

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXIII
FASCICULO I



ENERO - MARZO
MCMLXXX

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 URÍA 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 Derecho civil y Abogado
del I. C. de Madrid

SUMARIO

	<u>Páginas</u>
Estudios monográficos	
JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS: <i>Modificaciones del Derecho de propiedad por razón de las actuaciones urbanísticas</i>	3
JUSTINO F. DUQUE DOMÍNGUEZ: <i>Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma</i>	29

Estudios de derecho extranjero

LUIS MOISSET DE ESPANÉS: <i>Cambio social y cambio legislativo</i>	105
---	-----

Bibliografía

Libros	125
-----------------	-----

BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, ALBERTO: *Problemática actual y reforma del derecho de patentes español*, por R.—CARDENAL FERNANDEZ, JESUS: *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, por A. D. C.—CONDOMINES VALLAS, FRANCISCO: *El recurso de casación en materia civil*, por R. E. D.—ESSER-WEYERS: *Schuldrecht band 11 Desonderer teil tellbadn I die vertrage*, por Gabriel García Cantero.—GALAN CORONA, EDUARDO: *Acuerdos restrictivos de la competencia*, por R.—GARCIA LOPEZ, RAMON: *Decisiones matrimoniales eclesiásticas*, por R.—GIULIANO, MARIO: *La coperazione degli stat e il commercio internazionale*, por José Bonet Correa.—HUALDE SANCHEZ, JOSE J.: *La adopción del propio hijo natural reconocido*, por R. E. D.—LACRUZ BERDEJO, JOSE L.: *Manual de Derecho civil*, por Jesús Blanco Campaña.—LOPEZ AYALA, MANUEL: *Cuestiones de competencia*, por R.—SUSTAETA ELUSTIZA, ANGEL: *Propiedad y urbanismo*, por R. E. D.

Revista de revistas

A cargo de José R. Antón Riesco	147
--	-----

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de José María Chico Ortiz	163
--	-----

Jurisprudencia

I. Sentencias Comentadas

1. <i>La actualización de una pensión de alimentos</i> (Comentario a la Sentencia del T. S. de 16 de noviembre de 1978), por José Bonet Correa	186
2. <i>Ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria</i> (Comentario a la Sentencia del T. S. de 3 de octubre de 1979), por Antonio Cabanillas Sánchez.	194

II. Sentencias	224
--------------------------------	-----

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

I. S. S. N. 0210-301X
DEPOSITO LEGAL, M. 125.—1958

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 XXXIII
FASCICULO I



ENERO-MARZO
MCMLXXX

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

SERIE 1.º

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**

«Modificaciones del derecho de propiedad por razón de las actuaciones urbanísticas»

JOSE LUIS DE LOS MOZOS,
Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: 1. La propiedad urbana desde la perspectiva del Derecho público. 2. La propiedad urbana y la «función social de la propiedad». 3. La propiedad urbana como «propiedad funcional». 4. Modelos de incidencia de las actuaciones urbanísticas sobre la propiedad privada. 5. Conclusión.

PLANTEAMIENTO

A los juristas formados en los modelos teóricos del Derecho codificado, se les hace muy difícil comprender el significado de ciertas situaciones que han venido a incorporarse al ordenamiento jurídico como una consecuencia de las transformaciones operadas, por lo que durante algún tiempo se ha llamado el *Derecho nuevo*: tal sucede con la singular posición que ocupa el derecho de propiedad privada en el proceso urbanístico. Sin embargo, no se trata solamente de dificultades de recepción o de asimilación de unas categorías, o de unos conceptos nuevos, sino de algo más profundo que choca con la propia sensibilidad del jurista, habituado, en la aplicación y en la interpretación del Derecho, a perseguir la razón última de las normas, que aparece aquí encerrada en un tecnicismo críptico en el que resulta difícil averiguar lo que es conveniente y oportuno de acuerdo con las exigencias de la justicia.

Porque no basta con decir que la propiedad privada no sólo viene *limitada*, sino también *modificada* como consecuencia de las actuaciones urbanísticas, de forma que su contenido se aleja, cada vez más, del esquema conceptual que contempla el artículo 348 C. c., susceptible, por lo demás, de innumerables adaptaciones al marco constitucional o legislativo, como a través de casi cincuenta años ha podido demostrarse (1). Es preciso, por tanto, entrar dentro de estas modificaciones para averiguar su alcance.

(1) Lo que aparece, por primera vez, en el art. 44 de la Constitución de 1931 y se mantiene, sin solución de continuidad, a través de las Leyes Fundamentales del régimen político anterior, hasta el art. 33 de la Constitución de 1978.

En una primera fase de este proceso, el jurista se encuentra en un terreno seguro, pues el adjetivo *urbana* que se añade a la propiedad le mantiene en el hábito de las distinciones (común y especial, general y particular, ordinario y excepcional), lo que forma parte de su propio estilo mental, desde el Derecho común (2). De esta suerte, en otros ámbitos, el jurista ha asimilado fácilmente las categorías del Derecho nuevo: así en materia de arrendamientos, de propiedad horizontal, o de responsabilidad objetiva, que han venido a ser el pan nuestro de cada día en la vida práctica del Derecho, y lo mismo ha pasado en los nuevos territorios del Derecho mercantil (patentes, prácticas restrictivas de la competencia, etc.). En cambio, esta asimilación no se ha producido con la misma facilidad en el Derecho urbanístico.

Sin duda alguna que la dificultad fundamental hay que encontrarla en el propio ordenamiento urbanístico, que como tantos ordenamientos del *Derecho de reforma*, es un ordenamiento incompleto.

Esta imperfección es, por otra parte, característica y propia de buena parte de las transformaciones jurídicas de nuestro tiempo, sobre todo, si se mira desde el punto de vista de los modelos del Derecho codificado, pues mientras los códigos ofrecen un conjunto de regulaciones dotadas de una cierta unidad, y, especialmente, de una cierta coherencia sistemática en su estructura interna (3), y en sus relaciones con otros cuerpos legales, aparte de hallarse insertados en una larga tradición histórica, pese a los propósitos de la codificación (4), las nuevas ordenaciones jurídicas aparecen como cuerpos extraños, en sus relaciones externas, independientes y autónomos de toda ordenación anterior, como nuevos astros que irrumpieran en el firmamento sin pertenecer a constelación alguna.

Incluso puede decirse que estas leyes de reforma —como la

(2) Por todos, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.^a ed., Göttingen, 1967, págs. 45 y ss.

(3) Coherencia que se refiere a la *sistemática interna*, de forma que aquéllos constituyen un auténtico *cuerpo* cuya unidad viene dada por una ineludible “conexión de principios”, que como tales principios sistemáticos no tienen un valor *axiomático*, sino puramente *problemático* o *aporético*.

(4) Aunque la codificación procuró establecer un orden jurídico nuevo, como en el caso de nuestro Código civil lo muestra de manera bien elocuente el art. 1.976, conteniendo la disposición final derogatoria del Derecho anterior, no pudo desentenderse ni eliminar a la *tradición jurídica* sobre la que se asienta, tradición que se halla presente, no sólo a través de la integración dogmática de las instituciones que regula, como pone de relieve la nueva redacción dada al art. 3-1 C. c., sino también a través de la presencia y del alcance de los principios generales del Derecho (art. 1-4 C. c.). Por ello, frente a la *historicidad* del Derecho civil se ha hablado de la antihistoricidad del Derecho público; así, W. LEISNER, *Antisgeschichtlichkeit der öffentlichen Rechts*, en *Der Staat*, 7 (1963), págs. 137 y ss.

Ley del Suelo— impulsadas por acuciantes necesidades sociales y económicas, se diferencian de los tradicionales ordenamientos especiales, en los que todavía es posible aislar con facilidad un conjunto de principios que justifican su *autonomía* y su *especialidad*, en que sólo aportan unos conceptos nuevos que no se hallan asentados en el inagotable caudal de la «experiencia jurídica» (5), y que por eso se resisten a su formulación en unos moldes conocidos, sino que, también, reducidos a unos posibles principios, mostrarán su antagonismo con los cuerpos preexistentes, con los que necesariamente han de relacionarse, oponiéndose a ellos y acabando por destruirles (6).

Este caos normativo trasciende, con todas sus consecuencias, a la experiencia de la vida cotidiana. De ahí que, el profano en Derecho, o el que no está familiarizado con este fenómeno normativo, se pregunte cómo es posible que siendo la *propiedad urbana* un tipo de propiedad que se halla sometida al cumplimiento de una *función social*, y que se desenvuelve como tal a través de una reiterada intervención pública, viene a resultar que, al fin y a la postre, siendo por otra parte la ciudad de todos, de los propietarios y de los no propietarios, y siendo el urbanismo la respuesta racional y jurídica al planteamiento de unas necesidades sociales, ni sirve para evitar la especulación, ni para mejorar de forma efectiva el entorno urbano, evitando el crecimiento desordenado y anárquico de las ciudades, ni lo que es más grave, para satisfacer las mínimas exigencias de una necesaria justicia social.

Cuestionado así el problema es difícil encontrar una respuesta satisfactoria, incluso la explicación de la imperfección de la regulación jurídica del urbanismo es muy compleja, pues no pertenece solamente a su entorno jurídico, como fácilmente puede comprenderse. Por eso, en la imposibilidad de desarrollarla aquí, vamos a limitarnos al ámbito jurídico y a fijarnos solamente en sus notas más características, teniendo en cuenta que, en la evolución de nuestro proceso legislativo, es posible que la *propiedad privada* haya dejado de ser uno de sus principales protagonistas, o por lo menos, sus papeles han cambiado sensiblemente, apareciendo en primer término, como figura principal, los intereses de la comunidad.

Sea como fuere, en el planteamiento propuesto, las características fundamentales del ordenamiento urbanístico, son las siguientes:

(5) La experiencia jurídica traduce en “sede técnica” la Dogmática, es decir, lo que los juristas han venido pensando, desde siempre, y que constituye el caudal del saber jurídico, como respuesta a las exigencias y a las necesidades de justicia, y que los Códigos y las leyes traducen en los contornos normativos de las diversas instituciones que regulan.

(6) Este proceso es tan amplio y profundo, en nuestro tiempo, y aparece con un significado tan contrapuesto a lo que representó la codificación que no ha dudado en calificarse a nuestra época, brillantemente, como la de la “descodificación”; así, N. IRTI, *L'età della decodificazione*, en *Diritto e società*, 4 (1978), págs. 613 y ss.

1. Tiene un indudable carácter mixto, que contempla aspectos publicísticos y aspectos privatísticos, aunque éstos queden relegados a un segundo plano, indebidamente, respondiendo todavía al esquema, en gran parte superado de la «invasión del Derecho público sobre el campo de los derechos privados».

2. Existe un evidente desfase entre el urbanismo como técnica, que se halla indudablemente más desarrollado, y el Derecho urbanístico que ha irrumpido con su fuerte personalidad en un sistema normativo no del todo preparado para recibirle, resultando una categoría terminológica que no se corresponde, de manera operativa plena, con una verdadera categoría sistemática (7).

3. Como las normas urbanísticas son fundamentalmente normas procesales (8), se mueven muchas veces dejando atrás un vacío sustantivo, pues los derechos y facultades que protegen aunque aparezcan dotados de una intensa vida procedimental, no se hallan delimitados ni definidos convenientemente. De modo que la anticipación entre aspecto procesal y aspecto sustantivo que es propia del progreso jurídico, desde el «*ius honorarium*», se esteriliza en sus resultados por aquella falta de delimitación previa y por la propia complejidad de la materia.

Dentro de este marco, y teniendo en cuenta las salvedades que quedan hechas, vamos a procurar ofrecer una idea, lo más aproximada posible, de las *modificaciones* de la propiedad privada por razón urbanística que no se conforme con una mera descripción aislada, resultado de la incidencia de una normativa que, de antemano, calificamos de incompleta, procurando reconstruir desde aquellas modificaciones su verdadero perfil y su significado, no sólo desde una perspectiva dogmática, sino de acuerdo con las exigencias lógico-valorativas de una relación jurídica tan fundamental para la convivencia social.

(7) En parte, por otro lado, esto es consecuencia del carácter "interdisciplinario" del urbanismo como fenómeno social, lo que aporta un indudable elemento de confusión, nueva Torre de Babel en la que las diferentes contribuciones técnicas se diluyen en un verdadero diálogo de sordos, ya provengan de economistas, sociólogos, psicólogos, ecologistas, etcétera, o de puntos de vista contrapuestos dentro de una misma disciplina, a lo que ha de sumarse la trivialización de cualquiera de los diferentes puntos de vista, en los llamados medios de comunicación social, de lo que podrían ponerse innumerables ejemplos si no fueran de sobra conocidos.

(8) Lo que no escapa a la exquisita sensibilidad de F. PASTOR RIBRUEJO, *La propiedad urbanística y su legitimación*, en *Revista de Derecho urbanístico*, 21 (1971), págs. 45 y ss. Desde un punto de vista más amplio el fenómeno cobra una matización precisa en el libro reciente de F. MAZZONI, *La proprietà procedimento. Pianificazione del territorio e disciplina della proprietà*, Milano, 1975.

1. LA PROPIEDAD PRIVADA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PUBLICO

En una memorable conferencia pronunciada por E. García de Enterría, hace más de veinte años, y con referencia a la Ley del Suelo de 1956 (9), se ponen de relieve dos ideas fundamentales, que aquí conviene destacar: de una parte, que el urbanismo moderno constituye una verdadera *función pública*; y, de otra, que el *contenido normal* del derecho de propiedad privada viene establecido como consecuencia de la planificación. Ambas ideas son rigurosamente exactas, pero como es natural no completan el panorama del urbanismo moderno, ya que éste, en cuanto función pública, se desarrolla y actúa a través de una intensa colaboración con la iniciativa privada, mientras que, por su parte, aunque el derecho de propiedad resulte modificado como consecuencia del plan, la modificación no siempre supondrá una pérdida para su titular, en sentido patrimonial, sino que lo más frecuente es que se beneficie de una revalorización. Teniendo lugar un fenómeno curioso: que mientras el derecho se reduce en sus facultades, o en su contenido en suma, se produce un incremento de valor que pasa a beneficiar exclusivamente al propietario, ya que no existe ningún otro titular preparado con aptitud para recibir el beneficio derivado de las plusvalías urbanísticas.

En consecuencia, el urbanismo, aun siendo una función pública no se puede llevar a cabo sin una decidida colaboración de los particulares, y los particulares no quieren intervenir si no ven las cosas claras, desconfiando de las declaraciones legislativas en relación con el derecho de propiedad, y aprestándose a Burlarlas en la medida de lo posible, y a obtener un sustancioso beneficio patrimonial que, en muchos casos, hay que calificar de excesivo, con lo que ni los poderes públicos cumplen su misión, ni la propiedad su tan traída y llevada función social.

Sin embargo, en el plano normativo, el establecimiento de tales delimitaciones es perfectamente correcto y sumamente expresivo, además, de la carga tendencial que la propia regulación lleva consigo. Lo que se pone de relieve al considerar los efectos jurídicos del plan y de su trascendencia para el derecho de propiedad, como a este respecto muestra el artículo 61 de la primitiva Ley del Suelo, al decir que: «Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley, o, en virtud de la misma, por los Planes de ordenación, con arreglo a la calificación urbanística de los predios».

Diciendo J. Martín Blanco, que esta disposición es la clave en la nueva configuración del derecho de propiedad y de la eficacia normativa del plan, que se convierte en el elemento legal normativo

(9) *La Ley del Suelo y el futuro del urbanismo*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 11 (1958), págs. 485 y ss.

de la propiedad del suelo mediante el sistema de facultades, derechos y limitaciones que impone coactiva y obligatoriamente (10).

Por su parte, M. A. Núñez Ruiz, dirá que «el planeamiento urbano constituye el ordenamiento legal del suelo. Es el Derecho conformador del suelo, de lo que «es» (*sein*) a lo que «debe ser» (*sollen*), de la situación real a la nueva situación organizada. En este sentido el Derecho de la planificación urbana es un derecho innovador y dinámico: clasifica jurídicamente el suelo, señala prohibiciones, límites, deberes y cargas; todo ello para procurar su utilización en congruencia con la función social de la propiedad». Añadiendo, el ilustre urbanista citado que «la potestad planificadora, la más moderna en el orden cronológico de las potestades administrativas, es la potestad conformadora del suelo, y puede afirmarse que es innovativa en cuanto al uso o destino y en cuanto al ejercicio o aprovechamiento urbano» (11).

Pero, ¿qué sucede cuando la normativa del planeamiento se desenvuelve inadecuadamente? La experiencia demuestra que esta situación, en sus múltiples variantes y obedeciendo a las causas y circunstancias más diversas, es más frecuente de lo que parece. Claro que esto es habitual en el mundo del Derecho, donde nada puede tomarse en términos absolutos, como puede advertirse incluso sin salirse del campo de los conceptos, así cuando decimos: que el derecho real es un «derecho absoluto» de modo que el sujeto pasivo del mismo es «toda la comunidad», excluida la persona de su titular, sólo porque la acción que protege a tales derechos, la acción real, se da «*erga omnes*». No cabe duda que, cuando hablamos de este modo, estamos exagerando aunque nos entendemos perfectamente. Pues bien, algo parecido pasa entre la propiedad privada y el urbanismo cuando no funciona el dispositivo dialéctico, y perfectamente lúcido, del juego normativo. En estos casos, el derecho de propiedad se atrinchera tras de su régimen común y se parapeta en su protección constitucional, volviendo a aparecer como derecho absoluto «sin más limitaciones que las establecidas en las leyes» (12), lo que nos viene a recordar que la división del Derecho, en público y privado, sólo tiene un sentido instrumental que no puede servir para explicar, en todas sus dimensiones, la trascendencia de un fenómeno normativo.

De todos modos, la cuestión, que preocupó intensamente a los redactores de la primitiva Ley del Suelo, y que se traduce en su propia sistemática, especialmente a propósito del tema de la vi-

(10) *Dictámenes y estudios de Derecho urbanístico*, Madrid, 1970, págs. 53-54.

(11) *El planeamiento urbano y la propiedad privada del suelo* (Conferencia en las Jornadas de Derecho urbanístico de Salamanca, organizadas por la Universidad de Salamanca y el Ministerio de la Vivienda, en junio de 1973), ed. Zaragoza, 1978, pág. 33.

(12) Garantía de legalidad a la que se atiene también el art. 33 de la Constitución, aunque ya no sea para fijar las limitaciones de la propiedad, sino su propio contenido en relación con la función social (ap. 2).

gencia indefinida de los planes de urbanismo (art. 36 antiguo), con la limitación (o derogación por *desuetudo*) que establecía el antiguo artículo 56, y en otros aspectos que aquí no son del caso, ha preocupado a la doctrina (13), constituyendo uno de los caballos de batalla de la reforma (14) que se traduce, desde un balance comparativo de la ley antigua y de la nueva, en una mayor perfección tanto de las normas de planeamiento, como de las complementarias y subsidiarias del mismo, con lo que el cerco, respecto de la propiedad privada, se va estrechando.

Con todo, la incidencia respecto del derecho de propiedad no es la misma en todos los modelos de la planificación urbanística, ni se produce con la misma intensidad, o perdurabilidad, a lo largo de un proceso de urbanización. De modo que, lo que sea en realidad la propiedad privada, depende no tanto de un concepto que brota de la legislación urbanística, sino de una serie de actos jurídicos o de meros acontecimientos y circunstancias de la más diversa índole que se desenvuelven en el conjunto del proceso urbanizador (dependientes de criterios técnicos o económicos, y de decisiones más o menos arbitrarias, o del mismo azar), y que se actúan a través de la confección de los planes, de la elección o imposición de las zonas, de los sistemas y programas de actuación, y de las propias formas de gestión. Lo que forma parte de la propia *naturaleza* del plan, y que llega a uno de sus casos límite, entre la escala de normas y la escala de actos previos, a propósito del plan de urbanismo y, en general, de la idea de plan de actuación, como dice J. L. Villar Palasí, recogiendo la opinión, en primer término, de un grupo de publicistas alemanes. Así, «para Gigy, es un alejamiento tendencial de las formas jurídicas tradicionales, para Kaiser es algo atípico, sin prototipo anterior; para Imboden es un indiferente jurídico; para Forsthoff es un *aliud* entre el acto y la norma; para Obermayer es una norma. Importa aclarar, dice, que la solución jurisprudencial contempla fundamentalmente no restringir ni dilatar la legitimación: por ello quizá alguna sentencia (S. de 13 de noviembre de 1964) *ha definido* la aprobación de un plan general de urbanismo como un acto complejo o constelación de actos administrativos. Su estructura muestra que contiene, sin embargo, una formulación abstracta general: vincula a los titula-

(13) Un resumen de esta problemática es el espléndido trabajo de M. A. NÚÑEZ RUIZ, *Op. cit.*, págs. 56 y ss.

(14) Acabándose por suprimir el antiguo art. 56, y sustituyéndose la antigua *desuetudo* por la posible suspensión de los planes, acordada en Consejo de Ministros (art. 51), por otra parte, por lo que se refiere a los deberes y derechos concretados en el Plan pueden llegar a caducar, según sus propias previsiones, pero mientras esto no tiene lugar se mantienen la totalidad de las expectativas que aquél determina, so pena de indemnización por la Administración, porque lo que no puede hacer el particular —volver a recuperar las facultades del dominio por caer el Plan en desuso (lo que parecía posible en la Ley anterior)— tampoco lo puede hacer la Administración (pues toda variación puede suponer expropiación y, por tanto, requiere indemnización).

res actuales o futuros y comprende una serie indefinible y repetible de supuestos de hecho» (15).

