionado con ellos, lo único que puede acarrear la invalidez de la Junta que conoce de las cuentas del ejercicio para que se nombraron, es la obstaculización a su labor en el caso de que se presenten a examinar la documentación de la sociedad o el haberse negado el presidente del Consejo a recibir el informe que, en su caso, le presentaran; pero, de manera alguna puede acarrear dicha invalidez el hecho de no haberse presentado a examinar las cuentas ni presentado informe alguno; pues las consecuencias de tal omisión han de recaer sobre aquellos que lo nombraron, los cuales, ante tal pasividad, perdieron toda legitimación para impugnar por tal motivo los acuerdos de la Junta.* (Sentencia de 16 de diciembre de 1971; no ha lugar.)

9. **SOCIEDADES ANÓNIMAS: CENSORES DE CUENTAS: DEBER DE LOS ADMINISTRADORES DE SOMETÉRSELAS:** *Es doctrina de esta Sala declarada en su Sentencia de 23-4-66 "que la misión de unos y otros censores es la de examinar las cuentas formuladas por los administradores y redactar su informe por escrito sobre su exactitud y veracidad o haciendo los reparos que estimen convenientes, para situar a los accionistas en condiciones de poder emitir*

su voto con conocimiento de causa, y para cumplir estas atribuciones se impone a los administradores el correlativo debe de someterles a examen e informe dichas cuentas con tiempo suficiente para que esas facultades investigadoras las puedan ejercitar en el plazo fijado en el citado artículo 108, máxime cuando los censores, sean o no accionistas, no pueden saber cuándo han formulado las cuentas los administradores, dado que éstos tienen un plazo máximo de cuatro meses para ello, hasta que los mismos no les recaban su revisión y censura, y como tal informe preceptivo no se solicitó, ni por ello se pudo poner a disposición de los accionistas minoritarios, privándoles así de su derecho de información, la sentencia que así lo estima aplica con acierto los artículos 108 y 110 de la Ley”, de modo que en estos casos, y no solamente en el previsto en la sentencia de esta Sala de dieciséis de diciembre último, ha de declararse la nulidad del acuerdo social impugnado.

ACTOS PROPIOS: CUESTIÓN NUEVA: *El motivo tampoco puede ser estimado porque plantea un problema nuevo, por no haberse suscitado por la recurrente en su escrito de contestación a la demanda, lo que impide su examen en casación. (Sentencia de 5 de febrero de 1972; no ha lugar.)*

NOTA: Un accionista dedujo demanda sobre impugnación de acuerdos sociales ante el Juzgado de Primera Instancia, alegando que habiéndose designado en la Junta general de 1969 dos Censores Jurados de Cuentas por la minoría para el ejercicio de 1970, al celebrarse la Junta de este último año se comprobó que faltaban los informes de dichos Censores Jurados de Cuentas, a lo que en la Junta el presidente objetó que los Censores no se habían presentado a ejercer sus funciones y que era obligación de los Censores presentarse dentro de los plazos legales; tras lo cual se aprobó la Memoria, balance, cuentas y gestión del Consejo durante el citado año 1969, con el voto en contra del accionista demandante, que terminaba suplicando se declararan nulos dichos acuerdos.

En la contestación a la demanda, la sociedad demandada opuso que la falta de informe del Censor Jurado de Cuentas nombrado por la minoría, no determinaba la impugnabilidad de los acuerdos adoptados, ya que dicha falta era imputable única y exclusivamente a la negligencia del demandante y a su no uso del derecho de información concedido por la Ley.

La Audiencia Territorial dictó sentencia estimando la demanda y declarando nulos los acuerdos adoptados.

La sociedad demandada interpuso recurso de casación por entender que en dichos acuerdos no se había infringido precepto legal alguno, ya que la sociedad no tenía la obligación legal de buscar a los Censores de la minoría para someter la documentación a su informe, y que era tarea de los accionistas minoritarios, mas no de los administradores de la compañía, realizar los actos adecuados para que los Censores Jurados de Cuentas hubiesen podido conocer su nombramiento y emitir su informe.

El Tribunal Supremo, en el fallo que hemos extractado, rechaza la tesis del recurrente, citando la doctrina de su sentencia de 23-4-66, según la cual, se impone a los administradores el deber de someter a los Censores de Cuentas, para su examen e informe, dichas cuentas con tiempo suficiente, y en caso contrario ha de declararse la nulidad del acuerdo social adoptado con infracción de tal deber.

“De modo que en estos casos —dice el T. S.— y no sólo en el previsto en la Sentencia de 16-12-71, ha de declararse la nulidad del acuerdo social impugnado”.