Por otra parte, insistiendo en esa *desigualdad* de la incidencia del urbanismo sobre el derecho de propiedad, que deja sin brillo a las generalizaciones, y a pesar de que cada vez más una serie de fórmulas técnicas (algunas de ellas posiblemente «gérmenes» de futuras instituciones), tanto en la vieja como en la nueva Ley, tratan de aplicar un reparto equitativo de los beneficios y de las cargas de la urbanización, no se puede decir que por ese camino se vaya a llegar a una reforma duradera del derecho de propiedad, sino que lo que tiene lugar es algo ocasional (lo mismo que sucede con el enfático «*erga omnes*» de su cualidad de derecho absoluto), ya que los derechos de propiedad, unos antes, otros después, atravesado el túnel más o menos largo del proceso urbanístico, recobrarán casi por completo su *contenido pleno*, en virtud de la idea pandectista de la *elasticidad* del dominio, como dice J. Martín Blanco, a que responde el concepto de propiedad que preside el artículo 348 C. c. (16).

Esto, de todos modos, aparece más patente o mejor dicho se pone al rojo vivo, cuando se tiene en cuenta la estricta dimensión patrimonial de la propiedad, es decir, su *valor*. Así, efectivamente, en el juego de valoraciones y contravaloraciones que establece la Ley del Suelo de 1956, nos encontramos con que para prevenir la especulación y hacer más justa la urbanización, el *incremento de valor* de los terrenos urbanizables o urbanizados, deja de ser una *expectativa privada*, en pura teoría normativa y queda afecta al coste de la urbanización y a estimular la construcción de solares. Esto se pretendía llevar a cabo, técnicamente, mediante la distinción de cuatro clases de valores que establecía el artículo 85: valor inicial, valor expectante, valor urbanístico y valor comercial. Sistema que, como veremos, se simplifica en la nueva Ley, aunque para el caso es lo mismo, ya que según se pretendía, el paso del *valor inicial* al *valor urbanístico* queda afecto a la urbanización, mientras que el paso de éste al *comercial*, lo está a la edificación. Pero, como se preguntaba F. Fernández de Villavicencio, ¿quién paga realmente la urbanización? La experiencia nos dice que no el propietario de los terrenos, ni el particular que, siendo propietario o no, promueve la urbanización o la edificación, puesto que la revalorización, como dice el ilustre colega citado (17), la pagamos todos. La paga directamente el que va a comprar un piso, el que le toma en alquiler, el que necesita un local de negocio o una plaza de garaje, y también la propia coyun-

(15) *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*. Madrid, 1968, pág. 421.

(16) Sin embargo, esta posibilidad es la que pretende reducirse cada vez más con una rigurosa aplicación del planeamiento.

(17) Conferencia pronunciada en Oviedo, en el Cielo de Derecho urbanístico organizado por el Departamento de Derecho civil, en mayo de 1969.

tura económica nacional que viene prefigurada, en este sentido por factores tan típicos y tan conocidos que no es preciso ni siquiera mencionar. Entonces, ¿qué es lo que está pasando? Muy sencillo, que una cosa es la «justicia» que proclaman las leyes urbanísticas y otra muy distinta la justicia concreta a la que aspira el Derecho. Sin embargo, esta cuestión encuentra en la nueva Ley del Suelo, algunas contestaciones satisfactorias (18), dependientes del perfeccionamiento técnico del sistema, y de que la propiedad privada ha dejado de estar, a diferencia de la regulación anterior —al menos en línea de principios— en el centro del mismo. En este sentido, dice exactamente, M. A. Núñez Ruiz, en relación con el Proyecto de reforma, que «la propiedad deja de ser centro y pasa a serlo la comunidad (el orden colectivo). En la Ley del Suelo, el *orden* es el resultado de la actuación positiva de la función social de la propiedad. En el Proyecto de reforma, la estrategia se invierte en su más pura dialéctica socializadora: de la realización del orden colectivo, que constituye el *prius* urbanístico, deviene la propiedad privada del suelo. Por esto los *standards* urbanísticos, el cuadro social de cargas, tienen el efecto de determinar el contenido del derecho de propiedad. La propiedad privada no es un *prius*, sino un *posterius*». Añadiendo, seguidamente que «si realmente nos encontramos ante obligaciones administrativas, éstas presuponen un poder público, una Administración dotada de potestad para utilizar directa o indirectamente la propiedad. Por tanto, puede hablarse en el estado actual de la disciplina urbanística de unos derechos subjetivos patrimoniales de la Administración en la utilización social del suelo que condicionan y delimitan la propiedad privada del suelo edificable» (19).

El mérito de esta observación está, sobre todo, en poner de relieve a dónde nos debe llevar la evolución jurídica, en función

(18) Así, en materia de valoraciones del suelo, “el valor que a éste se reconoce —dice la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975— debe estar en función del grado de cumplimiento de las obligaciones y cargas derivadas del Plan que se observa en cada caso. El valor se independiza así, en gran medida, de las puras calificaciones formales y se hace depender fundamentalmente del efectivo cumplimiento del Plan, del que depende asimismo la adquisición del derecho a edificar”. Añadiendo seguidamente que: “Las innovaciones en esta materia, que comportan una estrecha relación con la valoración fiscal y una gran simplificación se completan: a) Llevando a sus últimas consecuencias el principio de valoración objetiva que se quebranta en la Ley del Suelo con el reconocimiento de unos valores “comerciales” y que ocasionaba en la práctica diferencias desproporcionadas en relación con las circunstancias, a veces nimias, que daban lugar a la aplicación de uno u otro valor. b) Eliminando el valor expectante, aplicable hasta ahora a la reserva “urbana”, con independencia de la actividad de los interesados; y c) Reconociendo a los arrendatarios e inquilinos afectados por expropiaciones, en su condición de sujetos pasivos, generalmente más débiles, de las mismas, el derecho a ser indemnizados conforme a la Ley de Expropiación Forzosa”.

(19) *Op. cit.*, pág. 54.

de las exigencias técnicas de la materia de que se trata, que es como decir en función de las exigencias que demanda una justicia concreta. Así vistas las cosas, no en función de la invasión del Derecho público sobre el campo del Derecho privado, o de conflicto entre ambos ordenamientos, se está en camino de entender y de hacer operativo el ordenamiento jurídico del urbanismo. Viniendo en apoyo de esta nueva concepción el prestigio de la Historia. Así, cuando tiene lugar el inicio del movimiento urbano en Europa, en la baja Edad Media, se desarrolla en buena parte al amparo de unos modelos postfeudales, de estirpe publicista, que dan lugar a nuevos derechos privados, como sucede con el *censo urbano*, cuya línea institucional ha perdurado en algunos ordenamientos, hasta llegar al moderno «derecho de superficie», como ha sucedido especialmente en Alemania (20).

De esta manera estamos ante un Derecho público de trascendencia patrimonial, que confiere y atribuye Derechos privados, como consecuencia de las incesantes interrelaciones que, actualmente, se desenvuelven por doquier en el campo normativo, fenómeno semejante al que ha tenido lugar con lo que, modernamente, se llama Derecho económico (21), y que confiere al panorama del ordenamiento jurídico un aspecto totalmente distinto del que podía contemplarse en la época de la codificación, cuando se fijaron las categorías fundamentales del Derecho moderno.

2. LA PROPIEDAD URBANA Y LA «FUNCION SOCIAL» DE LA PROPIEDAD

El liberalismo político que ha creado una forma racionalmente posible del Estado moderno, donde el respeto al «pluralismo ideológico» hace factible la permanente dialéctica del *espíritu absoluto* como decía Hegel, no olvidando que surgió revolucionariamente en abierta lucha con la «estamentalización social», representada por el *ancien régime*, incorpora aunque ya tardíamente a su ideario un concepto que toma del viejo socialismo doctrinario de principios de siglo, y que se concreta, en este caso, en la llamada «*función social de la propiedad*», que las Constituciones añaden a las proclamaciones de derechos, sobre todo, a partir del modelo de la Constitución alemana de la República de Weimar. Principios programáticos que acogen en España, tanto la ilustrada Constitución:

(20) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, Madrid, 1974, págs. 57 y siguientes, 86 y ss y 106 y ss.

(21) Nuevo «*tertius genus*» que sustituye al Derecho social en la Dogmática de los años que siguen a la restauración jurídica posterior al desastre de la Segunda Guerra Mundial, y que se consagra de manera definitiva, sobre todo, a partir de E. HUBER, en Alemania, T. ASCARELLI, en Italia, FARJAT, en Francia, y A. POLO, en España.

republicana de 1931, como las Leyes fundamentales del régimen político anterior.

De esta manera, el Estado liberal, aún sin abdicar de sus principios, pretende realizar una «democracia social», en régimen de libertad política y económica, que lejos de cohartar la iniciativa privada, la impulsa y la fomenta, propiciando un «desarrollo paralelo» de los poderes del ordenamiento y de los poderes de los particulares que sólo se hallan sometidos por igual al superior interés público y social.

Es lógico que esta línea —en sede de principios— se acentúe, incluso con algunas rectificaciones, en la Constitución de 1978 que comienza proclamando que España se constituye en un «Estado social y democrático de Derecho» (art. 1-3), como evidencian sus artículos 33 (22) y 38 (23), por una parte, y, 128 y 131 (24), por otra, como los más significativos al respecto. De este modo, en materia urbanística el desarrollo legislativo anterior coincide, esencialmente, y, desde un punto de vista formal, con el marco constitucional posterior.

Sin embargo, siendo la Constitución de 1978 un texto claramente transaccional y que traduce, claramente, tensiones entre tendencias contrapuestas, le queda al intérprete la duda de si se moverá todavía en el juego dialéctico entre propiedad privada y propiedad colectiva, o si habrá sabido remontar a ese otro estadio que, en relación con el urbanismo, considerábamos respondía a las exigencias técnicas de la materia que son la traducción jurídica de las exigencias de justicia a que debe responder toda normativa. Sólo el tiempo y la experiencia futura nos podrán demostrar si esta coincidencia formal lleva aparejada, en sí misma, una coincidencia sustancial más profunda.

En todo caso, lo que queda claro desde el punto de vista constitucional no siempre ha sido comprendido fácilmente a la hora de trasladar el esquema, en este caso de la *función social*, a la relación entre «derechos fundamentales» y «derechos privados» (25), y así ha sucedido con la tan traída y llevada *función social de la*

(22) Cfr. "1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

2. La función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes.

3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes."

(23) Cfr. "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación."

(24) Que proclaman, por un lado, la subordinación de la riqueza del país, en todas sus formas, al interés general, confiriendo al Estado la potestad planificadora, por otro.

(25) En la doctrina extranjera, bajo presupuestos parecidos, resulta inmejorable el análisis que hace W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, München, 1960.

propiedad. Tema del que aquí no podemos ocuparnos (26), bastándonos con señalar que no se trata de un concepto que ha de ser tomado en consideración a su *contenido*, sino de una *función* que pudiendo tener un contenido *diverso* (por cuanto que diversas, y aún múltiples son las funciones sociales), actúa como una constante que condiciona el reconocimiento del ejercicio de los derechos de un modo uniforme.

Volviendo ahora a nuestra primitiva Ley del Suelo, vemos que en ella se establece que la propiedad ha de ejercerse conforme a su *función social* (lo que aparece claramente recogido de modo general en los artículos 61 y 70 de su texto) y que reproducen los artículos 76 y 87 del texto refundido vigente (manifestándose también en otras muchas aplicaciones particulares en ambos textos legales). Con esto es claro que la referencia a la *función social* de la propiedad, en el ámbito del ordenamiento urbanístico, no es meramente programática, incluso esta misma normativa ha contribuido a perfeccionar, a desarrollar, y a aplicar el concepto técnico de la *función social* de la propiedad. Pero, ¿realmente lo ha conseguido? Esta es la pregunta que hay que contestar. A lo que creo sólo lo ha conseguido a medias, por razón de este carácter incompleto y, por tanto, *imperfecto* del ordenamiento urbanístico tal y como hemos venido poniendo de relieve (27). Bien es verdad que, en el sistema de la vigente Ley, esto parece en buena parte corregirse con el nuevo «régimen urbanístico del suelo» (tít. II), aunque no hay que olvidar que la objeción puede seguir poniéndose, referida más que al texto a la *dinámica* urbanística, sobre la que vuelven a incidir los defectos estructurales y coyunturales, anteriormente aludidos, y en las instancias de gobierno un contra viento de estilo liberal posiblemente inoportuno.

Para completar estas ideas, vamos a tratar de explicar en qué consiste el significado *dogmático* de la función social de la propiedad. Este significado se ha explicado por la doctrina de muchas maneras. Para unos, supone que el concepto de propiedad al que se acoge el Código civil, queda como una *propiedad insular*, como la ciudadela o el baluarte que por hallarse cercado de tal número de *limitaciones* para salir al «campo de la verdad» ha de tomar la forma de esas *limitaciones*. Para otros, no se trata sólo de *limitaciones* del dominio («*Eigentumsbeschränkungen*»), que aún fijando sus límites siempre quedan ajenas al concepto del derecho de propiedad, sino de establecer su propia configuración normal

(26) Cuestión de la que me he ocupado anteriormente, vid. J. L. DE LOS MOZOS, *El urbanismo desde la perspectiva del Derecho privado*, en *Revista de Derecho Privado*, 1961, págs. 294 y ss. Recientemente, vid. las actas del Seminario dirigido por F. SANTORO PASSARELLI, en el vol. *Proprietà privata e funzione sociale*, Padova, 1976.

(27) Seguramente, porque, como dijo J. GONZÁLEZ PÉREZ con relación a la primitiva Ley del Suelo, ésta es una Ley socializadora a medias.

(«*Eigentumsbegrenzung*») (28). Una postura todavía más avanzada, entiende que la transformación de la propiedad —como yo mismo he defendido en diversas y reiteradas ocasiones (29)— se opera en virtud de la instrumentación de la función social, no sobre la «relación jurídica» en sí misma considerada, sino sobre uno de sus elementos: el *objeto* sobre el que recae el derecho. Así, en el caso del urbanismo, el solar, los terrenos, las fincas, se han convertido en unos volúmenes de edificabilidad, en un derecho de reparcelación, en una compensación en dinero o en terrenos, etc.

La consecuencia de estas mutaciones sobre el *objeto*, vienen a sustituir la propiedad como una categoría abstracta sobre una cosa que atribuye una plenitud de derechos o facultades a su titular, por un derecho que recae sobre «cuerpos ciertos» en sentido funcional (es decir, de acuerdo con el *destino* que sirve no sólo a los intereses de su titular, sino también al interés público y social). Concepto que, por otra parte, se vincula a la noción de *finca funcional* (30), de rancio abolengo en nuestra tradición jurídica (31). Por eso, de alguna manera, la incidencia de la *función social* —categoría que, por lo demás, es tan antigua como el Derecho mismo— aplicada al derecho de propiedad, autoriza a hablar de éste en sentido *plural*, ya que plurales son las cosas sobre las que recae el derecho. Por lo que, es más exacto, hablar de *propiedades* y no de propiedad (32).

Es obvio que el legislador podría haberlo hecho de otro modo, pero no lo ha hecho, de suerte que, las alteraciones y modificaciones que sufre el derecho de propiedad a través de las actuaciones urbanísticas, se operan a través del *objeto* del derecho, no sobre la estructura de la «relación jurídica», de tal modo que, a pesar de aquellas modificaciones, la propiedad urbana sigue siendo la propiedad urbana, no el *censo urbano* u otro derecho sobre el suelo. Por eso, el énfasis que ponen los publicistas al hablar del tema, aunque desentendiéndose de la ulterior peripecia de los derechos privados, no sirve para expresar la situación real, por mucho que las apariencias engañen. Tanto que, hay momentos en que parece

(28) Para la dimensión de ambos conceptos en la moderna doctrina alemana, vid. H. WESTERMANN, *Lehrbuch des Sachenrechts*, Karlsruhe, 1951, págs. 114 y ss. En sentido análogo, F. BAUR, *Lehrbuch des sachenrechts*, 10.^a ed., München, 1978, págs. 237 y ss.

(29) F. C. SÁINZ DE ROBLES - J. L. DE LOS MOZOS, *Limitaciones y modificaciones de los derechos reales inmobiliarios por razón de turismo*, en *Revista de Derecho urbanístico*, 6 (1968), págs. 41 y ss.

(30) Para esto, J. CASTÁN TOBEÑAS - J. L. DE LOS MOZOS, *Derecho civil español, común y foral*, I-2, 12.^a ed., Madrid, 1978, págs. 588 y ss.

(31) A través del concepto de "*fundus instructus*" que se remonta a la tradición romana, ULPIANO (D,33,7,8,pr.).

(32) Así, propiedad rústica, urbana, de objetos artísticos, del buque, de la aeronave, del dinero, de las acciones, etc. Sin embargo, este hablar de propiedades ha de ser tomado "*cum grano salis*", ya que el Derecho de propiedad sigue siendo el mismo, puesto que la diferenciación no depende de verdaderas categorías sistemáticas, sino de la naturaleza del objeto, exclusivamente.

que la transformación operada sobre los derechos de propiedad, trasciende al propio nacimiento de los mismos, como si aquéllos derivaran de una mera *concesión administrativa* (33). Pero esto no es cierto ya que el acto administrativo correspondiente, o la cadena de actos y actuaciones, no constituyen un «título originario» del derecho de propiedad, sino a lo sumo sirven de título a la *modificación del objeto del derecho*, que es lo que separa la propiedad urbanística de las llamadas *propiedades especiales*, en que la concesión administrativa es un verdadero título, y, además, originario, de la atribución del derecho. Otra cuestión es que, esta otra solución pueda ser más efectiva y posiblemente más justa, pero este es otro tema.

Tampoco explican bien el fenómeno, aquellas descripciones que se limitan a enumerar, siguiendo un esquema descriptivo de las facultades del dominio, puramente correcto por otra parte desde el punto de vista de la dogmática del derecho de propiedad, las limitaciones del mismo, como consecuencia de las actuaciones urbanísticas.

En el primer caso, con una exagerada óptica publicista, se deforma la importancia de la intervención pública, quedando desfigurada la *función social* de los derechos privados. En el segundo, por puros prejuicios dogmáticos, se queda uno en una mera descripción externa del problema, sin ahondar en su significado, ni en su trascendencia.

Lo que sucede, en ambos casos, es que ni se valora adecuadamente el sentido de la *función social*, ni se entiende el propio fundamento del *derecho de propiedad*. Por ello, hay que tratar de aclarar ambos conceptos, aunque sea someramente.

La *función social* de la propiedad (o de los restantes derechos privados), no representa, en general, otra cosa, dentro del Estado de Derecho, que el principio constitucional que, de una forma genérica, autoriza la acción y la intervención pública, en la esfera de los derechos privados para someterles al superior *interés público* y social (34). Pero como el Estado de Derecho supone un equilibrio de poderes, en este sentido, entre los individuos y la comuni-

(33) Los administrativistas se encuentran inclinados a esta solución, y así lo ha manifestado y defendido, entre otros, R. MARTÍN MATEO, *El urbanismo y las categorías jurídicas tradicionales*, en *Revista de Derecho urbanístico*, 39 (1974), págs. 13 y ss. Pero uno se resiste a aceptar una solución de esta naturaleza: en el juicio de división de cosa común, p. ej., la *adjudicatio* de partes concretas y determinadas a cada uno de los comuneros por el acto jurisdiccional, no crea el derecho propiamente, sino que le concreta en su extensión, o sea, respecto de su objeto. Para que fuera de otro modo *adjudicatio* o *divisio* deberían de ser modos originarios de adquirir el dominio, y no lo son.

(34) Lo que, desde el punto de vista de la dinámica de la legitimación de los derechos privados frente al ordenamiento, responde a la exigencia lógica de los principios de coherencia y de totalidad, lo mismo que pasa, en otro orden de cosas, con la exigencia de la *causa* respecto del reconocimiento de la autonomía privada creadora de negocios jurídicos.

dad, la transformación de los derechos privados sólo puede tener lugar en este contexto, es decir, sólo en tanto en cuanto sea necesario para el cumplimiento de aquellos fines o *funciones*, incluso sin ir un milímetro más allá. ¿Es esto un fallo del sistema? Posiblemente, aunque con toda probabilidad es el menos malo de todos los sistemas conocidos.

Lo mismo sucede con el concepto del *derecho de propiedad*, que no se explica solamente acudiendo a describir las facultades que integran el dominio, puesto que, aún dogmáticamente hay que tener en cuenta también la propia *estructura* de la «relación jurídica» que le integra, y que se traduce en su proverbial *contenido elástico*. Sin olvidar tampoco el carácter de «derecho constitucional» o «fundamental» que, incontrovertiblemente, ostenta, como expresión de la *libertad económica* de su titular (y potencialmente de todos los conciudadanos). Concepto que no sólo deriva, como suele decirse, de una tradición pandectista, sino que viene a ser, también, un producto del liberalismo político y económico, resultado de un proceso revolucionario que tuvo por objeto la «liberación» de la propiedad, y que, mediante la liberalización de su tráfico jurídico, como instrumento creador de riqueza, le convierte, sobre todo, en un *valor*.

Esto se manifiesta, en nuestro caso, en que por muchas limitaciones y modificaciones que sufra la propiedad urbana, e incluso aunque éstas incidan, por razón del destino económico del *objeto* sobre el que recae el derecho, en la modelación de su propio *contenido* (o conjunto de facultades que comprende) quedando mínimamente libre la *iniciativa* del propietario, al menos como poder de disposición en relación con un *valor* (35), que es en lo que se ha transmutado la cosa, originariamente objeto del derecho, es natural que la propiedad que sale por la puerta, como dice R. Savatier, vuelva a entrar por la ventana (36). Lo que explica el que la propiedad urbanística no pueda ser calificada como una *propiedad especial*, ya que el Plan no sirve de título *originario* del derecho,

(35) Bien es verdad que esta iniciativa, una vez aprobado el Plan, queda canalizada dentro de las opciones que éste conceda, y no cabe, como bajo la Ley anterior, según veíamos antes, una plena recuperación de las facultades dominicales por *desuetudo* del Plan (vid. F. ROMERO HERNÁNDEZ, *Limitaciones extrínsecas de la nueva Ley del Suelo*, en *Revista de Derecho urbanístico*, 47 (1976), págs. 79 y ss.). Por otra parte, los predios quedan afectos a las obligaciones y cargas que imponen los planes con independencia de quién sea el propietario, aunque no se cierra el tráfico jurídico de los propios predios (art. 88 LS.), luego los derechos dominicales que los titulares conservan sobre las fincas se refieren a valores, que aunque en cierta medida dependen de las determinaciones del plan y del cumplimiento de sus obligaciones y cargas —como expresa la Exposición de Motivos— se hallan protegidos frente a la Administración de cualquier variación, como anteriormente señalábamos.

(36) Lo que será una realidad mientras no varíe la *naturaleza* del derecho por mucho que se haya modificado en su objeto o contenido, y quede libre la iniciativa del propietario.

como sucede en la *concesión*, sino de título *modificativo* de su contenido a través de su *objeto*.

3. LA PROPIEDAD URBANA COMO «PROPIEDAD FUNCIONAL»

Comenzaremos diciendo que, como consecuencia del urbanismo, la propiedad urbana, de ser una pura propiedad abstracta, como la contempla el Código civil, pasa por un proceso de concreción, a través del Plan, o de las normas subsidiarias de planeamiento, para transformarse en una *propiedad funcional*. Antes del urbanismo moderno, la propiedad urbana descansaba sobre una mera realidad física, siendo predios urbanos los edificios y solares que se hallaban dentro del contorno de una ciudad (aunque esto presentara algunas excepciones, como muestran las legislaciones especiales de arrendamientos rústicos y urbanos, o el ordenamiento fiscal). Hoy, la propiedad urbana, ofrece un concepto más amplio al contemplarse la ciudad en un proceso constante de expansión, y más complejo, como consecuencia de las propias técnicas de la planificación urbanística, que tanto afectan, por otra parte, lo mismo a la expansión de la ciudad que a la propia remodelación de su casco antiguo. En este sentido, la propiedad urbana, vendrá a ser lo que diga el Plan. Pero esto no puede entenderse en términos absolutos, como ya sabemos, sino únicamente a través del *destino* que el Plan atribuye al *objeto* sobre el que recae el derecho de propiedad.

Todas las demás limitaciones o transformaciones del *contenido* de los derechos de propiedad se dan en función del destino de los predios, aunque por la complejidad del proceso urbanizador, o por la desigualdad de su incidencia, pueda parecer a una mera descripción del fenómeno, en relación con las facultades del dominio («*ius utendi, abutendi et disponendi*»), que las cosas tienen lugar de otra manera. En lo demás, la propiedad permanece libre (por muy pequeña que esta libertad nos parezca), cualidad que varía sensiblemente según los distintos momentos del proceso urbanizador, y según la diferente incidencia especial del mismo.

Sin embargo, la normativa legal, tanto en el texto originario, como en el que ha resultado de la reforma, utiliza fórmulas un poco sobrecogedoras para el derecho de propiedad, si se toman en toda su generalidad. De este modo, el artículo 76 del texto refundido expresa que: «Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley, o en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación, con arreglo a la *calificación urbanística* de los predios». Igualmente, el artículo 87-1, siguiendo las huellas del antiguo artículo 70, establece que: «La ordenación del uso de los terrenos y construcciones enunciada en los artículos precedentes

no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su *calificación urbanística*. Aunque el inciso segundo de este mismo precepto aclara que: «Los afectados tendrán, no obstante, derecho a la distribución equitativa de los *beneficios* y *cargas* del planeamiento en los términos previstos en la presente Ley».

Pero, a pesar de todo, no es tan fiero el león como le pintan. Así, si nos fijamos en ambos preceptos, veremos que ambos aluden a un criterio fundamental: la *calificación urbanística*, que no supone en modo alguno la negación de la propiedad, sino su mera funcionalización, asignando al objeto del derecho un destino concreto y determinado dentro del Plan, para evitar el crecimiento anárquico de las ciudades. Incluso respecto del segundo de los preceptos citados, que a tantas discusiones dio lugar en los trabajos preparatorios de la Ley del Suelo de 1956, aunque parezca, desde una óptica literalista de la interpretación del precepto, que se niega al propietario hasta el *derecho fundamental*, según el cual, «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes» (37). Pero no hay tal cosa, porque integrado este precepto en su propio contexto literal, la *supuesta* privación de que se habla no se produce, ya que al depender el derecho de la calificación urbanística, ésta lo que trata de evitar, únicamente, es un beneficio arbitrario, sustituyendo éste por un beneficio programado, de acuerdo con el Plan, y, por ello, más justo, al tratar de armonizar intereses privados entre sí, y, éstos, en relación con los intereses sociales.

Si pasamos ahora de estos preceptos fundamentales, a los que establecen el desarrollo técnico, en virtud del cual, se opera la transformación de la propiedad común en propiedad urbanística, nos encontramos con que el criterio que se toma, como punto de partida, es el de la *calificación urbanística* de los predios, de acuerdo con unos tipos, a los que ya anteriormente nos hemos referido, y que han sido objeto de modificación en virtud de la reforma, estableciendo los artículos 77 y siguientes, dos criterios distintos para su determinación: cuando el territorio de los Municipios tenga un Plan General de Ordenación y cuando carezca de Plan. En el primer caso, el suelo se *clasifica*, en urbano, urbanizable y no urbanizable (art. 77 LS).

Al suelo *urbano* se refiere el artículo 78, estableciendo un esquema de requisitos más amplio que el de la Ley del Suelo ante-

(37) Art. 33-3 de la Constitución. Lo que no impide, como veremos, que se impongan a los propietarios cesiones obligatorias de terrenos con carácter gratuito, como compensación de los beneficios derivados de la urbanización, y que tiene raigambre en la tradición jurídica española, como dice la citada Exposición de Motivos de la Ley.

rior, al exigir que los terrenos han de contar con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica, y, por otra parte, más comprensivo (saliendo al paso de las dudas que ofreció, en un principio, el ámbito de aplicación de la legalidad anterior) por estar comprendido —dice el artículo 78 a)— en áreas consolidadas por la edificación, al menos en dos terceras partes de su superficie.

Al suelo *urbanizable* se refiere el artículo 79, distinguiendo entre suelo *programado* y suelo *no programado*. El primero, es el comprendido en el propio Plan en realización; el segundo, puede ser objeto de urbanización mediante la aprobación de programas de actuación urbanística.

Por último, el artículo 80, se refiere al suelo *no urbanizable*, bien porque no se incluya por el Plan en alguno de los tipos anteriores, bien porque se trate de espacios que son objeto de una protección especial (por su valor agrícola, forestal, ganadero, paisajístico, etc.).

En los municipios en que no exista Plan General de Ordenación, la clasificación del suelo se refiere únicamente a estos dos tipos: suelo *urbano* y suelo *no urbanizable*, distinción que se verifica con criterios de mayor sencillez que en el supuesto anterior, pero atendiendo a las mismas finalidades, según establece el artículo 81 LS.

Ahora bien, dependiente la situación de los predios de su *calificación urbanística*, la realidad de los mismos, como *finca funcional* dependerá de una serie de factores que viene dada por las propias circunstancias de los mismos (situación, extensión, características) en función del Plan (o mejor dicho, de los Planes, ya que hay que tener en cuenta, primero el Plan General, y, después, los Planes parciales y especiales, en su caso). Por eso, no es lo mismo la incidencia de la planificación sobre un edificio o solar que se halle en el casco urbano, que la de un terreno que se halle a las afueras de la ciudad, y que el Plan haya calificado de urbano, o de otro que sin serlo naturalmente, se considere como urbanizable, sea programado o no, o que pase a ser de urbanizable a urbano (adaptación de planes, modificación, etc.).

De modo que, para saber la situación urbanística de los predios, y, por tanto, su entidad como *finca funcional*, hay que acudir a las previsiones contenidas en los Planes, según la normativa que establecen los artículos 10 al 13, por lo que se refiere a los Planes Generales Municipales de Ordenación, y a los Planes Parciales. Teniendo en cuenta que la reforma ha introducido como marco de los primeros, en su caso, los Planes Directores territoriales de coordinación (arts. 8 y 9), y como medio de desenvolvimiento de los Planes Parciales, los llamados Estudios de Detalle (art. 14), así como, para la ejecución de unos y otros, los Proyectos de Urbanización (art. 15), que si no inciden en el régimen del suelo y de la edificación, pueden tener una trascendencia práctica importante en cuanto a la periodificación de las actuaciones urbanísticas, de indudable

interés para los propietarios y demás promotores privados. Sin olvidar lo que es todavía más importante, por tener una gran incidencia sobre la propiedad, como son los Programas de Actuación urbanística (íntimamente relacionados con el encauzamiento del *ius disponendi*), que cobran una sustantividad propia después de la reforma (art. 16). Teniendo en cuenta, por último, que la misma eficacia de los Planes tienen, en su caso, las *normas* subsidiarias del planeamiento, cuando no haya Plan, o cuando las previsiones del mismo sean incompletas (arts. 70 a 75), y que han adquirido, en el nuevo sistema de la Ley, una mayor importancia y sustantividad, respecto del régimen anterior. Toda esta normativa se completa con lo dispuesto en los artículos 114 y siguientes LS., teniendo en cuenta, por lo demás, que es objeto de un minucioso desarrollo en el Reglamento de Planeamiento, aprobado por Real Decreto de 23 de junio de 1978.

4. MODELOS DE INCIDENCIA DE LAS ACTUACIONES URBANÍSTICAS SOBRE LA PROPIEDAD PRIVADA

El modelo fundamental, como ya hemos dicho, es la *calificación urbanística* de los predios que tiene lugar, en primer término, por medio de la *clasificación del suelo* llevada a cabo por el Plan, a partir de la cual sigue un desarrollo polimórfico que se resiste a ser encajado en las categorías tradicionales, dando lugar a una serie de modelos que vamos a tratar de explicar someramente.

a) El primero de ellos, partiendo de la idea conductora de la mutabilidad del *objeto* sobre el que recae el derecho de propiedad, es el *concepto de solar*.

Tal concepto es multívoco en el sistema de la Ley del Suelo, aunque guardando siempre cierta relación con el predio o finca preexistente. Por una parte, parece que sólo puede encontrarse en *suelo urbano*. Ahora bien, formando parte del suelo urbano, sólo puede ser considerado como tal el que, en el Plan, merezca esta *calificación* (art. 83-1), lo que confiere al mismo el carácter de *finca funcional*, que se construye a partir de la combinación de las tres situaciones siguientes:

1.^a Tomándola directamente de la realidad, mediante las adaptaciones necesarias: caso que contempla el artículo 82 LS., cuando le considera «como *superficie apta para la edificación*», de acuerdo con las normas mínimas del Plan (según lo dispuesto en el art. 78), o con las normas subsidiarias (a que se refiere el art. 81-2), y siempre que la vía a la que de frente la parcela se halle pavimentada y encintada de aceras (art. 82).

2.^a Estableciéndola en función del Plan, por vía de una verdadera *ficción* de la realidad, mediante la consideración, no de lo que es, sino de lo que debe de ser (aquí vuelve a salir lo del «*sein*» y el «*sollen*» que decíamos antes): caso que contempla el artícu-

lo 154-3, cuando establece que, a los efectos del fomento de la edificación, «tendrán también la condición de solares las fincas en las que existieren construcciones paralizadas, ruinosas, derruidas o inadecuadas al lugar en que radiquen...», provocando su *edificación forzosa*, en los términos que establecen los artículos 155 y siguientes LS.

3.^a Se puede seguir hablando también de *solar*, sin salirnos del ámbito que hemos delimitado, cuando en suelo *urbano* se utilice el procedimiento de *reparcelación*, en los términos que permite el artículo 99-4, y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 97 y siguientes LS. y disposiciones complementarias, por cuanto la reparcelación constituye una puesta en común, que implica una *vocación divisoria* de las superficies útiles para ser edificadas, que de esta suerte aparecen como *solares*, hecha deducción del reparto de las cargas que impone la urbanización.

b) Otro modelo de la incidencia urbanística, hay que encontrar en la técnica del «*aprovechamiento medio*», que tiene lugar en las actuaciones que se desenvuelven en relación con el suelo *urbanizable*, donde las «superficies y los volúmenes aptos para la edificación» que resulten, guardan sólo una relación remota con o respecto de los predios comprendidos dentro del polígono de que se trate. Tanto que, en este caso, podemos decir que el *objeto* sobre el que recae el derecho de propiedad se volatiliza, como consecuencia, no sólo del Plan, sino propiamente de la programación del suelo *urbanizable*.

Esto supone que la incidencia sobre el derecho de propiedad no deriva únicamente de la *calificación urbanística* de los predios, como todavía sucede en *suelo urbano*, sino del *aprovechamiento medio* fijado por el Plan, lo que supone una auténtica novedad de la reforma. De este modo, la «realidad material» de los predios se *transforma* en un «aprovechamiento» estableciendo el artículo 84-2 LS. que el aprovechamiento de cada finca se determinará (por el Plan General), «refiriendo a su superficie el aprovechamiento medio del sector en que se encuentra enclavada, sin que tenga relevancia al respecto su calificación concreta en el Plan». Lo que desarrollan los sucesivos apartados de este mismo artículo y especialmente el artículo 31 del Reglamento de Planeamiento, y los artículos 45 y siguientes del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por Real Decreto de 25 de agosto de 1978, y que habrá de integrarse con lo dispuesto en el artículo 12-2-2.º LS., teniendo en cuenta que la planificación alcanza, no solamente a determinar el aprovechamiento medio por sectores, sino a establecer tales sectores (artículo 12-2-2.º d) y 16-2) lo que implica, de acuerdo con sus diferentes usos y destinos, diversos tipos de aprovechamiento medio, puesto que, en estos niveles superiores, la planificación es, sobre todo, *zonificación* (arts. 117 y 118 LS.).

Por lo demás, la idea del *aprovechamiento medio* es un recurso técnico, para la distribución *equitativa* entre los propietarios de

los predios afectados de beneficios y cargas, lo que algún autor, tomando el rábano por las hojas, ha calificado de aplicación de criterios de justicia distributiva (!), cuando la justicia distributiva habría que entenderla cuando aquélla tuviera lugar entre propietarios y no propietarios.

c) Los restantes modelos de la incidencia sobre la propiedad privada de la actuación urbanística se pueden reconducir a esquemas, más o menos habituales en las técnicas de las *limitaciones* del dominio, aunque, forzoso es reconocerlo, van mucho más allá de tales limitaciones. Para su estudio habría que hacer un análisis minucioso de todo el sistema de la ley, lo que por ahora es imposible.

Para una simple enumeración, por vía de ejemplo, sin pretender agotar la materia, podemos partir, también, de la clasificación del suelo, haciendo notar que la incidencia es menor en suelo *urbano* que en suelo *urbanizable*, sin embargo, vamos a utilizar aquí un criterio distinto, superponiendo a aquélla distinción su mayor o menor vinculación al *objeto* del derecho.

a') 1. En suelo *urbano* se condiciona el *ius aedificandi* en los términos tan conocidos que señala el artículo 83-1 y 2, aparte de la necesidad de licencia municipal (arts. 178 y siguientes), incluso dentro del plazo que señala el Plan, cuando así lo estableciera (art. 83-3-3.º), ejercicio de la facultad de edificar que desarrollan los artículos 39 y siguientes del Reglamento de Gestión.

2. *Cesión gratuita* para viales, zonas verdes, servicios, etc., a los Ayuntamientos respectivos (por la contrapartida de revalorización que supone la urbanización), teniendo en cuenta el reparto equitativo de las cargas (art. 83-4), a través de las reparcelaciones que procedan, de acuerdo con lo establecido en el artículo 97-2 y 117-3, con el límite que fija el artículo 87-3, que luego veremos.

3. *Costear la urbanización* (art. 83-3, 2.º), generalmente por el procedimiento de las contribuciones especiales (art. 192-2, d) y 196 y siguientes).

4. En cuanto a los *usos* de los terrenos y construcciones y de su alterabilidad (= destino), ya hemos hablado antes en términos generales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 87-1, salvo modificación o revisión de su ordenación (art. 87-2), así como de la *obligación* de edificar (art. 83-3, 3.º y 154 y ss.).

5. *Imposición de obligaciones reales* sobre los predios (38), puesto que todas estas limitaciones y cargas (que algunos impropiamente llaman deberes), afectan a los predios *ob rem*, con independencia de quien sea su propietario, obligando por tanto a los sucesivos adquirentes, aunque no se cierre el tráfico de las fincas (art. 88).

b') Limitaciones y modificaciones semejantes afectan a los

(38) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *La obligación real, aproximación a su concepto*, en *Libro-Homenaje a R. M. Roca Sastre*, II, Madrid, 1976, págs. 331 y ss.

derechos de propiedad que recaen sobre las fincas clasificadas de suelo *urbanizable* (art. 84-3).

Por otra parte, aquí tiene lugar otro modelo de incidencia, que aunque con precedentes en la Ley anterior, la reforma ha llevado mucho más lejos, combinándola, por otra parte, con el aprovechamiento medio. Se trata de la *cesión* obligatoria y gratuita del 10 por 100 restante del aprovechamiento medio del sector en que se encuentre la finca (art. 84-3, b), con el límite que fija el propio artículo 84-4, cuando el aprovechamiento real no alcance el 90 por 100 del aprovechamiento que le corresponde en el sector, que deberá ser objeto de compensación. Lo que completa también el artículo 125 (39).

En cualquier caso, este modelo de incidencia se corresponde con la cesión gratuita para viales, zonas verdes, etc., en suelo urbano, planteándose el problema del alcance permitido a unas y otras cesiones, que no aparece claramente limitado en el sistema de la ley, puesto que, por un lado, se refiere a una proporción (el 10 por 100) sobre otra proporción (el «aprovechamiento medio»), difícil de controlar; mientras que, de otro, no parece que haya límite alguno más que en el caso de las ordenaciones que impongan limitaciones singulares (art. 87-3).

Sin embargo, en ambos casos, puede afirmarse que las *cesiones gratuitas* han de tener una limitación que viene impuesta por el juego de un doble criterio: el derivado de la *racionalidad* de la planificación (art. 13-2 b), que establece que las reservas se harán «en proporción adecuada a las necesidades colectivas» (criterio que repite el establecido por el art. 3-1 g); y el que traduce el artículo 87-3, según el cual, las cesiones tendrán carácter gratuito mientras la lesión que de ellas se derive sea trasladable a todos los beneficiarios, y, por el contrario serán indemnizables —que es lo que viene a decir el precepto citado— cuando no sea posible la repercutibilidad. Con lo que la interpretación finalista viene a coincidir con la interpretación sistemática. Solución que acoge también el Reglamento de Gestión (arts. 46 a 48).

d) Por último hay que decir que, una pieza importante de todo el sistema de la incidencia del urbanismo sobre la propiedad privada, se halla en el papel esencial de la *expropiación forzosa*, aunque no podamos ocuparnos de este tema con el detenimiento debido.

Baste decir aquí que la expropiación por razón urbanística (arg. *ex art. 3 LS.*), sigue siendo una expropiación *especial*, por el juego singular que toman las *plusvalías*, y que necesariamente han de restringirse por medio de un sistema de valores y contrava-

(39) Aparte de la incidencia en este punto del problema derivado de la elección de los *sistemas de actuación*, y de la preferencia debida a los de compensación y cooperación (arts. 119 y ss de la Ley). Vid. J. L. GONZÁLEZ-BERENGUER, *Una aproximación a la teoría del aprovechamiento medio*, en *Revista de Derecho urbanístico*, 48 (1976), págs. 83 y ss.).

lores que ha tratado de perfeccionar la reforma (arts. 103 y siguientes de la Ley).

Por otra parte, la expropiación puede tomarse como *sistema de actuación*, y como *expropiación-sanción*. Sin olvidar, como dijo E. García de Enterría (40), que late en el *fundamento* de otras vías de actuación (edificación forzosa, limitaciones de uso y disposición, cesiones obligatorias, etc.), o como *límite sistemático* de otras (es el caso de las cesiones gratuitas) o, en fin, como *supletoria* de otros sistemas de actuación, o de simples actuaciones aisladas (artículo 119-4, etc.).

Pero lo más importante de todo es el *sistema de valoraciones*, que según el art. 3-2, d) cumple la función de «afectar el aumento de valor del suelo originario afectado por el planeamiento al pago de los gastos de la urbanización». Lo que desarrolla el Reglamento de Gestión (arts. 131 y siguientes). Lo único que está por ver es si el sistema funciona, o no pasa de ser una utópica aspiración, como la práctica nos irá enseñando, a pesar de que se ha tratado de perfeccionar el sistema anterior, eliminando el *valor comercial* que viene sustituido por el *máximo valor urbanístico*, es decir, el mayor valor fiscal, incrementado por el 15 por 100 de índice corrector, con lo que la diferencia entre solar y terreno urbanizado que mantenía la Ley de 1962, desaparece.