La sentencia citada, de 16-12-71 (Ar. 5.339), establece la doctrina de que “lo único que puede acarrear la invalidez de la Junta que conoce de las

cuentas del ejercicio para el que se nombraron (los Censores de Cuentas), es la obstaculización a su labor en el caso de que se presenten a examinar la documentación o el haberse negado el presidente del Consejo a recibir el informe que en su caso le presentaran; pero en manera alguna puede acarrear dicha invalidez el hecho de no haberse presentado a examinar las cuentas, ni presentado informe alguno, pues las consecuencias de tal omisión han de recaer sobre aquellos que lo nombraron, los cuales, ante tal pasividad, perdieron toda la legitimación para impugnar por tal motivo los acuerdos de la Junta”.

Esta última doctrina parece contraria a la mantenida en la sentencia extractada, que reitera la de 23-4-66, en la que se impone a los administradores el deber de someter las cuentas a los Censores con tiempo suficiente, insistiendo en que dicha tarea recae sobre los administradores, y no sobre los accionistas que nombraron a los Censores en cuestión.

(J. G. A.).

10. SOCIEDADES ANÓNIMAS: REPARTO DE GANANCIAS SOCIALES: NORMA ESTATUTARIA: *El artículo 39 de la Ley sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 17-7-51, consagra el derecho del accionista a participar en el reparto de las ganancias sociales, derecho que está también expresamente reconocido en los apartados a) y d) del artículo 38 de los Estatutos por los que se rige la sociedad demandada, y refiriéndose a la distribución de los beneficios líquidos, el primero de ellos establece que, “se destinará hasta un 6 por 100 a pagar un interés al valor nominal de las acciones totalmente liberadas; si estuvieran no liberadas totalmente percibirán la parte proporcional al capital desembolsado”, y una vez hechas las deducciones a que se refieren los apartados a), b) y c) dispone el apartado d), que “la cantidad restante se distribuirá entre todos los accionistas”, por lo que es llano que el acuerdo adoptado por unanimidad de los accionistas presentes en la Junta general ordinaria, a virtud del cual después de declarar la existencia de unos beneficios obtenidos en el ejercicio de 1969, de 218.362,74 ptas., se aplica a reserva legal el 10 por 100 de dicha suma y el resto de la misma a fondo de reserva, es un acuerdo que está en abierta pugna y se opone al citado precepto estatutario; contravención, la anteriormente expresada, que acarrea la nulidad de tal acuerdo, de conformidad con lo prevenido en el artículo 67 de la indicada Ley especial; sin que esa conclusión pueda quedar enervada por la falta de pruebas contables sobre los beneficios obtenidos, prueba innecesaria desde el momento en que la Junta declara unos beneficios en la cuantía que se deja señalada y de cuya existencia parte para la distribución que acuerda de los mismos.*

SOCIEDADES ANÓNIMAS: ESTATUTOS: *Los estatutos rigen el funcionamiento de la sociedad, y si tal y como están redactados no satisfacen las necesidades sociales, cabe el modificarlos, en la forma y cumpliendo los requisitos establecidos en los artículos 84 y siguientes de la ley especial. (Sentencia de 30 de noviembre de 1971; ha lugar.)*

11. SOCIEDADES ANÓNIMAS: ARTS. 53, 108 Y 110 L. S. A.: NORMAS IMPERATIVAS: INAPLICACIÓN DE CLÁUSULA COMPROMISORIA DE ARBITRAJE: *Las exigencias contenidas en los artículos 53, 108 y 110 de la Ley de Sociedades Anónimas de*

1951, que la Sentencia recurrida declaró vulneradas, dada la naturaleza y la finalidad perseguida por el legislador al establecerlas, constituyen normas de auténtico Derecho imperativo o necesario, no susceptibles de modificación y mucho menos derogación por los particulares, en contra de las cuales no cabe utilizar el pacto societario, según confirma la Disposición Transitoria 1.^a del propio texto legal, cuando dice que éste afectará "a todas las Sociedades Anónimas cualquiera que sea el momento en que fueron creadas y el contenido de sus Estatutos que no podrán ser aplicados en contradicción con esta Ley", características que impiden que acerca de ellas se susciten cuestiones o controversias, de aquellas a que la segunda parte de la cláusula de compromiso que aquí se examina, reduce la posibilidad de aplicar el arbitraje convencionalmente instituido. (Sentencia de 15 de octubre de 1971; no ha lugar.)