5. CONCLUSION

Volviendo ahora, para terminar, al punto de partida después de esta enumeración de modificaciones del derecho de propiedad, tenemos que establecer en cierta medida alguna conclusión o conclusiones, y que someramente expresadas pueden ser las siguientes:

1.^a Que el derecho de propiedad, como consecuencia del urbanismo, cambia, es evidente. Sin embargo, este cambio que produce numerosas desigualdades entre los mismos propietarios, aunque el complicado sistema legal trate de reducirlas al máximo, no es suficiente para satisfacer las necesidades concretas de una *justicia distributiva* que ha de contemplar a propietarios y no propietarios. Planteamiento que es completamente correcto desde el momento que el urbanismo y la planificación urbana se han convertido en una *función pública*, con lo que, no basta con que sea un instrumento de «fomento» de la riqueza (en este caso de la propiedad urbana), sino que tiene que participar de los caracteres de un «servicio» a la comunidad, eliminando por ello toda discriminación o diferencia de trato, entre propietarios y no propietarios.

2.^a Este fallo tiene muchas explicaciones, pero la fundamen-

(40) *Op. cit.*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 11 (1958), págs. 494 y siguiente). Vid. ahora A. CARRETERO PÉREZ, *La expropiación urbanística y el texto refundido de la Ley del Suelo*, en *Revista de Derecho urbanístico*, 51 (1977), págs. 13 y ss.

tal —desde el punto de vista técnico— estriba en que la Ley del Suelo, a pesar de su prolijidad no es más que un *ordenamiento adjetivo* o procesal, que no aborda en profundidad la verdadera reforma de los derechos subjetivos que utiliza, tal sucede con el derecho de propiedad —presupuesto ideológico— pues, por muchas modificaciones que sufre el sistema jurídico y económico con el que se corresponde queda en pie, cuando a uno le queda la duda de si, por la importancia del urbanismo como fenómeno social y económico, no habría que abandonarle llevando a cabo una reforma sustantiva. Esto se traduce en que, las modificaciones del derecho de propiedad no afectan a su estructura, es decir, a la relación jurídica, pues, a pesar de las intensas modificaciones que sufre como consecuencia de la actuación urbanística no se convierte en una verdadera *propiedad especial* (con un contenido institucional distinto, como lo tuviera el *censo urbano*, o lo puede tener, actualmente el *derecho de superficie*). Si así fuera, los complicados criterios de la reparcelación, del aprovechamiento medio, o de las cesiones gratuitas, podrían ser sustituidos por otras fórmulas más sencillas y seguramente más eficaces. Bien es verdad que, de llegarse a un cambio de este tipo, habría de producirse gradualmente, por etapas sucesivas. No de una vez por todas, porque si hemos visto que no resulta, hasta el momento, el conservar la esencia última de la propiedad privada, de lo que estamos seguros es que tampoco resultaría la colectivización o nacionalización de la propiedad del suelo.

3.^a Una solución más avanzada que la actual, intermedia entre ambos modelos, capitalista y colectivista, sería lo más factible y lo más justo, porque en modo alguno rompería el *equilibrio* paralelo de los poderes del ordenamiento y de los poderes de los particulares, no desnaturalizaría la idea de la *función social* de los derechos privados, pues siempre quedaría a salvo —aunque a través de otros moldes jurídicos— la libertad económica de la autonomía privada, imprescindible en todo proceso de planificación en régimen democrático. De esta manera, la *función social* de la propiedad, debe adaptarse, como viene sosteniendo la jurisprudencia del Tribunal Federal de Karlsruhe, desde 1967, a la propia *naturaleza* del suelo sobre el que recae, limitándose el uso y disfrute del mismo, puesto que aquél pertenece a la comunidad.

4.^a Por último, hemos de recordar que todo modelo de planificación económica, en régimen democrático, al igual que requiere unos requisitos que deben de cumplirse, desde el punto de vista del Derecho público (legalidad, concentración y distribución de competencias, publicidad, sistema de garantías y sanciones, etc.), requiere también para su eficacia la creación de unos *nuevos moldes*, donde encajar los derechos y las manifestaciones de la iniciativa privada, si no se quiere caer en la estatalización del sector y de la riqueza afectada, en este caso, del suelo (solución todavía peor que el desorden urbanístico). De modo que, a la exigencia de

justicia social que implica la necesidad de adaptar la *función social*, más allá de sus originarios límites, se añade el criterio de *racionalidad* que es presupuesto previo, tanto de la formulación de una norma, como de todo tipo de planificación, y más aún si se trata de una planificación de actuaciones, como sucede con el urbanismo.

Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma *

JUSTINO F. DUQUE DOMINGUEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de Valladolid

SUMARIO: I. INTRODUCCION. A) La importancia actual de estas cuestiones. B) El sistema de fuentes del Derecho concursal español. 1. Las fuentes. a) Fuentes generales. b) La vigencia (parcial) del C. Com. de 1829. c) Otras fuentes especiales. 2. La crítica de las fuentes. C) La necesidad de un replanteamiento básico.—II. ENCUADRAMIENTO DE LA INSTITUCION CONCURSAL. A) El estatuto del empresario y la utilización del crédito. B) Aspectos generales de las instituciones concursales del empresario. 1. El carácter material o procesal de las instituciones concursales. 2. El Derecho concursal como Derecho especial que integra el estatuto del empresario en situación de crisis. C) La función de las instituciones concursales. 1. La aplicación de la quiebra a los no comerciantes. a) El planteamiento de una posible unificación. b) La peculiaridad de la situación española. c) La tendencia general de la evolución. 2. La función de la quiebra. a) Planteamiento clásico. b) La situación actual. 3. Quiebra y economía de dirección central.—III. RELACIONES ENTRE LAS INSTITUCIONES CONCURSALES PROPIAS DEL COMERCIANTE O EMPRESARIO. A) La crítica de la suspensión de pagos en sus relaciones con la quiebra. 1. Insolvencia e iliquidez. a) La insolvencia o desbalance no es presupuesto de la suspensión porque la Ley de 1922 no ha modificado el C. Com. b) La insolvencia como término genérico que abarca el desbalance y la iliquidez. 2. Insolvencia y comportamiento correcto del deudor. 3. La defensa del sistema legal español. 4. La conclusión y las peculiaridades del convenio obtenido en la suspensión. B. Conclusión final. IV. DIRECCIONES BASICAS PARA UNA RECONSTRUCCION DE LAS INSTITUCIONES CONCURSALES. A) Quiebra del comerciante y quiebra de la empresa. B) Los poderes del órgano judicial. C) Quiebra y sociedad mercantil.

(*) El presente trabajo, destinado a figurar en los proyectados Estudios en homenaje al profesor Agustín Vicente Gella, fue entregado en julio de 1975. Se ha puesto al día en los aspectos más importantes que, desde esa fecha, han sido modificados en la doctrina y en Derecho español.

No se han recogido los aspectos de los trabajos de reforma del Derecho concursal emprendidos en la Comisión General de Codificación—objeto de un próximo futuro trabajo.

I.—INTRODUCCION

Una *serie de hechos* —algunos de aparición súbita, otros consecuencia de un lento proceso— se están produciendo en la actividad económica y están haciendo surgir polémicas sobre *nuevos temas* del Derecho concursal o arrojando una *nueva luz sobre temas tradicionales*. La expansión del crédito y de nuevas formas de inversión, el crecimiento de la magnitud de las empresas, la aparición de nuevas formas de empresas como los grupos de sociedades, la penetración de las empresas multinacionales, son algunos de estos hechos importantes. La *interconexión de todos ellos* se ha manifestado con la *crisis económica* que comienza en los primeros años de la década de los setenta. Los *conceptos básicos* del Derecho concursal —sobre todo los presupuestos objetivos que determinan jurídicamente la crisis económica— son sometidos a revisión. La *consideración creciente del crédito* fortalece y matiza las interpretaciones del concepto de sobreseimiento general como cesación general en el pago, centro neurálgico de nuestro vigente Derecho concursal. El mismo *ámbito y carácter* de este sector jurídico experimenta modificaciones importantes como consecuencia de la aparición de nuevas disposiciones que tratan de responder, al menos provisionalmente, al reto lanzado por la crítica situación de las empresas. Cuáles sean los *aspectos fundamentales* de estas transformaciones y cuál sea el *grado de vinculación a la situación de la legislación española*, así como las *posibles vías de solución*, son el objeto de las reflexiones que se hacen a continuación.

Al conjunto de las instituciones procesales y extraprocesales que regulan el estatuto de las personas, físicas o jurídicas, empresarios o no empresarios, en las situaciones de *crisis económica* puede llamarse *derecho concursal*.

Esta denominación (1), enraizada con el término clásico con que Salgado de Somoza desarrolló su *Labyrinthus creditorum* (2), editado por primera vez en Valladolid, abarca una pluralidad de instituciones que, debido a la *dualidad del sistema concursal español*, se distribuyen entre el *derecho mercantil* y el *derecho común*. Al primer campo pertenecen la suspensión de pagos, la quiebra, la administración judicial de empresas embargadas y los concordatos o convenios extrajudiciales. Al segundo, la quita y espera, el concurso de acreedores y los convenios extrajudiciales de cesión de bienes.

Al mismo tiempo, marca el carácter fundamental que justifica la

(1) V. PRIETO CASTRO, *Derecho concursal, procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria, medidas cautelares* (Madrid, 1974), págs. 22 y 23.

(2) SALGADO DE SOMOZA, *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatum* (Valladolid, 1645, 1.ª ed.). Sobre el significado de este autor, V. DE BENITO, *El Derecho mercantil*, en «Estudios sobre la ciencia española del siglo XVII» (Madrid, 1935), págs. 395 y ss. y págs. 422-427, con mención de la bibliografía española sobre el tema; DE BENITO, *La doctrina española de la quiebra* (Madrid, 1930); ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, *Un español mal comprendido; Salgado de Somoza en la doctrina alemana sobre concurso de acreedores* (Madrid, 1932).

existencia de estas instituciones. Es el hecho de la concursalidad o pluralidad de acreedores frente a un mismo deudor y la necesidad de ordenar la satisfacción de todos los acreedores sometidos a un tratamiento igual (principio de *par conditio creditorum*) sobre todo el patrimonio del deudor incumplidor.

Por derecho concursal en sentido amplio se entiende, por tanto, el conjunto sistemático de normas, materiales y procesales, que regulan las relaciones entre deudor común, que no puede, por causas definitivas o temporales, satisfacer puntualmente la totalidad de los créditos que ostentan contra él una pluralidad de acreedores, así como las instituciones que tratan de mitigar por cualquier medio las consecuencias de la crisis económica que puede afectar a las empresas.

En esta definición se comprenden, por tanto, las instituciones concursales propias de los empresarios y de los no empresarios, que, en el Derecho español, guardan un paralelismo absoluto. Para delimitar el derecho concursal en sentido estricto pueden introducirse restricciones desde dos diversos puntos de vista. Una primera restricción, será lo que limite el derecho concursal a las instituciones propias de las crisis económicas de la empresa, esto es, la suspensión de pagos, la quiebra y, también, aunque sea excepcional, la administración judicial de empresas embargadas, así como los convenios extrajudiciales. Incluso después de esta primera reducción, es posible que el derecho concursal en sentido estricto se considere integrado estrictamente por la quiebra y, por razón de las remisiones que se hacen en la regulación de ésta, el concurso de acreedores (3).

En el presente trabajo se van a examinar preferentemente las relaciones generales existentes entre la quiebra y la suspensión de pagos, con exclusión en principio de los temas referentes al derecho concursal aplicable a los no comerciantes, salvo en lo que se refiere a la relación existente entre las instituciones concursales de carácter mercantil y las instituciones concursales que carecen de este carácter (4) para plantear las directrices de una reforma del conjunto de la institución.

A) La importancia de estas cuestiones

Para valorar la importancia del estudio conjunto de las instituciones concursales puede sernos de utilidad un documento reciente, redactado durante los años 60 por la *Inspection Générale des Finances* con motivo de la reforma francesa de la quiebra.

A pesar de la brillante literatura francesa sobre la institución concursal y de la constante y progresiva adaptación de los viejos textos legales del *Code de commerce* a las cambiantes exigencias de una eco-

(3) Para el Derecho concursal como posible Derecho autónomo, v. BROSETA, *Manual de Derecho mercantil* (Madrid 1974, 2.ª ed.), págs. 622-633. Para la consideración del problema en la doctrina italiana, PROVINCIALI, *Tratado di Diritto fallimentari* (Milano, 1974), págs. 33 y 54, especialmente páginas 36 y ss.

(4) Vid. más adelante acerca del carácter mercantil del Derecho concursal.

nomía en evolución —que ha dejado subsistir pocas de las características que tuvieran presentes los redactores del *Code*—, la *Inspection Générale des Finances* afirma paladinamente que «la quiebra es, en 1965, una de las partes más complejas del derecho y una de las partes peor conocidas de la organización económica» (5). Los lugares comunes que se mencionan constantemente para ponderar la importancia de la institución producen no obstante la impresión de que la doctrina pretende, más que demostrar la importancia práctica de la institución concursal, recordar su existencia que, acaso en épocas pretéritas de la evolución económica y jurídica, tuviera un puesto importante en el conjunto del sistema.

Por otro lado, como consecuencia de la dinamicidad suscitada por el desarrollo económico y por la crisis posterior al período de expansión, el *número de procedimientos concursales tiende en todos los países a aumentar* rápidamente (6).

(5) *Aspects économiques de la faillite et du réglament judiciaire. Rapport de l'Inspection Générale des Finances* (París, 1970).

(6) La evolución en esta materia puede percibirse en el siguiente cuadro del Anuario Nacional de Estadística:

Cap. VII

1.9 Quiebra, suspensiones de pagos y protestos

CONCEPTO		1972	1973	1974	1975	1976 (*)
<i>Quiebras</i>						
Quiebras declaradas		56	53	56	72	100
Importe de los créditos (millones de pesetas).	Activo	925	268	2.230	2.375	2.501
	Pasivo	1.018	693	2.148	1.270	2.619
<i>Suspensión de pagos</i>						
Suspensiones declaradas		142	120	308	322	386
Importe del activo (millones de pesetas)		5.587	6.537	42.043	37.813	52.412
Importe del pasivo (millones de pesetas)		3.672	3.767	25.454	24.638	32.073
<i>Protestos de letras de cambio</i>						
Efectos (miles)		2.555	2.709	3.502	3.739	3.821
Cuantía (millones de pesetas).		147.443	174.913	295.672	371.647	465.136
Valor medio del protesto (pe- setas) (1)		57.700	64.575	84.400	99.388	121.720
Índice de intensidad (2)		1,49	1,39	1,91	2,01	2,10

(*) Cifras provisionales.

(1) Las diferencias que se observan entre estas cifras y las que figuran en el Anuario extenso se debe al redondeo de las cifras que en éste van expresadas en unidades inferiores.

(2) El índice de intensidad es la media de los índices mensuales, calculados sobre el importe total de las letras descontadas, facilitado por el Banco de España.

Al comenzar la crisis económica de la década de los setenta, la prensa diaria podía rotular su información sobre el aumento del número de quiebras con la rúbrica «A una por día». La frecuencia de suspensiones ha crecido alarmantemente para el conjunto del país. Durante 1974 cada día ha traído su suspensión. En ese año se tramitó una suspensión diaria (7). Esta frecuencia significa que por cada una de las suspensiones que se declararon en 1973 se han tramitado (8) cuatro en 1974. El número de quiebras (o suspensiones) — y el de protestos — no ha cesado de aumentar desde entonces. Y, sobre todo, ha aumentado la *cuantía del pasivo* de las suspensiones que se solicitan (9). El pasivo de las 595 suspensiones de 1978 ascendió a un total de 98.000 millones, frente a las 382 empresas suspensas en 1977, con un pasivo de 41.000 millones de pesetas.

El número creciente de estas situaciones sería suficiente para justificar la preocupación del jurista por estas cuestiones. Pero, además de este aumento cuantitativo, la crisis económica, evidenciada por la

De acuerdo con los datos suministrados últimamente por «Informaciones» (14 de mayo de 1978), en 1971 se produjeron 66 insolvencias, con un pasivo de 3.360 millones de pesetas; en 1973, 37 insolvencias, con un pasivo de 1.127 millones; en 1973, 68 insolvencias, con un pasivo de 2.760 millones; en 1974, 160 insolvencias, elevándose el pasivo a 10.025 millones; en 1975, 143 insolvencias, bajando el pasivo a 7.825 millones; en 1976, 165 insolvencias y un pasivo de 9.404 millones; en 1977, 201 insolvencias, con 15.150 millones de pasivo; en 1978, 250 insolvencias, con un pasivo aproximado de 28.000 millones.

Como se ve, el incremento del pasivo es aún mucho más espectacular que el del número de empresas insolventes, superando ampliamente a las cotas de inflación.

«El País» (18 de febrero de 1979) informa de los siguientes datos: De las 595 suspensiones de pagos, 124 superan los 100 millones de pesetas de pasivo; 11 superan los 1.000 millones de pesetas y dos los 15.000 millones. Por lo que respecta a su distribución por provincias, la mayor cifra corresponde a Barcelona, con 230 suspensiones y un pasivo de 24.700 millones; le sigue Madrid, con 120 suspensiones y 22.800 millones, y en tercer lugar se encuentra Bilbao, con sólo 15 suspensiones, pero con un pasivo que alcanza los 18.000 millones.

Ordenadas en relación a su cifra de pasivo, aparecen las siguientes empresas: Babcock Wilcox Española, de Bilbao, con 15.986 millones; Sarrió, Papelera de Leiza, de Pamplona, con 15.771 millones; La Montañesa, de Zaragoza, con 5.406 millones; MPI, Compañía de Inversiones, de Barcelona, con 4.622 millones; Sistemas Navales y Criogénicos, de Madrid, con 4.331; Felipe Fuster, de Alicante, con 2.457; Astilleros Construcciones, de Madrid, con 2.096; Enclavamientos y Señales, de Barcelona, con 2.092; Arsa, de Valencia, con 1.982; Isolux, de Madrid, con 1.122 millones.

(7) *Informaciones económicas*, 4-1-75, pág. 6. Todas las referencias a publicaciones no especializadas persiguen poner de manifiesto la actual preocupación por estas cuestiones en la sociedad española.

(8) Esta cifra la pone un Seminario especializado en economía (*Doblón*, 26-10-1974, pág. 4) en boca de un oficial de Juzgado.

(9) *Vid. Informaciones* (Tomadas de Fomento de la Producción) en «El País», 18 febrero 1979, pág. 45 (cit. también en nota 6). En los últimos cinco años las quiebras de empresas catalanas se han multiplicado por cuatro; también «Informaciones» (14 mayo 1979) señala que es más espectacular el aumento del pasivo de las empresas quebradas. (Vid. igualmente la cita de nota 6).

suspensión de pagos, afecta de un modo general al país. *No es una cuestión que afecta tan sólo a los comerciantes, a los empresarios en sus relaciones recíprocas.* Afecta a todos los sectores de la población, y no siempre como elementos a los que alcanza de modo reflejo el hundimiento, más o menos clamoroso, de una empresa mercantil y de su titular. Afecta directamente a los *inversores*, que soportan las pérdidas de la empresa suspensa, bien como *aportantes del capital de riesgo* a la empresa del suspenso, bien como *acreedores de la misma*, o bien como *participantes en el trabajo* de su empresa. Por esta razón, A. Chevrier —en el *Rapport* presentado en 1976 al sexto Congreso de Síndicos y Administradores franceses— podía decir que «el derecho de la quiebra ha dejado de ser un derecho de especialistas más o menos oscuros para interesar al gran público... y a los poderes públicos» (10).

Por otro lado, *la quiebra aparece frecuentemente bajo la forma de suspensión de pagos* —debido al especial sistema legislativo español— (11), hecho de significado ambivalente y sobre el cual hemos de volver con más detenimiento más adelante.

En 1974 —dice el diario hace poco aludido— (12) se ha agudizado un hecho corriente aunque no nuevo (ya veremos cuál ha sido éste) en nuestra reciente historia económica. El ahorro modesto ha sido muy afectado por la epidemia de suspensiones de pagos. Y si hemos de hacer caso a las tendencias que se apuntan en lonjanía, seguirá viéndose muy afectado. Miles y miles de pequeños ahorradores se han visto cogidos en la trampa de unos negocios mal planteados, víctimas del ofrecimiento de «una alta rentabilidad» y de «una considerable liquidez» muy difíciles de mantener en situaciones de recesión económica.

Después de esta cita, relativamente larga y acaso un tanto desusada en un trabajo de esta índole, parece fuera de duda que el replanteamiento del problema del derecho concursal en general no es una cuestión que afecte sectorialmente a una clase de ciudadanos, sino que, por unos títulos o por otros, con mayor o menor intensidad, la crisis afecta —y, desgraciadamente, afectará mientras duren las presentes circunstancias económicas— a todos los sectores de la población española.

B) *El sistema de fuentes del derecho concursal español*

1. *Las fuentes.*—Las fuentes del derecho concursal español están *dispersas* en varios cuerpos legales, que corresponden a épocas históricas muy diversas, de naturaleza heterogénea y —como se verá— en algún caso de vigencia dudosa.

a) *Fuentes generales.*—Aparece en primer lugar *el Código de co-*

(10) CHEVRIER, *De la défaillance financière à une procédure collective renouée*; RTDr. Comm., 1976, págs. 643 y ss.