NOTA: La citada cláusula era del siguiente tenor: "Los socios y los terceros que se relacionen con la sociedad se someten a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de E. Sin embargo, toda cuestión o controversia que pueda surgir entre los socios en cuanto a tales o entre ellos y la sociedad, deberá resolverse en el domicilio social, mediante un arbitraje de Derecho privado, conforme a la ley de 22-12-53, para lo que se entienda aquí otorgado al correspondiente contrato preliminar de compromiso."

12. SEGURO VOLUNTARIO DE VEHÍCULOS DE MOTOR: DETERMINACIÓN DEL RIESGO: *Se excluyen de la cobertura del seguro voluntario de vehículos de motor los daños originados por el accidente en que un camión-grúa "no actuaba en el momento del hecho como tal vehículo, ni ocurrió éste en lugar o vía pública, sino como soporte fijo de otra máquina, diferente por su naturaleza de la circulación".* (Sentencia de 22 de marzo de 1973; no ha lugar.)

13. SEGURO VOLUNTARIO DE VEHÍCULOS DE MOTOR: DETERMINACIÓN DEL RIESGO: *"Como en el suplemento de adaptación (de la póliza) se agrega que el seguro de responsabilidad civil se entiende suplementario del de automóviles, es indudable que entre los riesgos cubiertos por dicho convenio, están incluidos los daños producidos a terceros por la falta de precaución en el manejo del cable de la grúa, al intentar atraer a la calzada un camión bloqueado fuera de ella."*

INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO: *En el contrato de seguro, "por tratarse de un contrato de adhesión, las dudas que puedan surgir sobre la significación de sus cláusulas generales deberán ser interpretadas de acuerdo con el artículo 1.288 de la Ley Civil sustantiva, en el sentido más favorable al asegurado".* (Sentencia de 31 de marzo de 1973; ha lugar.)

NOTA: La doctrina mantenida en esta Sentencia parece contradecir la sustentada en la Sentencia de 23 de marzo de 1973, reseñada anteriormente, al considerar incluido en la cobertura del seguro de automóviles, los daños causados por el uso de un camión-grúa, cuando actuaba como tal grúa y no como vehículo, considerándolo excluido, sin embargo, en la Sentencia anteriormente citada. Esta posible contradicción parece hallar explicación en la idea generalizada de protección a la víctima, otorgándole en todo caso una indemnización adecuada. Obsérvese que en la Sentencia en que se consideran

excluidos los daños, éstos son cubiertos por el Seguro de Responsabilidad Civil concertado con otra compañía.

IV. DERECHO PROCESAL

1. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: DAÑOS CAUSADOS A LA COMPAÑÍA TELEFÓNICA POR OBRAS SUBTERRÁNEAS REALIZADAS POR CUENTA DEL AYUNTAMIENTO: CÓMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CIVIL: *Lo que se ha de decidir en el pleito no es la interpretación del contrato administrativo que une al Ayuntamiento y a las empresas que con él convinieron, ni la mejor o peor realización de esa contrata, ni las consecuencias económicas de la misma, que serían cuestiones administrativas, sino los perjuicios causados por imprevisión en sus bienes patrimoniales a un tercero ajeno a la contrata dentro del curso de realización de las obras; tema de derecho puramente civil de los expresamente aludidos por los artículos 405 al 407 del Estatuto Municipal, compatibles con los términos del artículo 2.º de la Ley de lo Contencioso de 27 de diciembre de 1956, de acuerdo con cuyo precepto las sentencias de lo contencioso de 28 de diciembre de 1962 y la del 29 de octubre del mismo año, deciden declinar la competencia; no obstante, estar interesado el Estado en cuestiones de prelación de créditos y de atribución de propiedad de determinadas fincas, y están en la misma línea, al tratarse de derechos puramente civiles, las indemnizaciones devengadas por culpa o negligencia, aunque alguna Sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo —criterio no vinculante para esta jurisdicción—, como es la de 21 de enero de 1961, puede parecer que afirma lo contrario, y a la que se contrapone una copiosa jurisprudencia de esta sala, entre cuyas Sentencias se cuentan las de 7 de octubre de 1969, 16 de marzo y 7 de junio de 1971 y 10 de octubre de 1972.*

EXTENSIÓN DE LA JURISDICCIÓN CIVIL A LAS CUESTIONES PREVIAS: *Al igual que el artículo 4.º de la Ley de lo Contencioso proclama la competencia de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo para el conocimiento y decisión de las cuestiones no pertenecientes al orden administrativo, pero directamente relacionadas con un recurso planteado ante su jurisdicción, salvo que sean penales, también la jurisdicción civil ha de conocer de todas las cuestiones previas y básicas para su decisión, salvo las penales (arts. 362 y 514 de la L. E. C.), aunque sean administrativas, una vez que le corresponde la jurisdicción, porque la cuestión debatida en cuanto al fondo es de naturaleza civil. (Sentencia de 3 de marzo de 1973; ha lugar.)*

2. SOCIEDAD MERCANTIL: INTERPRETACIÓN: FACULTADES DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA: *Si la interpretación dada por el Tribunal "a quo" es racional, no procede la casación ni aun cuando cupiere alguna duda acerca de su absoluta exactitud, porque es función propia de los Tribunales la de fijar cuáles sean las manifestaciones de voluntad constitutivas de los contratos litigiosos.*

FALTA DE PERSONALIDAD DEL PROCURADOR: *No se puede negar personalidad a quien dentro o fuera del pleito se le hubiese reconocido; para impugnar la*

falta de personalidad por carecer del carácter o representación con que reclama el procurador del actor, debe utilizarse el recurso de casación por quebrantamiento de forma y no por infracción de ley. (Sentencia de 30 de noviembre de 1972; no ha lugar.)

3. LIQUIDACIÓN DE CUENTAS: SENTENCIA CONTRADICTORIA: *La alegación de que el fallo contiene disposiciones contradictorias requiere la cita como infringido del artículo 359 de L. E. C., y no puede ser estimada cuando la contradicción no radica en el fallo, sino en los fundamentos de la Sentencia, conteniendo tal fallo una única disposición —la de pagar al actor determinada cantidad—, por lo que no existe posibilidad de incurrir en dicho vicio.*

INDIVISIBILIDAD DE LA CONFESIÓN: *No cabe ampararse en la absoiución de una de las posiciones con olvido de las restantes, pues todas han de ser contempladas de modo armónico. (Sentencia de 7 de marzo de 1973; no ha lugar.)*

4. PRUEBA DE PERITOS (PRACTICADA ANTE NOTARIO) Y TESTIFICAL: LIBRE APRECIACIÓN: *Como quiera que la prueba de peritos, aun cuando se haya practicado ante notario, no pierde tal carácter y no llega a constituir documento auténtico a efectos de casación, es de libre apreciación de los juzgadores de instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 632 L. E. C., y la testifical lo mismo conforme al 659, y por ende no pueden servir de base a un recurso extraordinario.*

CASACIÓN: ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Los dictámenes periciales y prueba testifical no son documentos auténticos y no pueden servir de base a un recurso de casación.*

El contrato que liga a las partes, fechado el 30-11-66, y que obra unido al proceso, reúne todos los requisitos de documento auténtico.

APRECIACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA: *Contra la apreciación conjunta de la prueba no cabe, conforme a la doctrina constante de esta sala, desarticular sus elementos para que prevalezca uno de ellos sobre los demás.*

CASACIÓN: PRESUPUESTO FÁCTICO: MOTIVOS DENUNCIADORES DE INFRACCIÓN DE PRECEPTOS JURÍDICOS: CAUCE INADECUADO: *Aun cuando se estimara, como hecho, que la entidad recurrida incumplió sus obligaciones contractuales de instalar, montar y poner en marcha la planta embotelladora, para que pudiera prosperar el recurso conforme a la constante jurisprudencia de esta sala, sería preciso que sobre tal presupuesto fáctico se montaran los oportunos motivos denunciadores de infracción de preceptos jurídicos aplicables al caso, al no contemplarse una tercera instancia, sino un recurso de casación por infracción de Ley, cosa no verificada al presente y que impida la viabilidad del motivo, ya que si bien en el segundo estudiado se dice es aplicable al artículo 1.124 sobre el E.GFG, ambos del Código civil, se hace por el cauce procesal del número 7.º del artículo 1.692 L. E. C., y no por el número 1.º, que es el adecuado, dado el carácter eminentemente formal de la casación. (Sentencia de 5 de marzo de 1971; no ha lugar.)*

5. VALORACIÓN DE LA PRUEBA: APRECIACIÓN DE LA MISMA POR EL JUZGADOR: *Es de la soberanía del juzgador de instancia tanto el conceder a determinado medio de prueba mayor eficacia que a los demás propuestos y practicados, salvo disposición legal en contrario, como valorar la prueba en su conjunto, para determinar el contenido de la fundamentación de hecho del fallo.*

PRUEBA DE PRESUNCIONES: NATURALEZA: PROCEDENCIA: *Es evidente que la presunción, como medio de prueba indirecta y subsidiaria que es, no tiene que utilizarla el juzgador cuando el hecho se acredita, con eficacia, por otros medios probatorios.*