(11) Sobre ambos aspectos hemos de volver más adelante para sacar las consecuencias oportunas.

(12) «Informaciones económicas», cit.

mercio de 1885, que dedica el Libro IV a la *suspensión de pagos*, a las *quiebras* y a las prescripciones (arts. 870-941).

Asimismo, el *Código civil* de 1888 dedica el Tít. XVII a regular la concurrencia y prelación de créditos (arts. 1.911-1.929), en cuyo primer capítulo se estudian, bajo la denominación de disposiciones generales, los presupuestos de la declaración de *concurso de acreedores* (para la insolvencia de las personas no comerciantes), así como sus efectos personales y patrimoniales, y el *convenio de quita y espera*—bien celebrado preventivamente (art. 1.912), bien una vez abierto el concurso (arts. 1.917-1.919)—. El cap. dedicado a la *clasificación de los créditos tiene carácter general*.

En segundo lugar, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881: el Título XII regula el *procedimiento de quita y espera* (arts. 1.130-1.195) y el del concurso de acreedores (arts. 1.156-1.317); el Título XIII se refiere al orden de *proceder en las quiebras* (arts. 1.318-1.396), habiendo de señalarse que el contenido de este título se determina en buena medida por la remisión a los preceptos sobre concursos (artículo 1.319).

Finalmente, han de mencionarse, como *leyes especiales* aplicables a todo supuesto, la Ley de *suspensión de pagos* de 26 de julio de 1922 y el Decreto/Ley de 20 de octubre de 1969 sobre *administración judicial* de empresas embargadas.

b) *La vigencia (parcial) del Código de comercio de 1829*.—Pero, además, están vigentes una serie de preceptos del Código de comercio de 1829, así como de la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio de 1830 (cuyo Título V trata del orden de proceder en las quiebras: arts. 16-251). La causa de que estén vigentes algunos preceptos pertenecientes a un cuerpo legal ya derogado se debe a la sucesión temporal en que, durante el siglo pasado, van promulgándose el CCom. y la LECiv. actualmente vigente. La LECiv. se promulgó en 1881, antes de que se promulgara en 1885 el CCom. Como consecuencia, las remisiones de la LECiv. al CCom. se hacen originariamente al CCom. de 1829. Cuando se promulga el CCom. de 1885, las remisiones de la LECiv. debían entenderse hechas al nuevo cuerpo legal. Pero el CCom. de 1885 no recoge todos los preceptos concretos de otros cuerpos legales que en su conjunto ya no están vigentes (13). Como el vigente CCom. carece de preceptos correlativos al CCom. 1829, el intérprete tiene que acudir al CCom. derogado para integrar el CCom. vigente.

El criterio que haya de seguirse para determinar los preceptos concretos con vigencia en el CCom. de 1829 y en la Ley de Enjuiciamiento de 1830, es discutido por la doctrina española, que se ha esforzado por dilucidar la cuestión (14).

(13) LANGLE, *Manual de Derecho mercantil*, I (Barcelona, 1960), pág. 229, hace notar que el C. Com. de 1885 no contiene una cláusula derogatoria general de la legislación anterior como la que contiene el C. civil.

(14) V. RAMÍREZ, *La quiebra*, I (Barcelona, 1959), págs. 206 y ss., con exposición de los criterios mantenidos por los autores.

En principio no pueden señalarse con un criterio rígido los preceptos que se encuentran derogados y los que se hallan vigentes, como a veces se ha hecho en colecciones de leyes (15) o en trabajos doctrinales (16). Parece más conveniente *atender al contenido del precepto*. El CCom. intenta regular exclusivamente el *derecho sustantivo*, fundamentalmente *declaratorio de derechos*, y los preceptos de este contenido, cualquiera que sea el lugar en que se encuentren colocados en la (necesariamente relativa) sistemática legal, sólo podrán considerarse vigentes *cuando no contradigan el nuevo régimen legal*. El reconocimiento de la vigencia de algún precepto concreto por la jurisprudencia habrá resuelto la cuestión en algún punto. No es así la mera invocación por el derecho vigente de algún precepto de cuerpos legales derogados.

c) *Otras fuentes especiales*.—Se encuentran también vigentes otras disposiciones que se refieren a hipótesis específicas —para empresas de seguros (arts. 1.833 y 1.346 de la LECiv., modificado por R. D. 10 noviembre de 1924; arts. 42 y sigs. Ley Seguros Privados de 1954).

En el plano particular de la actividad privada, dentro del sector bancario, habría que incluir el llamado popularmente sanatorio de bancos o *corproación bancaria*, sociedad anónima interbancaria que trata de *resolver preventiva y extrajudicialmente las crisis económicas de las entidades bancarias adheridas a la sociedad* (17). Incluso parece que se trata de extender la experiencia con carácter general a toda la economía, hablándose de un hospital de empresas que, bajo la denominación (no confirmada) de *Ente de Reestructuración Industrial*, actuará, con métodos de derecho privado, en la negociación y gestión de las soluciones que, en cada caso, resulten más apropiadas para superar la crisis de empresas que, económicamente, sean todavía viables (18).

A este respecto ha de mencionarse el art. 31 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, sobre relaciones laborales, el R. D. 317/1977, de 4 de marzo de 1977, que desarrolla el Fondo de Garantía Salarial. En esta disposición se prevé la formación de un *fondo interempresarial* que garantice a los trabajadores el percibo de sus remuneraciones pendientes de pago, así como el abono de las cuotas de Seguridad Social y las percepciones sustitutorias del salario, o de las prestaciones sociales, en caso de insolvencia, suspensión de pagos o quiebras de las empresas en que aquéllos trabajan. La cuestión ha sido recogida recientemente en el

(15) V. MEDINA Y MARAÑÓN, *Leyes civiles de España*, I.

(16) ECHAVARRI Y VIVANCO, *Comentarios al Código de comercio*, V (Valladolid, s. d., 2.ª ed.), págs. 573 y ss., donde se recogen los preceptos del Código de Comercio de 1829, que además de los indicados en los Comentarios no se hallan derogados.

(17) V. Las consideraciones que se hacen sobre este tema en La corporación bancaria, editorial de «El País», 28 abril 1978.

(18) V. Las declaraciones que el ministro de Industria hizo en el Congreso ante la Comisión de Industria, «Cinco Días», 12 mayo 1978. Vid. igualmente una exposición del debate parlamentario, en «Banca Española», número 99 (mayo 1978), págs. 11 y ss.

artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo).

En el mismo sentido, con un ámbito de aplicación más restringido, y para proteger otra categoría de intereses, dos RR. DD. de 11 de noviembre crean el *Fondo de Garantía de Depósitos Bancarios* y el *Fondo de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorro*, que gestionados por el Banco de España y constituido con aportaciones de los bancos y de las Cajas de Ahorro, garantizan la devolución, hasta quinientas mil pesetas por depositante, en el caso de quiebra o suspensión de pagos de la entidad depositaria. El Fondo de Garantía de Depósito en Establecimientos Bancarios fue modificado por el R. D. 54/1978, de 16 de enero (18 bis), habiéndose ampliado sus funciones por el R. D. 4/1980, de 28 de marzo.

2. *La crítica de las fuentes.*—La «imperfección y deficiencia» de los preceptos contenidos en el CCom. y LECiv. han sido reconocidos constantemente por la doctrina y por el propio legislador. Ya González Huebra hacía notar que el título referente al derecho concursal acaso fuera en el CCom. 1829 la materia codificada que de más irregularidades adolecía (19). Desde entonces la crítica no ha cesado, y el conjunto es calificado por Sánchez Calero (20) de «arcaico». Hay una presentación formal del conjunto inadecuada, en textos dispersos, algunos de dudosa vigencia y que apenas se ocupan de los problemas suscitados por la quiebra de las sociedades.

Los sarcasmos que Echegaray (21) pronunció contra el CCom. 1829

(18 bis) Una puntual enumeración de las fuentes, en VICENT CHULIA, *En vísperas de la reforma del Derecho concursal español*, Rev. Jur. Cataluña, 1978, págs. 111 y ss.

(19) GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de quiebra* (Madrid, 1956).

(20) SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil* (Valladolid, 1974, 4.ª ed.), pág. 477.

(21) *Diario de sesiones de la Cortes constituyentes de 1869*, número 129, pág. 3769 (sesión 2 de octubre de 1869): «Y esto que yo acabo de indicar es tan evidente, es tan claro, y sobre todo es tan claro y tan evidente para todo el que conozca por una parte lo que es el Código de comercio, y por otra lo que son las modernas sociedades anónimas, y sobre todo las sociedades de ferrocarriles, que yo ofendería la ilustración de los señores que me escuchan si me esforzase en dar la demostración de este aserto mío. Me bastará citar algunos artículos; me bastará descender a algunos detalles, y por esos artículos y por esos detalles verán los señores diputadas la imposibilidad absoluta, completa y radical, de aplicar el título de quiebras del Código de comercio a las quiebras de los ferrocarriles.

Dice el artículo 193 de la ley de Enjuiciamiento Mercantil, al tratar de la celebración de una de las primeras juntas que se celebran, dado el caso de quiebra: «Se extenderá un acta circunstanciada, que se leerá antes de levantarse la sesión, y la firmarán el juez comisario, el escribano, los acreedores concurrentes y el quebrado.»

Y dice el artículo 1.156 del Código de comercio: «El convenio entre el quebrado y los acreedores se firmará en la misma junta en que se haga, bajo pena de nulidad y responsabilidad del escribano.»

Y dice el artículo 1.046 del Código de comercio: «La ocupación de los bienes y papeles de comercio del quebrado tendrá efecto en la forma siguiente:

1.º Todos los almacenes y depósito de mercaderías y efectos del quebrado

durante la discusión de la Ley sobre quiebras de compañías ferroviarias de 1869 pueden verse hoy reproducidos casi al pie de la letra por Prieto Castro (22): «El descuido imperdonable en que desde hace más de tres cuartos de siglo se tiene a esta legislación produce, además de esos graves defectos de sistema, otros muchos de técnica y de léxico, que carece de uniformidad. Subsisten, por ejemplo, preceptos que aún hoy mandan ingresar metálico o valores en un *arca* con dos o tres llaves iguales (de imposible cumplimiento, porque las *arcas* son ya objeto de anticuario), y junto a denominaciones y construcciones gramaticales que son las actualmente en uso, figuran otras de hace más de siglo y cuarto (reinando Fernando VII), sin contar numerosos galicismos».

De «balumba» (Pedrol) (23) y de «conglomerado disforme de disposiciones» (Prieto Castro) (24) ha sido calificado el sistema de fuentes del derecho concursal español. La «superposición de capas de derecho histórico» (25) (Fairén Guillén) hace «sumamente difícil la exposición e inteligencia de la materia» (Prieto Castro). Es difícil determinar el contenido de las mismas, pues un precepto regula sólo parte de un

quedarán cerrados bajo dos llaves, de las cuales tendrá una el juez comisario, y la otra se entregará al depositario.»

No cito, no escojo más que estos tres artículos como ejemplo. Y yo pregunto: ¿es posible aplicar estas prescripciones a las modernas sociedades de ferrocarriles? ¿Es posible reunir en un mismo local, en un salón, a los millares y millares de acreedores de una compañía? ¿Es posible que todos ellos firmen el acta, y que el escribano responda, y responda personalmente, y con inmensa responsabilidad, de todas estas firmas? ¿Es posible que todo esto se termine dentro de una misma sesión? ¿Es posible que todos los efectos del ferrocarril queden encerrados bajo dos llaves? ¿Es posible encerrar las locomotoras, los tenders y todo el material de un ferrocarril? ¿Es posible encerrar los grandes puentes, los elevados terraplenes, los prolongados túneles, bajo dos llaves, como el Código de comercio pretende? Bien se ve aquí, bien se comprende que cuando esto se hizo no se pensaba, no se podía pensar, no se podía imaginar siquiera que vinieran a arruinarse en nuestro país estas grandes empresas, tanto más cuanto que por su constitución especialísima y por su manera de funcionar, que no juzgaré ahora, pero que debo aceptar como un hecho, no son empresas privadas, sino que en cierto modo son y ejercer funciones sociales. Un ferrocarril no puede detenerse en sus funciones, no puede interrumpir su servicio, y hasta ahora al menos se ha considerado la que ejerce como una función social. El servicio público es lo primero, y no es posible coger todo el material de un ferrocarril, encerrarlo en las cocheras y dependencias, echarle la llave y dar por terminadas las funciones de estas empresas.

Estos son puros detalles, si se quiere pequeñísimos, pero que hacen comprender la imposibilidad absoluta de amoldar la antigua legislación a los casos presentes.

Si yo ahora me hiciera cargo de prescripciones más fundamentales del Código de comercio, comprendidas en el título de quiebras, veríamos nuevas, mayores y más invencibles dificultades, como en el curso de mi peroración tendré motivo de presentar y demostrar a los señores diputados.

(22) PRIETO CASTRO, *Derecho concursal* (Madrid, 1974), pág. 26, nota 1.

(23) PEDROL, *loc. cit.*, en «Doblón».

(24) PRIETO CASTRO, *Derecho concursal*, cit., pág. 26.

(25) FAIREN GUILLÉN, *Sintesis del Derecho procesal de insolvencia español*, RGLJ, 1970, II, págs. 7 y ss. y pág. 11.

supuesto que pretende regular y el resto de la norma hay que buscarla en otra disposición, que, a su vez, remite a otra u otras disposiciones (Prieto Castro) (26).

En definitiva, «un ordenamiento jurídico de la época de la navegación a vela y de las señales a distancia por medio de banderas, no puede considerarse adecuado a las necesidades del tráfico comercial en la actualidad; ni al nacional ni al internacional» (27).

En último extremo, como indica Guasp, la tramitación de la quiebra, larga y costosa, constituye un «enorme aparato cuasi oficial de métodos de tal rigidez que en modo alguno sirven para las exigencias de la práctica de hoy» (28).

Recopilando las opiniones que se han exteriorizado, puede afirmarse que los reproches a la legislación española en materia de concursos se han dirigido por estas vías fundamentales:

a) La *oficialidad de todos los procedimientos*, con la consiguiente lentitud y demora en la solución de la crisis económica.

b) La incongruencia de que un *deudor sin bienes suficientes no sea declarado en quiebra*, transformando por la aceptación tácita de sus acreedores, lo que es una insolvencia definitiva en una insolvencia provisional que evita la liquidación propia de la quiebra.

c) El hecho de que esta *transformación se realice sin ninguna limitación que proteja a los derechos de los acreedores*, exigiendo un porcentaje mínimo en el caso de remisión o un *plazo máximo* de espera.

d) La posibilidad del convenio preventivo sin liquidación en caso de insolvencia definitiva que se admite indiscriminadamente, *sin atender a la situación de buena fe del suspenso*.

e) Finalmente, *los convenios preventivos suelen hacerse a costa de los pequeños acreedores*, cuyos créditos proceden de suministros, porque los que conceden crédito a los empresarios o comerciantes suelen hacerlo en base a pólizas intervenidas, con lo que adquieren la posición de privilegiados, o con garantía real.

C) *La necesidad de un replanteamiento básico*

A la vista de estas circunstancias, se justifica el que, hoy y aquí, propongamos un *replanteamiento del derecho concursal en sus cuestiones fundamentales*, básicas. No se trata de buscar un mero perfeccionamiento de la legislación vigente —a veces, como vimos, difícil de precisar—, que persiga tan sólo el remodelamiento de un detalle más o menos problemático. Se trata de *repensar radicalmente el concepto y función de la institución concursal y de sus principales manifestaciones en el Derecho español* a la luz de la experiencia histórica y de la que ofrece el Derecho comparado.

Y de esta opinión son también los especialistas más destacados en

(26). PRIETO CASTRO, *ob. cit.*, pág. 26, nota 1.

(27) FAIREN GUILLÉN, *Síntesis...*, pág. 22 y notas de diversos autores en notas 6 y 7.

(28) GUASP, *El sistema de una ley hispanoamericana*, RDPr, 1956, I, páginas 130 y ss.

este campo jurídico. Recientemente, en Francia se ha promulgado una legislación que, a la vista de las nuevas necesidades suscitadas por las modificaciones económicas, ha planteado la institución en unas coordenadas que le dan un indudable aire de modernidad y de adaptación a la situación actual de la economía. No prejuzguemos su dureza o, por el contrario, su benignidad, con relación al deudor común en crisis. Sólo se afirma que las ideas de R. Houin, principal impulsor de la reforma y posteriormente el esclarecedor más autorizado de sus principios fundamentales, han pretendido plantear y regular adecuadamente los principales problemas que produce la crisis económica de las empresas en una economía moderna (29).

El proceso reformista del concurso ha afectado —está afectando— al desarrollo jurídico de un sector del ordenamiento que, por sus características, ha experimentado tradicionalmente el influjo del Derecho comparado. Si la ley alemana de concursos fue precedida por un amplio trabajo de comparación jurídica, como en un contexto metodológico general pone de relieve Bartholomeyczik (30) para mostrar el valor que tiene el Derecho comparado en la formación de la ley y, luego, con posterioridad, en la interpretación de la misma (31), no cabe duda que en la actualidad ha de seguirse el mismo método para tomar postura en la materia examinada.

Al comparar el proceso de formación del derecho comercial durante la época medieval y la fase de la economía de mercado a cuya configuración estamos asistiendo, Ragusa Maggiore (32) llega a conclusiones que también parecen perfectamente aplicables al momento en que se produce la crisis del siglo pasado en las compañías españolas de ferrocarriles, que es un momento clave de la evolución de este sector en el Derecho español (33), y que son igualmente pertinentes en el momento actual.

El crecimiento de la empresa, la protección estatal de la empresa bajo formas diversas que tratan de superar las dificultades por las que atraviesa, la mezcla entre actividad privada y actividad pública, la internacionalización de los negocios mediante la creación de empresas multinacionales, la concentración económica mediante la formal disgregación de los sujetos titulares de las empresas que constituyen un

(29) V. HOUIN, *Permanence de l'entreprise à travers la Faillite*, en «Aspects économiques...», cit., págs. 135 y ss.

(30) BERTHOLOMEYCIK, *Die Kunst der Gesetzesauslegung* (Frankfurt a. M. 1960), pág. 60. Acentúa, por el contrario, las diferencias entre los ordenamientos nacionales, ECHEVARRI Y VIVANCO, *Comentarios*, cit., V, pág. 357.

(31) JAEGER, *Konkursordnung*, I (Berlín, 1958, 8.ª ed., reelaborada por LENT Y WEBER), XLV y ss., para la historia de la ley alemana; para el Derecho comparado, pág. LXI y ss.

(32) RAEGUSA MAGGIORE, *L'evoluzione dell'impresa e il fallimento*, «Il Dir. Fall.», 1974, I, págs. 125 y ss. Insiste sobre aspectos semejantes, en *La società commerciale como strumento di potere economico*, «Il Dir. Fall.», 1974, I, págs. 18 y ss.

(33) Para estas cuestiones me permito remitirme a un trabajo de próxima publicación sobre la Ley mencionada (en el libro homenaje al Prof. A. Polo).

grupo, son todas causas, que se dieron en la época madura de la actividad comercial, que se están produciendo en las presentes circunstancias y que se dieron igualmente con especial intensidad en el sector económico aquí considerado en la crisis de mediados del siglo pasado.

Entonces, en 1869, como ahora, en 1975, se planteaba una cuestión radical. No se trataba de corregir la legislación vigente en un punto concreto, de aclarar dudas interpretativas doctrinales, o de unificar dispares criterios de los Tribunales. No se intentaba perfeccionar, pues, la legislación vigente (34). Tampoco ahora es ésta la tarea a realizar (35). Se trata de hacer una *reforma innovadora*.

La crisis jurídica no se produce en el sector del derecho concursal¹ por «el defecto de funcionamiento de una norma determinada», sino «por la insuficiencia misma del sistema que se ocupa de problemas siempre más abstractos frente a la realidad efectiva» (36).

Dictado el CCom. de 1829 para regular la actividad de los empresarios individuales o de las sociedades de dimensiones relativamente reducidas, las normas de la quiebra eran impotentes para resolver los complicados problemas que arrojaban sobre los tribunales y sobre la sociedad de la época la crisis económica de las grandes y (relativamente) numerosas compañías de ferrocarriles. O, mejor dicho, las soluciones que podían hallarse mediante los habituales métodos de aplicación de las normas vigentes, basados en la subsunción y en el silogismo deductivo, eran valoradas por la sociedad como soluciones inadecuadas para los problemas existentes. Una vez más, la historia nos va a mostrar que cuando se supera el límite de elasticidad que poseen las leyes para adaptarse a nuevas situaciones mediante una interpretación cons-

(34) Como consecuencia del desarrollo de las empresas constructoras de los ferrocarriles, los institutos del entonces vigente Derecho concursal, contenido en el Código de comercio de 1829, eran absolutamente inadecuados para resolver el reto que les lanzaba la estructura financiera de la empresa constructora, las dimensiones de la empresa construida, la trascendencia pública de la prestación proporcionada a la sociedad con el transporte masivo a larga distancia y, «last but not least», las relaciones que, por su financiación, había mantenido el sector ferroviario con el sector de las compañías de crédito.