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: DOCUMENTO AUTÉNTICO: PRUEBA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL: *Para que un documento pueda ser calificado de auténtico, a efectos de casación, ha de integrar por sí y por la fuerza misma de su contenido, una expresión de verdad manifiesta y notoriamente irresistible, que pugne abiertamente con alguna manifestación de hecho consignada por el juzgador como probada (Sentencias de 5 de marzo de 1965 y 7 de marzo de 1966, entre otras), y por lo que concierne a las diligencias de reconocimiento judicial es indudable que no siendo prueba documental, por ser prueba real por cosa inmueble, no puede integrar fundamento del error de hecho. (Sentencia de 22 de junio de 1973; no ha lugar.)*

6. TERCERÍA DE DOMINIO: PREFERENCIA DE CRÉDITOS: *Según determinan los números tercero y cuarto del artículo 1.923 del Código civil, y, subsiguientemente, la norma de prelación establecida en el artículo 1.927 del mismo cuerpo legal, al ser anterior en fecha la anotación de embargo, derivada de un juicio ejecutivo cambiario, a la constitución de las respectivas hipotecas, es indudable la preferencia del crédito anotado a favor del ejecutante cambiario, sobre el de los terceristas, acreedores hipotecarios. (Sentencia de 10 de marzo de 1973; no ha lugar.)*

7. LETRA DE CAMBIO: INSUFICIENCIA DEL EFECTO TIMBRADO: *"... En el procedimiento ejecutivo, seguido para el cobro del importe de la letra de cambio... se opuso por el hoy recurrente la insuficiencia del efecto timbrado, que fue estimada, dando lugar a la resolución desestimatoria de la demanda en cuanto a dicha cambial se refiere; mas el referido defecto, por su carácter formal, no puede suponer obstáculo alguno para el ejercicio de la acción ordinaria que autoriza el artículo 1.479 de la L. E. C." (Sentencia de 4 de abril de 1973; no ha lugar.)*

8. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO: CUESTIÓN DE COMPETENCIA: CLÁUSULA DE SUMISIÓN EXPRESA DE JURISDICCIÓN EN EL CONTRATO CAUSAL: *Cuando la acción que se ejercita no es la personal ordinaria, sino la también personal, pero cambiaria ejecutiva, la sumisión expresa a un foro determinado debiera constar en el contrato cambiario (domicilio para el pago de la letra, de acuerdo con la Sentencia del T. S. de 3 de mayo de 1969) y no en el causal de arrendamiento de servicios. (Sentencia de 28 de febrero de 1973.)*

9. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: DESAHUCIO: CUESTIONES COMPLEJAS: INCOMPETENCIA DE ESTE PROCEDIMIENTO: *Evidentemente la LAU regula las relaciones entre arrendadores y arrendatarios de fincas urbanas, y, por tanto, no permite que, con el trámite en ella marcado, se puedan resolver relaciones jurídicas ajenas a las mencionadas, por estar fuera de sus preceptos (art. 151). Ha declarado reiteradamente el T. S., en lo concerniente al ámbito del desahucio y de los procesos que tienen asignada la finalidad recuperatoria de la posesión, deben reservarse, como un tipo de proceso "sui géneris", a los supuestos en los que se ofrezca con toda claridad y sencillez la relación arrendaticia, mas no son adecuados cuando existan otras de índole distinta o complejas, determinantes de que esos procesos no sirvan los concretos fines que motivaron su regulación.*

CUESTIONES PREVIAS EXTRAÑAS AL ARRENDAMIENTO (SUCESORIAS): NECESIDAD DE UN ANTERIOR PROCEDIMIENTO DECLARATIVO: *Cuando se planteen cuestiones como base o fundamento de la oposición procesal extrañas al arrendamiento, cuya previa resolución requiera la aplicación de normas jurídicas de otra naturaleza (en el presente caso, sucesoria), han de ser sustanciadas y decididas en el declarativo correspondiente, que es el adecuado para que se pueda hacer efectiva, en su caso, la tutela jurídica postulada.*

PROCEDIMIENTO JUDICIAL APLICABLE A UNA CUESTIÓN: DETERMINACIÓN LEGAL: *Está sustraído a la voluntad de los litigantes el determinar por sí la clase de proceso en el que haya de sustanciarse y decidirse la controversia. (Sentencia de 13 de marzo de 1973; ha lugar.)*

10. DESESTIMACIÓN DEL RECURSO POR NO TRATARSE DE PRECEPTOS DE CARÁCTER SUSTANTIVO: *No se admite el recurso fundado en preceptos de carácter procesal o administrativo. (Sentencia de 13 de noviembre de 1973; no ha lugar.)*

Suscripción anual: España, 1.000,— pesetas
Extranjero, 1.150,— pesetas
Número suelto: España, 350,— pesetas
Extranjero, 450,— pesetas