(35) La evolución de los hechos y el desarrollo económico ha producido una desconexión tal entre la realidad y la norma que el restablecimiento del normal funcionamiento de las instituciones exige una legislación de nueva planta, inspirada en nuevos principios, aunque, antes de generalizarse, acaso posea un carácter especial, de aplicación limitada al campo de actividad económica donde la transformación ha sido más rápida, más intensa y más profunda. La experiencia que se obtenga de la aplicación de esta normativa especial será el criterio que decida, en la evolución posterior de los hechos, si la legislación que surgió como una legislación especial, con un ámbito de aplicación limitado por la especialidad de su objeto, con la ruptura de los esquemas habituales y con respeto formal a los principios vigentes, ha de generalizarse marginando o desplazando la legislación clásica —invocada constantemente como los libros clásicos, pero, igual que éstos no son leídos, constantemente desconocida— o si, por el contrario, una vez desaparecidas las circunstancias excepcionales que la hicieron nacer, desaparece ella también, reducida a un mero episodio en el despliegue legislativo de una materia.

(36) RAGUSA MAGGIORE, en el *Manuale de Diritto fallimentare*, publicado en 1974.

tructiva, la norma queda obsoleta y tiene que ser sustituida por un nuevo acto del poder legislativo.

«La norma, como dice el ya mencionado especialista Ragusa Maggiore, se ha vaciado de su contenido y el supuesto fáctico regulado debe alcanzar su regulación por otra vía». En esta situación —y no olvidemos que el autor escribe refiriéndose al derecho concursal de nuestra época recogiendo elaboraciones más generales— aparece el recurso al *derecho libre* y, cuando éste se considera que atenta al principio de seguridad jurídica que debe realizar el ordenamiento mediante la delimitación estricta de los supuestos de aplicación de la norma, *se recurre a la promulgación de nueva legislación*, que, por la falta de experiencia histórica en la materia social legislada, se limita a la enunciación de los principios, dejando amplio margen a la discrecionalidad del órgano judicial para dar vida a las cláusulas generales mediante sus valoraciones.

«La realidad ha sustituido antiguas exigencias con nuevos instrumentos —es otra vez Ragusa Maggiore quien habla para describir la situación actual—, los cuales indican frecuentemente que todo lo que se había aceptado por un acarreo de la tradición a través de una actividad puramente hermenéutica de los textos no responde en modo alguno a la práctica».

El legislador había de adoptar postura ante los nuevos fenómenos, pronunciándose acerca de la aplicación o inaplicación de los institutos tradicionales a los nuevos fenómenos que había puesto de manifiesto el funcionamiento de las (entonces) grandes empresas nuevas.

No se trata de una revisión formal de las normas del Código de comercio, planteada como una cuestión de técnica legislativa. Está —y estaba— en juego la *total valoración* de todo el instituto del concurso —en sentido amplio— de acreedores, como pieza institucional que sirve de contrapeso sancionador al uso de la libertad de iniciativa económica que se atribuye a los individuos particulares, cuando por consecuencia de la marcha real de la economía se encuentran con que sus previsiones al frente de la empresa han sido desmentidas por la realidad económica, sumiendo a la empresa de la que son titulares en una crisis económica en la cual los acreedores no pueden ya cobrar lo que se les adeuda, bien de una manera definitiva, porque la empresa *carece de activo suficiente* para hacer frente a sus débitos, bien de una manera provisional, cuando la empresa *carecía de liquidez* para hacer frente al vencimiento de las deudas aun contando con bienes suficientes.

La conclusión —y sobre ella insiste Ragusa Maggiore— es la misma. «El derecho de quiebra es cada vez menos aplicable a la gran empresa y sus funciones se restringen continuamente, porque la intervención del Estado o las conexiones con intereses extraños a nuestro país han desnaturalizado el correcto funcionamiento económico de la gran empresa» (37).

(37) REGUSA MAGGIORE, *L'evoluzione dell'impresa e il fallimento*, cit., página 126.

Y, en el mismo sentido, W. Grunsky reconoce, en su Introducción a la ejecución forzosa y derecho concursal publicada en 1972 (38), que no puede desconocerse que la quiebra no constituye actualmente el freno adecuado para evitar que los particulares empleen su libertad económica en aventuras y especulaciones peligrosas. «La causa de esto consiste en que el empresario está sustraído del riesgo de quiebra a partir de cierto orden de dimensiones. Apenas es concebible que una gran empresa sea hoy declarada en quiebra. En caso necesario interviendría el Estado para salvar los puestos de trabajo (o para mantener la buena fama de la ciudad)». Las consecuencias es que a veces los errores económicos son asumidos por la administración económica e incluso, indirectamente premiados, originándose, como secuela, la concentración de poder económico, a través de las reestructuraciones y fusiones, objetivo rechazado explícitamente por la política económica materializada principalmente en la Ley contra las prácticas restrictivas de la competencia. «El riesgo de eliminación de la empresa es inversamente proporcional a la complejidad de la organización empresarial» —dice Rojo— (39). En definitiva, el riesgo de ser declarado en quiebra se ha convertido así en un *privilegio de los pequeños*, dice irónicamente Grunsky. La gran empresa no quiebra o, al menos no se liquida y se deshace.

La invulnerabilidad de las grandes empresas a la quiebra tradicional, aparece reflejada exactamente ya en una famosa obra literaria, abundante en noticias económicas, de los años veinte. Soames, el protagonista de la segunda trilogía que continúa «La Saga de los Forsyte», de John Galsworthy, reflexiona sobre la función de las instituciones bancarias, y dice: «Aquellos grandes consorcios eran buenos para el crédito y malos para los novelistas. La «corrida» a un banco. ¡Imposible concebir mejor lectura! Aquellos monstruos del comercio no podían ir a la «banca», hicieran lo que hiciesen sus clientes; con todo, Soames, no hubiera podido discernir si contribuían a la honestidad en el individuo...» (40).

La cuestión merecería una detenida discusión y análisis porque no puede desconocerse que la conservación de las grandes empresas tiene también sus aspectos positivos. Pero todos los aspectos positivos de esta política deben ser cuidadosamente valorados y puestos en relación

(38) GRUNSKY, *Einführung in das Zwangspflstreckungsrecht* (Tübingen, 1972), pág. 27.

(39) ROJO, *Notas para la reforma de la legislación concursal*, RDM, 1975 (137), págs. 509 y ss., con buena información bibliográfica (pág. 517). Sobre la reforma, v. los trabajos sobre el Anteproyecto de 1959, elaborado por el Instituto de Estudios Políticos, VACAS-MEDINA, *La nueva Ley concursal española*, Rev. Jur. Cataluña, 1959, págs. 615 y ss.; TORRES DE CRUELLS, *Nota crítica a un Anteproyecto de Ley concursal*, Rev. Jur. Cataluña, 1959, páginas 747 y ss.

(40) J. GALSWORTHY, *El canto del cisne* (Buenos Aires-Barcelona, Ed. Planeta, 1977), pág. 77. También V. GUYÓN, *Une faillite au début du XIX^e siècle selon le roman de Balzac «César Burotteau»*, en Etudes off. à A. JAUFRET, (Aix-Marseille, 1974), págs. 377 y ss.

con los negativos, a fin de alcanzar una claridad de ideas y de directrices de política jurídica de las que, hoy, carece el legislador.

II.—ENCUADRAMIENTO GENERAL

A) *El estatuto del empresario y la utilización del crédito.*

El empresario moderno, heredero en la historia del comerciante medieval, está dotado de ciertos poderes jurídicos y sometido al cumplimiento de determinadas obligaciones profesionales que integran lo que se llama *estatuto general del empresario*. El empresario realiza una actividad de caracteres específicos, que atribuye a quien la realiza una especial posición jurídica de poder. La protección jurídica de esta posición se justifica por la función que el empresario cumple para la comunidad política donde actúa, bien como *organizador* de la producción de los bienes y servicios, bien como persona que *decide* y que *soporta* el riesgo inherente a la decisión (41).

La caracterización general del empresario, como sujeto de un especial acto complejo de características específicas y con una determinada función, ha sido tematizada en Italia por Fanelli, Ascarelli y Auletta, y en España por Uría (42). Como contrapeso a los poderes de decisión y de gestión del establecimiento mercantil que le corresponden, *está gravado por unos deberes*, tradicionalmente denominados obligaciones profesionales del comerciante —y, después, del empresario—: deber de contabilidad, de publicidad registral... Aquellos poderes —en sentido amplio— y estos deberes —igualmente en sentido amplio— constituyen lo que se llama el estatuto general del empresario.

Entre los deberes especiales que integran este estatuto general o común del empresario se encuentra el de *someterse a unos procedimientos* (43) *específicos cuando la empresa de que es titular el empresario atraviesa una crisis económica para satisfacer los intereses afectados por la crisis y, en su caso, intentar superarla*. Estos especiales procedimientos, extrajudiciales y sobre todo judiciales, destinados a liquidar la situación crítica por la que atraviesa la empresa con la mayor justicia para todos los interesados en la misma, son los procedimientos concursales en sentido amplio. Al estudio de su significado, de sus re-

(41) V. DUQUE, *Empresa y planificación*, en «Sindicalismo y política social» (Madrid, 1967). Con indicación bibliográfica, pág. 48.

(42) URÍA, *Derecho Mercantil*, desde la primera edición ha mantenido esta postura y explicitado las notas de este concepto.

(43) El concepto de procedimiento utilizado en esta ocasión es igual que el utilizado para caracterizar la empresa como actividad: sucesión de actos, de diversa naturaleza y contenido, con un fin común que permite tratarlos jurídicamente como si fueran una unidad, adscribiéndose un régimen jurídico peculiar y distinto del régimen de cada uno de los actos aisladamente considerados.

No se prejuzga, por tanto, el carácter procesal o no procesal de las instituciones concursales. Sólo se hacen afirmaciones sobre la estructura y concatenación de las formalidades de las instituciones concursales.

laciones y de su funcionamiento primordial se dedican estas consideraciones generales.

El comerciante —o, si se prefiere, el empresario— realiza su actividad de empresa mediante la celebración de variados actos y negocios jurídicos y, como consecuencia de los mismos, adquiere posiciones deudoras y acreedoras. Lo característico de este especial acto complejo que es la actividad del empresario radica en la *pluralidad de relaciones jurídicas que, en su aspecto activo y pasivo, confluyen en la titularidad del empresario.*

Estas operaciones son producto de la actividad sistemática y profesional del empresario. Por lo tanto, *los vencimientos de sus deudas se atienden, frecuentemente, con el producto de los créditos, con vencimientos sincronizados al de las propias deudas.* Cuando esto no suceda, es preciso *acudir al crédito*, concedido por instituciones crediticias, para financiar la actividad que desarrolla el empresario.

La invocación del crédito por el empresario para financiar su actividad y la sincronización de los elementos activos (créditos) con los pasivos (deudas) de su patrimonio pone de manifiesto la importancia que posee en el tráfico comercial e industrial el *puntual y completo cumplimiento de las relaciones jurídicas.*

El incumplimiento de un comerciante no repercute sólo en los elementos personales de la relación incumplida. Repercute mediatamente en la total esfera jurídica del deudor y del acreedor, y, por lo tanto, en la totalidad de los acreedores y deudores de los directamente afectados.

Mientras el deudor cumple, las relaciones en su conjunto se desarrollan normalmente y no se producen perturbaciones en el mundo económico.

El incumplimiento aislado puede ser remediado por las *acciones individuales* de los acreedores. Pero el *incumplimiento general* adquiere una gravedad mayor, puesto que la situación de incumplimiento se convierte en un *estado* del patrimonio. Las acciones individuales, sobre todo cuando los acreedores son numerosos, dejan de ser satisfactorias, puesto que cada uno de los acreedores actuando individualmente procurará obtener el pago de su crédito, sin cuidarse del pago de los demás. Los más diligentes, los más astutos en detectar la situación crítica del deudor o los más cercanos en afecto al deudor cobrarán sus créditos y agotarán el patrimonio deudor, con exclusión de los otros acreedores —acaso con mejor derecho por razón de prioridad temporal o de garantía preferente.

Para evitar estas situaciones de injusticia, el ordenamiento interviene para someter a *todo el patrimonio del deudor* a un tratamiento único y a *todos los acreedores* a un tratamiento jurídico conjunto que evite las desigualdades apuntadas.

Para ello se arbitran los procedimientos concursales, en los que el deudor es *desposeído* de su patrimonio (ocupación), se le *inhabilita* para administrarlo y para disponer de los bienes que lo integran (incapacitación, inhabilitación) y, al mismo tiempo, la facultad de admi-

nistración se entrega a unos *representantes* (síndicos) de los acreedores y del quebrado, que, bajo la *vigilancia* del órgano judicial y siguiendo las *instrucciones básicas* de las juntas de acreedores, se ocupan de *conservarlo* primero (administración), de *delimitarlo* mediante la reintegración y reducción y de comprobar la *existencia* de los créditos (reconocimiento de créditos), así como de *fixar su rango y preferencia* (graduación de créditos). Estas operaciones tienen como finalidad última la *liquidación del patrimonio del deudor*, mediante la enajenación de sus elementos, con las garantías previstas por la Ley, y su transformación en dinero que se *repartirá* entre los acreedores (división de la masa) observando el *principio de igualdad entre los de igual rango*. Simultáneamente se hace la *calificación de la conducta* del quebrado, a fin de determinar si actuó correctamente (quiebra fortuita), de una manera *negligente o descuidada* (quiebra culpable) o de una manera *fraudulenta* (quiebra fraudulenta).

El procedimiento concursal *puede terminar sin liquidación* del patrimonio, cuando los acreedores y el deudor acuerdan en un *convenio* que los créditos se satisfagan de manera distinta, con una quita (rebaña) o con un aplazamiento (espera) o con ambas cosas, o de otro modo (cesión del patrimonio a los acreedores; o traspaso a un tercero).

En el Derecho español vigente la *liquidación puede evitarse también si el deudor solicita con presteza la suspensión de pagos*, discutiendo previamente los términos del convenio para eliminar la liquidación y división del patrimonio (44).

B) LAS INSTITUCIONES CONCURSALES DEL EMPRESARIO Y SUS RELACIONES

1) *Convenios extrajudiciales*

La dimensión constante del derecho concursal español es su oficialidad. El ordenamiento considera que el estatuto jurídico especial previsto para remover las crisis económicas de la empresa debe comenzar, desarrollarse y concluir por un cauce procesal de los previstos legalmente.

Este carácter va a repercutir directamente sobre la posibilidad de que se celebren *convenios extrajudiciales* entre deudor y acreedores. La severidad de las normas concursales impide, en opinión de Fairen (45) que se realicen fácilmente estos convenios. No obstante, parece que durante los últimos años «muchas suspensiones en cadena están siendo evitadas... por arreglos amistosos de despacho». El número de «suspensiones de despacho» que no llegan al juzgado es ahora

(44) Como se dice más adelante, lo importantes es señalar en este punto interrelaciones de conceptos y las grandes líneas que inspiran las instituciones concursales. La bibliografía no pretende ser exhaustiva, sino marcar los puntos en que se ha apoyado el discurso del autor.

(45) FAIREN, *Síntesis de Derecho procesal de insolvencia española*, cit., página 1, 7 y ss.

bastante más elevado de lo normal y es, en estos momentos, cuando se están produciendo las auténticas y más graves suspensiones de pagos, ya que afectan a empresas sanas y recuperables. Hasta ahora —continúa informando la revista económica de donde se toma esta información (46)— prácticamente casi todas las suspensiones no eran más que quiebras encubiertas» (47).

2) La quiebra

La solución central del sistema español está constituida por la *quiebra*. El sobreseimiento general o *cesación en los pagos* del comerciante, previa *petición* de éste o de algún acreedor, es *declarada y constituida por el juez*, abriéndose un procedimiento en el que se *califica su conducta*, se le *inhabilita* para administrar sus bienes y, a través de la acción de los órganos de la quiebra, se valoran y *venden todos sus bienes* para con su producto satisfacer, en la medida de lo posible y bajo el *principio de la par conditio creditorum a todos sus acreedores*.

No es preciso estudiar los problemas exegeticos que plantea esta descripción ni tampoco el detalle de las operaciones. Es suficiente estudiar los aspectos fundamentales que permitan hacerse cargo de la institución como conjunto. Para comprender cualquier mecanismo técnicamente complejo no es preciso estudiarlo en todas sus peculiaridades y detalles. Es suficiente *captar su sentido global* —como decía Ezra Pound, tratando de explicar sus posturas metodológicas en literatura: «no se nos pide que aprendamos de memoria la serie de piezas de un motor de volante lateral» (48). Tampoco aquí es necesario estudiar todas las cuestiones peculiares de la quiebra.

El *núcleo individualizador* del concepto de la quiebra consiste en el *estado económico crítico* en que se encuentra el empresario. Ha cesado de una manera general en sus pagos. No se trata del incumplimiento de una obligación, sino de una *conducta que revela el estado de su patrimonio para cumplir puntualmente y totalmente todos sus compromisos*.

(46) DOBLÓN, *cit.*

(47) Este dato confirma el argumento aducido durante la discusión de la Ley de 1922 para defender la postura de la Ley. Y es, por tanto, un dato, publicado con la solvencia de una revista económica prestigiosa y procedente de un despacho legal, que habrá que tener presente a la hora de valorar la realidad jurídica española en esta materia para tratar de ajustarla a la realidad económico-social de la vida de las empresas en la economía moderna.

Sobre la discusión, v. GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, *Aspectos históricos de la Ley de Suspensiones de Pagos*, una de las tres referencias que se pronunciaron con motivo del cincuentenario de la LSP organizadas por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, recogidas en Rev. Der. Proc. Ib., 1972, páginas 1001 y ss. V., además, la obra de ECHAVARRI VIVANCO y DE MIGUEL ROMERO, sobre la misma Ley, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos de 14 de septiembre de 1922* (Valladolid, s. d.).

(48) Introducción a EZRA POUND. Versiones de Carmen R. de Velasco y Jaime Ferrán. Barcelona, 1973, pág. 91.

Con carácter general, la situación económica del empresario es una situación crítica que se refleja sobre la totalidad del patrimonio.

Como ha puesto de relieve la doctrina —con relación a la quiebra, pero las mismas consideraciones son aplicables a la suspensión— el sobreseimiento *no es meramente incumplimiento*. Este es un hecho que afecta a una obligación. El sobreseimiento es un *estado o situación patrimonial* que tiene un alcance general en cuanto que afecta a todos los acreedores del empresario.

Este estado consiste en *incumplimientos reiterados* e importantes con relación al volumen patrimonial de la actividad del empresario. No se requiere, por lo tanto, un incumplimiento total de las obligaciones del empresario, pero sí un *incumplimiento relevante con relación al conjunto de sus deberes*.

La insolvencia es un *estado patrimonial*. Este estado hace *referencia directa al patrimonio* de la persona titular y no a los actos de esta persona. Consiste en la *impotencia para hacer frente a los débitos* que gravan sobre el mismo.

Así concebida es un concepto distinto del incumplimiento. El incumplimiento es un hecho propio de la persona. No presupone necesariamente la falta de bienes para satisfacer la obligación incumplida.

Para Bonelli, «la insolvencia es causa del incumplimiento, y éste, revelación de aquélla».

Si la *insolvencia es un modo de ser del patrimonio*, que no requiere que se manifieste en incumplimientos frente a obligaciones vencidas líquidas y exigibles, *el incumplimiento es un modo de ser del deudor*, que se manifiesta en una actitud negativa frente a una deuda actual líquida y exigible.

El estado del patrimonio, solvente o insolvente, será el criterio determinante para *regular y medir el grado de confianza* que en la vida económica merece un operador económico. Por ello, el grado de confianza debe ser el *resultado de un juicio valorativo*, cuyos elementos serán:

— *Los elementos activos del patrimonio*, cuyo valor supere al de los elementos pasivos.

— El *crédito* de que disfruta una persona en la vida económica.

Pero desde el punto de vista jurídico, la insolvencia es insuficiente para colocar a una persona en el estado de quiebra. *La incapacidad del empresario para pagar total o puntualmente todas sus deudas es el resultado de un juicio valorativo sobre una situación económica*. Esta función es muy delicada y la opinión general acerca de la situación patrimonial de un empresario no puede recogerse directamente por el órgano judicial ante el que se plantea una demanda de quiebra. Pero es igualmente peligrosa e insegura atribuir facultades de valoración al órgano judicial. Por estas razones, *el concepto económico de insolvencia se completa con la nota de exteriorización*, convirtiéndose así en un concepto jurídico, cuya aplicación no puede dañar la garantía exigible en la actividad económica.

La E. de M. del CCom. vigente no es concluyente. Parece inclinarse

por el sistema francés, pero de sus afirmaciones pueden extraerse igualmente argumentos en sentido contrario.

En efecto, el legislador comienza contraponiendo el sistema italiano, basado sobre la absoluta insolvencia del comerciante cuyo pasivo excede del activo, al francés —para el que lo decisivo es que el comerciante deja de pagar sus obligaciones temporal o definitivamente, equiparando la suspensión de pagos a la cesación o sobreseimiento de ellos— y al belga, cuya peculiaridad consiste en que reconoce un estado preliminar para el comerciante que suspende sus pagos en beneficio de éste y de sus acreedores.

La E. de M. declara paladinamente que de estos tres distintos sistemas, el Proyecto —esto es, el CCom. vigente— adopta sustancialmente el último, esto es, el belga. Por lo tanto, en último extremo, el francés de la cesación de pagos, con la modificación de que introduce la institución previa de la suspensión de pagos.

Pero un poco más adelante, y en el mismo contexto, distingue entre «la posición desgraciada del que se encuentra imposibilitado de satisfacer sus deudas» y «el estado intermedio» de la suspensión de pagos —intermedio entre la quiebra y el cumplimiento normal—. Según la propia E. de M., se ha reservado la denominación de quiebra para la primera situación, y ésta comprende a «todo el que sobresee o cesa definitivamente en el pago corriente de sus obligaciones». Es decir, al contraponer cese definitivo e (implícitamente) cese temporal, parece volver a la insolvencia como presupuesto objetivo de la declaración de quiebra.

Para reflejar la situación actual de la doctrina española, conviene detenerse en las últimas posturas doctrinales que, recogiendo aportaciones anteriores, han intentado revalorizar el concepto de insolvencia.

La doctrina española ha discutido acerca del contenido que haya de darse al sobreseimiento o cesación general en los pagos. Con la finalidad de establecer un sistema simétrico, el sector doctrinal más numerosos —representado por Garrigues (49), Ramírez (50), Sánchez Calero (51) y Broseta (52)—, interpreta el sobreseimiento como *insolvencia*, esto es, como *desbalance* en el sentido de que el deudor tiene un *pasivo superior a su activo* y, por lo tanto, su patrimonio, por falta de bienes, no puede cubrir todas sus deudas. La cesación de pagos es un síntoma de la insolvencia.

La equiparación de la insolvencia al sobreseimiento se basa en precisos textos legales. En efecto, el artículo 886 CCom. estima equivalente las palabras quiebra e insolvencia, y en el mismo sentido se manifiesta el artículo 170 LSA.

Externamente, se manifiesta en la cesación del servicio de caja.

Ramírez, que como Garrigues, arranca de la identificación de so-

(49) GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, II (Madrid, 1974, 6.ª ed., revisada con la colaboración de F. Sánchez Calero), págs. 388 y ss.

(50) RAMÍREZ, *La quiebra*, cit. I, págs. 592 y ss.

(51) SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones*, cit., págs. 478 y ss.

(52) BROSETA, *Manual de Derecho mercantil* (Madrid, 1974, 2.ª ed.), páginas 629 y ss.

breseimiento con insolvencia, estima que esta insolvencia debe exteriorizarse en determinados hechos que evidencian la cesación definitiva de los pagos.

La postura que puede estimarse definitiva es que «la insolvencia determinante de la quiebra no es más ni menos que la *insuficiencia definitiva de un activo para extinguir el pasivo en su contra*; por lo que sólo se da tal circunstancia cuando el activo de un comerciante-deudor es definitivamente inferior a su pasivo» (53).

Sánchez Calero estima que el presupuesto objetivo de la quiebra es la insolvencia. La cesación de pagos es una simple manifestación de ésta. La insolvencia es para Sánchez Calero «la incapacidad del empresario para hacer frente a los pagos», siempre que sea *grave y definitiva*, no parcial o transitoria. Por esta razón, el desbalance no puede estimarse, sin más, como insolvencia, pues el deudor puede acudir al crédito y superar su estado, por lo que no procederá a la declaración de quiebra, ya que la insolvencia no era definitiva (54).

Recogiendo los argumentos utilizados para mantener esta postura, Broseta considera que el presupuesto objetivo de la quiebra es la *insolvencia definitiva manifestada externamente*.

La situación de insolvencia concebida ampliamente comprende la situación del deudor que *no puede pagar a ningún acreedor*, la del que *puede pagar a unos y no a otros*, la del que *puede pagar todas las deudas parcialmente y, en fin, la de quien puede pagar íntegramente sus deudas pero en un momento distinto a su vencimiento*.

La insolvencia, pues, abarca tanto la *insolvencia provisional* como la *insolvencia definitiva*. Esta última se produce cuando el valor de los bienes del deudor no son suficientes para cumplir íntegra y puntualmente todas las deudas del quebrado.

Conforme a esta afirmación se deducen dos consecuencias:

1. Cuando el deudor posee bienes suficientes para pagar, no hay insolvencia.

2. Cuando el valor de los bienes es inferior al importe de las deudas no se produce todavía la insolvencia si el deudor puede recurrir al crédito y evitar en consecuencia que su situación definitiva trascienda a terceros (55).

En definitiva, «lo verdaderamente relevante es la manifestación o la exteriorización de la insolvencia del deudor».

Los argumentos para interpretar el sistema del CCom. en el sentido expuesto son los siguientes:

a) El artículo 874 no establece el presupuesto objetivo de la quiebra, sino meramente indica un *supuesto de hecho* del que normalmente cabe inferir que el deudor que incumple está en situación de insolvencia. Por esta razón, el mencionado artículo 874 establece una presunción *iuris tantum* de insolvencia cuando dice que «se considera en estado de quiebra...».

(53) RAMÍREZ, *La Quiebra*, I, pág. 605 (el subrayado del autor).

(54) SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones*, cit., pág. 461.

(55) BROSETA, *Manual*, cit., págs. 576-577.

b) Los principios de economía procesal imponen que los acreedores no puedan acudir al procedimiento de quiebra mientras puedan obtener la satisfacción de sus créditos por las vías normales de ejecución, es decir, mientras el deudor tenga bienes suficientes para cumplir íntegramente todas sus obligaciones.

c) Los graves efectos que tiene la declaración de quiebra para el deudor, para los acreedores y para algunos terceros de buena fe (en caso de retroacción) aconsejan reservar la quiebra para supuestos graves de insuficiencia.

d) Aplicar la quiebra a un deudor con bienes suficientes para pagar *puede dar lugar a situaciones de injusticia* si el crédito o créditos insatisfechos no son de una cuantía relativamente pequeña con relación al total del patrimonio del deudor.

e) El artículo 1.026 del CCom. 1829 impide la declaración de quiebra mientras manifieste o se hallen bienes libres que puedan ser embargados para satisfacer a los acreedores.

La comparación del tema aquí analizado con el artículo 1.913 Código civil puede inclinar al intérprete a admitir que el presupuesto de la quiebra es también exclusivamente la insolvencia.

Las objeciones que cabe hacer a la doctrina que identifica el sobreseimiento con la cesación son las siguientes:

— El artículo 876, 1.º está revelando una situación de insuficiencia patrimonial: la quiebra sólo procede cuando del embargo no resulten bienes libres bastantes para el pago; y esta interpretación se corresponde con el antecedente del artículo 1.026 CCom. 1.829, donde la quiebra no se declaraba mientras el deudor manifieste o se le hallen bienes disponibles sobre que trabar las ejecuciones

Por otro lado, el artículo 877 CCom. no puede verse como una determinación presuntiva de la cesación general de los pagos, por la sencilla razón de que la *situación base —fuga, ocultación...—, lleva directamente, sin necesidad de presumir, a la imposibilidad de pagar*. Por lo tanto, la presunción tiene que referirse a otra situación distinta a la cesación, y ésta no puede ser otra que la de un desarreglo profundo.

Igualmente, en el plano exegético el artículo 887 hace referencia a una situación de *imposibilidad material de pagar* cuando define la quiebra fortuita como situación que sobreviene al deudor por consecuencia de infortunios que reduzcan el capital hasta el extremo de no poder satisfacer en todo o en parte sus deudas.

Y, pasando de una consideración interpretativa a una dimensión exegética, resulta que las consecuencias que se derivan de la tesis como cesación material de pagos *guardan escasa congruencia con la estructura del proceso de quiebra como proceso de ejecución colectiva*. En efecto, no tendría objeto seguir todo el complicado procedimiento para resolver una situación en que la cesación se produjera por simple capricho o por motivaciones extraeconómicas —hipótesis extraña, pero que pone a prueba la tesis—. Y por otro lado, no sería posible decla-

rar la quiebra por el hecho de un solo incumplimiento no por una serie de pagos fragmentarios.

La dirección opuesta, representada principalmente por Uría (56) considera que la *cesación general en los pagos abarca tanto la imposibilidad patrimonial de pagar por falta de bienes suficientes como por cualquier otra* —p. e., iliquidez.

Como postura intermedia se encuentra la de Vicente y Gella (57), para el cual existe en el Derecho español una *situación básica* de cesación general de pagos —igual que en el sistema francés— que después *se exterioriza o concreta en una serie típica de actos de quiebra* —como en el Derecho inglés— enumerado en el CCom.

La posición de Vicente Gella —cuya individualidad es pasada frecuentemente por alto—, parece haber inspirado las opiniones de algunos autores recientes.

Parte Vicente Gella del hecho de que la insolvencia existe cuando el comerciante no cumple a sus vencimientos las obligaciones que le incumben. Por lo tanto, cuando tiene bienes suficientes para atender el pago pero el día de su vencimiento no lo hace, también hay insolvencia, pues para el acreedor es tan esencial el que se le pague puntualmente como que se le pague la totalidad de su crédito.

El enfoque general que acaba de indicarse se concreta cuando el autor interpreta el artículo 874 CCom. En su opinión el CCom. se asemeja al Código francés cuando considera en quiebra el comerciante que sobreesee en el pago de sus obligaciones. Pero este punto de vista general se completa después, ya que el CCom., al declarar los casos en que se admite la acción de los acreedores, puntualiza el alcance del principio del sobreseimiento e, indirectamente, viene a adoptar un criterio que se asemeja al de los actos de quiebra, o sea, supuestos externos que dan lugar a su declaración. En definitiva, el Derecho español ha establecido, según Vicente y Gella, un *sistema mixto*, que arranca originalmente del sistema francés, pero que se completa con la aportación casuística del Derecho inglés.

Si la fórmula del artículo 874 CCom. se interpreta en el sentido de que la declaración de quiebra requiere la insolvencia en el sentido de insuficiencia del activo para cubrir el pasivo, queda *equiparado, en este punto, el mencionado precepto con el artículo 1.913 Código civil*, donde, al establecer los presupuestos del concurso, se dice que «el deudor cuyo pasivo fuere mayor que su activo y hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes, deberá presentarse en concurso».

Conforme a este precepto, el juez ante quien se presente una demanda para declarar al no comerciante en estado de concurso de acreedores, tendrá que comprobar no sólo que ha habido una interrupción de la satisfacción normal de las obligaciones corrientes, sino que, además, el activo es inferior al pasivo. Pero hay razones que justifican un tratamiento distinto en el terreno de la quiebra.

(56) URÍA, *Derecho mercantil* (Madrid, 1975, 10 ed.).

(57) VICENTE GELLA, *Curso de Derecho mercantil comparado* (Zaragoza, 1960, 4.ª ed.), págs. 703 y ss.

La *razón de la diferencia* puede consistir en que el concursado deudor en quien no concurre la cualidad de empresario, no puede acudir normalmente al crédito como medio para financiar el desbalance de su patrimonio, puesto que, por hipótesis, carece de una fuente productiva de la cual obtener los recursos necesarios para reintegrar el crédito que le haya podido servir para enjugar un déficit transitorio.

Recientemente Suárez Llanos ha ensayado una construcción que pretende superar las objeciones que se han dirigido las posturas doctrinales sostenidas hasta ahora en la doctrina española.

Para Suárez Llanos (58) el presupuesto central es un estado de impotencia patrimonial insanable, exteriorizado o manifestado externamente en las situaciones previstas típicamente por el ordenamiento.

La argumentación de Suárez puede sintetizarse en los siguientes puntos. La consecuencia lógica de una situación de desbalance es una cesación de pagos. Pero la afirmación inversa no es exacta, porque una cesación de pagos puede estar causada por una situación distinta al desbalance. Por esta razón no parece lógico sustituir la cesación de pagos por la insolvencia.

El centro de gravedad del sistema legal es la cesación de pagos y no el desbalance. La insolvencia debe abarcar, por lo tanto, *todas las situaciones en que se halla un patrimonio que resulta impotente para hacer frente a sus obligaciones*. Esta impotencia puede obedecer a una *situación de insuficiencia* o a una situación de iliquidez. La insolvencia abarca, pues, tanto la *insuficiencia patrimonial* como la imposibilidad de pagar puntualmente por *falta de liquidez*. Pero este presupuesto objetivo de impotencia patrimonial ha de estar *exteriorizado* y dotado de una *cierta estabilidad*. En definitiva, para Suárez Llanos el presupuesto de quiebra es un estado de impotencia patrimonial insanable exteriorizado o manifestado externamente por los medios previstos en el ordenamiento.

El punto débil de la tesis que identifica la quiebra con la insolvencia es el artículo 874. Para salvar el escollo representado por este precepto, se degrada la cesación de pagos a mero síntoma de la insolvencia. Por lo tanto, cuando hay cesación de pagos no puede procederse a declarar la quiebra si no hay insolvencia.

En esta identificación Suárez denuncia un salto lógico en la interpretación. La consecuencia lógica de una insolvencia como insuficiencia es la cesación general de pagos. Pero —como se ha dicho— no es lógico afirmar que la cesación de pagos tenga como única causa la insuficiencia patrimonial. Una cesación de pagos puede tener otra causa. En todo caso, la insolvencia habría de tener, pues, un ámbito más amplio que el que le atribuye la doctrina tradicional.

Por lo tanto, no es admisible, sin más, que se revoque la quiebra del comerciante que ha sobreesido pero que es solvente, porque *el estado crónico de iliquidez está equiparado al desbalance*.

En definitiva, el concepto de insolvencia que utiliza la doctrina para

(58) SÁNCHEZ LLANOS, *El estado de insolvencia* (Santiago de Compostela, 1970), *passim*.

identificar insolvencia y desbalance es consecuencia de una apresurada e incompleta generalización de uno de los varios conceptos legales que emplea el derecho positivo.

La posición de Suárez Llanos es más compleja. La fórmula sintética que utiliza para caracterizar el sobreseimiento es igual a la insolvencia del patrimonio. Esta es un estado del patrimonio del deudor en virtud del cual éste resulta impotente para hacer frente a sus obligaciones. Pero la impotencia patrimonial no se identifica con la insuficiencia de bienes, sino que abarca las situaciones de iliquidez. Estas dos situaciones patrimoniales constituyen el sustrato material de la quiebra. *Pero la existencia del sustrato material es insuficiente para declarar el sustrato material de la quiebra.* Es preciso, además, que la impotencia patrimonial se *exteriorice externamente* y además, que tal estado sea *insanable*. La nota decisiva, la diferencia específica del sobreseimiento que produce la quiebra es el carácter *insanable de la situación, la permanencia en el tiempo.*

Después de la reforma de la Ley de 1922 la insuficiencia patrimonial puede resolverse a través de la suspensión de pagos: la insolvencia definitiva. Antes de la Ley de 1922 los artículos 870 y 871 CCom. (modificados por la Ley de 10 de junio de 1897) impedían que la suspensión de pagos fuera utilizada por aquellos comerciantes que no poseyeran bienes suficientes para pagar todas sus deudas. La rigidez de esta norma separaba la imposibilidad de pagar las deudas aun teniendo bienes suficientes, que se liquidaban a través de la suspensión, y la imposibilidad de pagar la totalidad de las deudas que habría de arreglarse a través de la quiebra.

Mas como se verá más adelante, este esquema rígido se rompe con la Ley de 1922 y el centro de gravedad del sistema pasa a la negociabilidad de la situación. Es el suspenso y, en caso de insuficiencia, los acreedores quienes aprecian si la imposibilidad es transitoria o no lo es.

En definitiva, presupuesto objetivo es el mismo en la quiebra y en la suspensión. Pero para la admisión del primer supuesto se exige una cualificación ulterior, su carácter definitivo.

Desde el *punto de vista de la política jurídica*, la pregunta a la que se contesta cuando se cuestiona la amplitud del concepto de insolvencia es la siguiente: ¿Hasta qué punto está protegido el interés de los acreedores? Es decir, la quiebra, ¿protege el interés del acreedor a un pago puntual? O, por el contrario, ¿protege tan sólo el interés del acreedor a un pago total y completo de su crédito?

Si se estima esto último, el estado que desencadene la declaración de quiebra será la insolvencia como impotencia patrimonial para pagar la totalidad de las deudas. Si, por el contrario, se estima que *el interés del acreedor ha de protegerse más allá de su interés al cobro íntegro*, ha de protegerse su *interés al pago puntual* de su crédito, entonces la quiebra debe declararse tan pronto como existe una cesación general en los pagos del deudor.

En realidad, ante la disparidad de las opiniones formuladas por la doctrina española basta señalar que la interpretación de sobresei-

miento como cesación general de los pagos, cualquiera que sea su causa, *protege más ampliamente el interés de los acreedores*, ya que no solamente es protegido su interés a cobrar íntegramente sus créditos, sino, además, a cobrar puntualmente —aspecto éste que tiene gran interés en el tráfico mercantil—. El acreedor no se satisface con que el deudor pruebe que tiene medios suficientes para pagar, sino con la prueba de que se encuentra al corriente de sus deudas vencidas y que, por lo tanto, puede pagarle todo su crédito al vencimiento previsto. Con esta interpretación se evita también una situación peligrosa para los acreedores al prolongar en el deudor la situación de impagos acumulados mediante el recurso excesivo al crédito alcanzado por medios ruinosos o, al menos, demasiado onerosos en la concesión, con el riesgo de que se produzcan situaciones injustas (59).

Según la E. de M. del CCom. 1885 «la legislación de quiebras tiene por objeto impedir que los comerciantes abusen del crédito, que es el alma del comercio, y que comprometan irreflexivamente los capitales ajenos y el comerciante que no paga al corriente sus obligaciones particulares porque carece de fondos, quebranta su crédito en el mero hecho de hacer público que no tiene recursos para cubrir las necesidades más ineludiblese de su vida; lo cual acusa además un grave trastorno en la marcha de sus negocios mercantiles, que trae consigo necesariamente la imposibilidad de pagar las obligaciones procedentes de los mismos».

En este texto de la E. de M. aparece bien patente la idea de que el sobreseimiento tiene como contenido la falta de pago puntual de las obligaciones. Referido a las obligaciones de origen civil de los comerciantes, con mayor razón habrá de aplicarse el mismo tipo de razonamiento a los incumplimientos referentes a deudas mercantiles propiamente tales.

También la jurisprudencia del T. S. se ha inclinado a admitir esta postura, ya que las sentencias que se han ocupado de esta cuestión han declarado que el comerciante ha de probar que se halla al corriente en el pago de sus obligaciones para que se revoque la declaración de quiebra (SS. T. S. 24 de marzo de 1885, 4 de octubre de 1905, 26 octubre 1907) o que el acreedor sólo tiene que probar que el comerciante cuya declaración se pide ha sobreseído de una manera general en el pago corriente de sus obligaciones (SS. T. S. 4 de junio de 1929, 27 de febrero de 1865).

Como evidencian las opiniones doctrinales que se acaban de exponer *el concepto de insolvencia es diluido* por la doctrina en varias direcciones.

En primer lugar, excluyendo la insolvencia cuando el deudor, a pesar de la insuficiencia de su activo, *paga a los acreedores utilizando los medios que se ha procurado invocando el crédito*. Mientras el deudor *inspira confianza* como titular de una actividad productiva se con-

(59) La opinión sustentada en el texto debe, sin embargo, matizarse teniendo en cuenta principalmente el juego del crédito de que dispone—o puede disponer—el empresario en situación crítica.

sidera que es sujeto solvente. Una manifestación del crédito y de la confianza de que goza un deudor es el *convenio extrajudicial* que realiza con sus acreedores por virtud del cual convienen en que no reclamarán las deudas en un plazo determinado. Ahora bien, la insolvencia desaparece en este supuesto, no por aumento del activo, sino por desaparición (temporal) del pasivo.

Por lo tanto, el crédito es un componente del patrimonio del empresario. Como señala Ferrara, la valoración de este elemento es una valoración prioritaria en la práctica, por lo cual la insolvencia no es meramente la insuficiencia de bienes para atender al pasivo, sino, de forma más compleja, esta *insuficiencia y, simultáneamente, la carencia de créditos para procurarse los bienes necesarios*.

Nótese que *la utilización excesiva del crédito combinada con la inversión inadecuada* de los recursos obtenidos por este medio, puede llevar al empresario a una insostenible situación de *endeudamiento*, que desemboque en una crisis económica sólo resoluble mediante los oportunos institutos —judiciales o extrajudiciales— del derecho concursal. La valoración del crédito y de su empleo —p. e., en el inmovilizado— puede ser decisiva en la valoración de la existencia de la crisis económica que afecta a su empresa y, ulteriormente, en la calificación de la posición del empresario en la causación de la misma. Por esta razón, en la actualidad son muy frecuentes las *crisis de liquidez*: la empresa ha crecido mediante la obtención de créditos de terceros y los ha inmovilizado en las instalaciones de la empresa, confiando en que al vencimiento del crédito podrá prorrogar la concesión, consolidando lo que era un crédito a corto o medio plazo en un crédito a largo plazo. La empresa es *solvente, pero no puede pagar*.

Por otro lado, la doctrina que considera la insolvencia como núcleo de la quiebra *incluye en su concepto los medios en que ésta se manifiesta* con tal intensidad que Ferrara, p. e., concluye afirmando que el presupuesto de la quiebra no es realmente la insolvencia, sino la *manifestación de la insolvencia a través de algunos de los medios legalmente establecidos*. La insolvencia ni siquiera puede investigarse directamente porque implicaría una invasión en la esfera privada del empresario, que constituiría un atentado a la libertad individual y al secreto de los negocios. Y por otro lado, en la vertiente práctica tendría repercusiones muy graves sobre las relaciones de crédito y podría ser causa de abusos.

Pero de una manera correlativa, también el *concepto de cesación de pagos ha experimentado ciertas dulcificaciones* por influencia de la noción de insolvencia. La cesación de pagos, como situación patrimonial de simple suspensión era demasiado rígida y la jurisprudencia y la doctrina francesa han intentado una serie de distinciones.

En primer lugar, la cesación material de pagos no es según la jurisprudencia francesa necesaria. Es suficiente para la declaración de quiebra que *el empresario se encuentre en una situación desesperada, sin salida o definitivamente comprometida* caracterizada por la utilización de medios fraudulentos o ruinosos que pretenden prolongarla indefi-

nidamente. A partir de estas afirmaciones la jurisprudencia ha construido un *concepto económico de la cesación de pagos* más complejo que el simple concepto jurídico que se deduce de los textos legales. El concepto económico desplegó su eficacia primeramente para determinar la fecha en que el órgano jurisdiccional consideraba que se había producido realmente la cesación de pagos y, por lo tanto, el comienzo del período sospechoso. Pero en una evolución posterior, ha ido más allá y ha declarado que la cesación material de los pagos no era necesaria para declarar la quiebra, bastando una situación desesperada, *de la cual fuera índice el impago de una deuda, suficientemente importante, aun cuando no tuviera carácter mercantil* —como sucede con la deuda fiscal (60).

La doctrina admite generalmente la *distinción entre presupuestos objetivos de la quiebra y modos de manifestarse la quiebra*, y éstos tendrán más importancia cuanto más difícil sea de comprobar la existencia del presupuesto objetivo al que se conecta la existencia de la quiebra. Por esta razón, los autores que consideran que la insolvencia es el presupuesto objetivo de la quiebra en el Derecho español, estudian a continuación los modos de manifestarse la quiebra.

Si es el deudor quien solicita la quiebra parece que la declaración del deudor será suficiente para estimar que el deudor es insolvente, pues nadie mejor que el deudor puede conocer la situación de su patrimonio.

Pero si son los acreedores quienes solicitan la declaración de quiebra, el CCom. presume la existencia de quiebra cuando se alega y se prueba uno de los hechos siguientes:

1. Despacho de embargo contra el deudor sin que se le encuentren bienes suficientes para el pago: art. 876, 1, CCom.
2. Sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones: art. 876, 2.
3. No presentación de la proposición de convenio en el plazo del artículo 872: 876, 2.
4. Fuga u ocultación del comerciante sin haber dejado representante que en su ausencia cumpla sus obligaciones: 877.

Incluso cuando se ha iniciado un expediente de suspensión puede el empresario ser declarado en quiebra en los siguientes casos:

1. Incomparecencia del deudor a la junta de acreedores: 13, 2, LSP.
2. Falta de quorum en la junta: 13, 4 —STS 4 marzo 1929.
3. No aprobación de la proposición de convenio por falta de mayoría: 15, 2.
4. En caso de insolvencia definitiva, si los dos quintos del total pasivo pidieron la quiebra: 10, 1.
5. Incumplimiento del convenio: 17, 4.

(60) Es un tema que ha sido especialmente tratado en el Derecho francés y que, por la magnitud de estas obligaciones, tiene una gran importancia en la estructura del balance de la empresa.

6. No celebración de la junta general ratificando la petición de suspensión hecha por el consejo de una sociedad: 2, 5.

Parece que, como *conclusión* del análisis de las opiniones doctrinales emitidas hasta ahora, podemos fijar los siguientes puntos:

1. El presupuesto objetivo de la quiebra es la *cesación material de los pagos*, entendido como estado general que afecta a todos los créditos.

2. El juez, por lo tanto, no puede investigar si el deudor posee bienes suficientes para pagar, sino tan sólo *si paga* los créditos vencidos o si, por el contrario, deja de pagar de una manera general.

3. Es ineficaz que el deudor aduzca que tiene bienes suficientes para pagar, porque para impedir la declaración de quiebra o para revocar la quiebra declarada lo que tiene que probar es que *está al corriente en el pago de las obligaciones*.

4. El criterio de la cesación de pagos viene, sin embargo, a ser modificado por el hecho de que en los supuestos en que el deudor pague, si los medios de pago proceden del crédito, habrá que averiguar si, pese a seguir pagando, carece de medios normales de pago, ya que para mantener una apariencia de pago ha recurrido a medios ruinosos para procurar esos medios de pago. La retroacción de la quiebra será un medio para corregir estas consecuencias una vez declarada la quiebra, pero incluso antes, para proteger el interés de los acreedores, si éstos lo solicitan debe declararse la quiebra sin esperar a que ésta se manifieste a través de un sobreseimiento.

5. Estas conclusiones son válidas en tanto en cuanto el deudor no ha solicitado suspensión de pagos, antes de que los acreedores hayan pedido su quiebra, y si la insolvencia es definitiva, los acreedores no se oponen a la continuación de la suspensión (61).

3) *La suspensión de pagos*

La otra institución básica en el Derecho español es la suspensión de pagos. Introducida en el CCom. de 1885 como un *estado intermedio entre la total solvencia y la cesación general de los pagos*, encuentra sus antecedentes legales en los atrasados de las Ordenanzas de Bilbao y los quebrados de primera clase en el primer CCom. de 1829, así como en la Ley especial de 12 de noviembre de 1869 para las suspensiones de pagos y quiebras de compañías de ferrocarriles y demás obras públicas.

El arranque histórico de la institución se encuentra en una situación caracterizada objetivamente porque el deudor *posee «bastantes bienes para pagar a todos sus acreedores»*, y, subjetivamente, porque esta situación se debe a *accidente*, pudiendo hacer el pago a los acreedores *después de una breve espera o dilación*, concedida por éstos mediante el *convenio* oportuno.

(61) Vid. más adelante sobre estas cuestiones, justificando analíticamente un punto de vista expuesto ahora de forma apodíctica.

Esta posibilidad del deudor se considera como un *privilegio del deudor* que le permite escapar a las graves consecuencias de la quiebra, evitando las sanciones penales, la inhabilitación para comerciar y la liquidación final de su patrimonio. Es, como dice Dalhuisen (62) *una dulcificación de la tradicional severidad de la quiebra en la que también están interesados los acreedores.*

En la actualidad la suspensión de pagos no es un estado intermedio entre la solvencia y la quiebra, considerada como insolvencia o desbalance. Es un *estado preliminar de la quiebra* (63) que, en determinadas situaciones, va a eliminar la quiebra, convirtiéndose ésta en una *quiebra abreviada*. En efecto, el *presupuesto de la quiebra* y el *presupuesto de la suspensión* son iguales: la imposibilidad de pagar, bien sea por *carecer de bienes suficientes (insolvencia definitiva)*, o por *carecer de liquidez (insolvencia provisional)*. Si en la *fase previa* entre la solicitud de la suspensión de pagos (propuesta anticipadamente por el deudor) y la declaración judicial definitiva, *la insolvencia definitiva desaparece* o, aun sin desaparecer, *los acreedores no se oponen en número suficiente*, la insolvencia definitiva se transforma en provisional y se sigue el procedimiento de suspensión para alcanzar un convenio que evite la quiebra y, en último extremo, la liquidación.

La *suspensión potestativa del deudor* permite, por lo tanto, encontrar un arreglo entre los acreedores y el deudor común que, sin consumir los trámites de la quiebra, evite la liquidación de la empresa.

Por otro lado, si los acreedores no admiten el convenio del deudor, aunque la situación del deudor sea de mera iliquidez o insolvencia temporal o provisional, habrá que acudir a la quiebra para solventar dicha situación.

A la vista de esta situación puede afirmarse que la doctrina española ha terminado por admitir, acaso unánimemente, que la insolvencia como desbalance puede tramitarse en las condiciones que más adelante se especifiquen como suspensiones de pagos. Pero no ha sido admitido con la misma generalidad que la iliquidez pueda tramitarse normalmente por la vía de la quiebra. Es decir, para la doctrina dominante, *la insolvencia es presupuesto de la quiebra y (condicionadamente) de la suspensión de pagos, pero la iliquidez sólo puede abrir la suspensión y no la quiebra.*

4) *La administración judicial de empresas embargadas*

Por el Decreto de 20 de octubre de 1969 se ha dictado una disposición que permite la administración judicial de las empresas embargadas, que, a través de la conservación de la empresa exigida por el interés general, satisfaga a los acreedores. La institución surgida como

(62) DALHUISEN, *Compositions in Bankruptcy* (Leiden, 1968).

(63) Es lugar común en la doctrina española y no requiere mayores puntualizaciones.

consecuencia de un caso concreto de la vida económica española, no tiene carácter general, y sólo se aplica cuando los acreedores o el deudor renuncien a la quiebra o a la suspensión (64).

5) *El carácter material o procesal de las instituciones concursales*

Es doctrina generalizada que el Derecho concursal pertenece al Derecho procesal. Ultimamente, Guasp (65) ha insistido y razonado esta adscripción. La quiebra es, «por su naturaleza», una institución procesal y no una institución de Derecho privado. «La llamada naturaleza mercantil de la quiebra es sólo un error arraigado de la época en que el Derecho procesal era mero apéndice adjetivo del Derecho privado».

La división de las normas atinentes a la quiebra en el C. Com. y en la L. E. Civ. no es más que «una dualidad muy censurable, pero que no es nada insólita dentro de la deficiente ordenación sistemática de nuestros problemas procesales».

En la misma dirección, entre los mercantilistas, Rubio (66) ha insistido en que el Derecho concursal constituye Derecho procesal y «sólo por inercia continúa en el articulado de algunas leyes comerciales». En último extremo, Rubio apoya «la separación legislativa doctrinal y didáctica del derecho de quiebras..., doblemente exigida por la unidad del Derecho privado y por la unidad conceptual del proceso» (67).

Una mitigación de esta tesis es la constituida por el «bifrontismo». Expresada por la E. de M. del C. Com. vigente, ha sido mantenida, sobre todo, por Garrigues (68) y por Broseta (69) y, de una manera más matizada por Uría (70) y por Sánchez Calero (71). Esta postura —que también ha sido seguida en el proyecto de ley de concursos elaborado en la década de los 50 por el Instituto de Estudios Políticos— supone que el Derecho concursal tiene una parte declaratoria de derechos que pertenece al Derecho material o sustantivo, mientras que otra parte pertenece al Derecho procesal, y que indica los cauces a seguir para actuar los derechos y los deberes de deudor común y acreedores en el supuesto de crisis económica.

No es fácil decidir cuándo una norma es sustantiva o procesal. La

(64) Así, SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones*, cit., pág. 509, y también BROSETA, *Manual*, cit., págs. 681 y ss.; VERGEZ SÁNCHEZ, *La administración judicial de empresas emibargadas*, RDM, 1978, pág. 293 y ss.

(65) GUASP, *Derecho procesal civil II* (Madrid, 1968, 2.ª ed., págs. 321 y ss.). Ultimamente se ha ocupado de esta cuestión, con intensidad y acopio de datos, CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Aproximación al proceso de declaración de quiebra*, RDM, 1977, págs. 461 y ss.

(66) RUBIO, *Sainz Andino y la codificación mercantil* (Madrid, 1950), páginas 20 y 21.

(67) RUBIO, *ob. y loc. cit.*

(68) GARRIGUES, *Curso*, cit., II, págs. 376 y ss.

(69) BROSETA, *Manual*, cit., pág. 621.

(70) URÍA, *Derecho mercantil*, cit., pág. 788.

(71) SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, cit., pág. 477.

distribución legal actual no es, en ocasiones, correcta. Cualquiera que sea el lugar en que se encuentre una norma, habrá que decidir si pertenece al Derecho procesal o al Derecho sustantivo por razón de la relación donde produzca directamente los efectos.

Por esta razón, en vez de dividir las normas entre los cuerpos de Derecho sustantivo —C. Com. o C. civ.— y procesal —LEC—, la tendencia actual —Alemania, Italia, Francia— es la de dictar *leyes unitarias* que abarquen ambos aspectos —y éste ha sido el criterio adoptado por los trabajos de reforma del derecho concursal español.

6) *El Derecho concursal como Derecho especial que integra el estatuto del empresario en situación de crisis*

Pero, recientemente, Ragusa-Maggiore (72) ha examinado críticamente la tesis dominante de que el concurso tenga naturaleza procesal —o predominantemente procesal—. Ha llegado a unas conclusiones que básicamente pueden ser aceptadas.

Para Ragusa Maggiore el concurso —o, en general, la institución concursal— es la *especial actuación sustantiva del principio de responsabilidad* a que se halla sometido el patrimonio del deudor común, en el supuesto de crisis económica. Las modificaciones que experimenta necesariamente la situación patrimonial del deudor común se verifican en el plano del Derecho sustantivo. Todas estas modificaciones implican «la aplicación de una cierta disciplina que se refiere a las relaciones entre el empresario y su patrimonio». Las modificaciones patrimoniales en el plano sustancial son, sin embargo, consecuencias de una serie de actos que, por su importancia para el propio deudor y para los terceros, han de ser necesariamente objeto de valoración judicial antes de que el órgano jurisdiccional pronuncie la sentencia que abre el proceso.

La quiebra es para el mencionado autor un *aspecto negativo de la empresa*, es decir, de aquella actividad, profesionalmente organizada, que establece, para la obtención de su objeto, una pluralidad de relaciones jurídicas con múltiples personas generalmente basadas en el crédito.

Desde la perspectiva de la empresa, *el aspecto procesal no agota el contenido de la quiebra*. La quiebra como instituto único dirigido, fundamentalmente, a la liquidación del patrimonio empresarial en beneficio de los acreedores y a la represión de ciertos supuestos extremos, se transforma en el concurso, que abarca una pluralidad de instituciones, procedimentales o extraprocedimentales, entre las cuales el legislador, el órgano jurisdiccional o incluso los particulares optarán teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en la empresa.

La crisis económica de la empresa altera profundamente la gestión

(72) REGUSA MAGGIORE, en el reciente trabajo aparecido en la revista «Il Dir. Fall.», sobre *Natura giuridica del fallimento*, cit.

ordinaria del empresario y, normalmente, desemboca en la disolución de la empresa.

Los aspectos parciales que surgen cuando se consideran aisladamente los intereses de los acreedores a la satisfacción máxima posible de sus créditos bajo el principio de la «par conditio creditorum», o del deudor a liberarse de sus deudas «se unifican en un solo núcleo que gira alrededor de la empresa en relación a su titular y a las relaciones de éste con los terceros».

La creciente consideración central de la empresa es consecuencia de la evolución que ha experimentado la propiedad como forma de gestión sustituida por formas más dinámicas, en virtud de las cuales la propiedad, concepto polivalente, adquiere nuevos puntos de referencia. Los bienes, como objeto del derecho de propiedad, son sustituidos por el establecimiento, objeto del Derecho de empresa, y adquieren, como bienes instrumentales, distintos perfiles a los que, hasta entonces, habían tenido los bienes objeto del Derecho de propiedad o, incluso, el establecimiento en las primitivas y poco desarrolladas formas jurídicas de la producción.

La contraposición entre el proceso ejecutivo singular y el proceso ejecutivo colectivo de los bienes organizados para formar un establecimiento apenas diferían. Pero la ejecución singular ya no es apta para sistematizar, componer y armonizar los múltiples y variados intereses que se conectan alrededor del establecimiento, instrumento para el ejercicio de la empresa. El interés del deudor común y el interés de los acreedores ya no son los únicos que debe valorar el legislador para solucionar unos conflictos que han aumentado cuantitativamente y, en la última fase, han terminado por variar cualitativamente. El conflicto entre ambos intereses podía resolverse simplemente mediante el sacrificio del primero a los intereses de los segundos, apareciendo, de esta manera, el concurso (o quiebra en sentido estricto) como un *procedimiento extintivo de una actividad*, mediante la (colectiva) ejecución de los bienes que la servían de soporte material. Pero la consideración simultánea de otros intereses, como puede ser el interés general de conservar la empresa, la protección del crédito, el mantenimiento del nivel de empleo de la producción, *separan definitivamente el concurso de la fase final de la empresa*, pues ésta, como síntesis de los intereses convergentes en la misma exige un sistema jurídico encaminado no sólo a la eliminación de las empresas en situación crítica mediante la liquidación de su patrimonio en beneficio de los acreedores, sino, sobre todo, a la *conservación de la organización del establecimiento* cuando éste sea capaz mediante el sacrificio razonable de los acreedores o de otros interesados, de continuar utilizándose como centro de la actividad de empresa, y, en caso necesario, superar la identificación del propietario con el empresario y actuar la *sustitución del empresario declarado en concurso por otro nuevo* que, con el establecimiento del anterior, continúe, con las garantías adecuadas, el ejercicio en que, después de la transmisión de la empresa, ha cesado el concursado.

Esta nueva situación complica el primitivo planteamiento simple

de la cuestión porque el rígido procedimiento represivo y ejecutivo se ha escindido en varios procedimientos, los cuales no pretenden de un modo exclusivo la protección de uno o de otro interés y, por lo tanto, no encajan rígidamente en la fase final, liquidatoria de la empresa, sino que el conjunto de normas, procesales y materiales, que inciden en la posición jurídica de cuantos se hallan relacionados económica o jurídicamente con la empresa, tienen por objeto *disciplinar adecuadamente la empresa que se encuentra, cualesquiera que sean las razones, en una crisis económica.*

La debida solución de estos nuevos conflictos exige que la disciplina normal de la empresa se transforma y se sustituye por una *disciplina nueva, de carácter formal, que afecta, directamente al empresario e indirectamente a todos los que se encontraban en relación con la empresa.*

Tales transformaciones acaecen en el plano sustancial, aunque, normalmente, deban producirse con la mediación necesaria de los actos judiciales. Pero sostener que este elemento dota a la institución concursal de una dimensión exclusiva o predominantemente procesal constituye una afirmación semejante a la que constituirá afirmar que el divorcio, cuyos efectos están condicionados también a una sentencia judicial, es una institución procesal. Y esto no se ha dicho, que yo sepa, en ningún caso; como no se ha dicho, que la necesidad de una declaración judicial de carácter constitutivo transforme una relación sustantiva —la relación sustantiva que se crea o se modifica por la sentencia constitutiva— en una relación procesal.

La *mediación necesaria del órgano jurisdiccional* es un requisito que el Estado se reserva para valorar las circunstancias que concurren en determinadas empresas a fin de que aquellas que no estén en condiciones de continuar útilmente sean *liquidadas* con las necesarias garantías de todos los interesados. Pero, incluso esta *intervención judicial es subsidiaria*; pues si las partes alcanzan a encontrar extrajudicialmente una solución a los problemas económicos suscitados por la crisis económica de la empresa, la intervención judicial no tiene lugar o, si ya ha empezado, se paraliza y en último extremo, cesa.

Así, pues, afirmar que el Derecho concursal —o acaso si se quiere, más restringidamente, la quiebra— es un proceso ejecutivo o un procedimiento preliminar es fruto de una consideración apresurada de épocas pretéritas que no ha valorado las condiciones de la economía y que no abarca la totalidad y la complejidad de los institutos jurídicos que actualmente han de intentar satisfacer los múltiples intereses afectados por la crisis de una empresa.

En definitiva, podría decirse que la actividad organizada y sistemática en que consiste la gestión ordinaria de la empresa se sustituye, durante las épocas de crisis, por una actividad igualmente organizada y sistemática que continúa siendo imputable al empresario quebrado, pero cuyo ejercicio se transfiere, provisionalmente y a los fines exclusivos de la regulación de las relaciones jurídicas, a los órganos de la quiebra. La continuación de la empresa en crisis, sin cambiar provisio-

nalmente de titular, se ejercitará por las personas a quienes la ley encomienda este cuidado, originándose de esta suerte una situación en la que *la titularidad del poder de empresa y su ejercicio se hallan disociados*—como sucede en el caso del factor—por imperativo de la Ley, a fin de proteger eficazmente todos los intereses conectados a la crisis patrimonial de la empresa.

C) LA FUNCIÓN DE LAS INSTITUCIONES CONCURSALES

El problema que acabamos de exponer suscita tres nuevas cuestiones íntimamente vinculadas al mismo; el *interés protegido* mediante la institución de la quiebra: la *aplicación exclusiva* a los comerciantes o su posible extensión; y, finalmente, la *subsistencia de este régimen* en un sistema de economía distinto al sistema de economía de mercado.

Las modificaciones experimentadas por la sociedad y la economía no podían dejar de afectar la disciplina de la quiebra—y, en general, de todo el Derecho concursal.

1. *La aplicación de la quiebra a los no comerciantes*

En primer lugar, ha sido objeto de revisión si el Derecho concursal debía ser un Derecho que exclusivamente rigiera la crisis económica de los comerciantes, o si, por el contrario, debía extenderse también a los no comerciantes.

En el Derecho español vigente la quiebra y la suspensión de pagos son, como se ha dicho, situaciones propias y exclusivas de los comerciantes. Sólo se aplican a los comerciantes. Para los no comerciantes el Derecho español prevé el concurso de acreedores y la quita y espera. Los comerciantes no pueden acogerse optativamente a este último procedimiento y sus crisis económicas tienen que arreglarse necesariamente a través de la quiebra (y la suspensión). Expresamente prevé el artículo 1.318 LEC que el órgano jurisdiccional no declarará el concurso que se hubiera solicitado por el comerciante y declarará, por el contrario, la quiebra si concurriesen los presupuestos requeridos para ello. Y en el caso de que se haya declarado la quiebra de un no comerciante, el T. S. ha declarado que debe revocarse el auto correspondiente (STS 15-II-1875, 16-XI-1905, 8-VII-1907, 4-VII-1918, 10-XI-1924, 28-IV-1930, 12-VII-1940).

El *comerciante acude normalmente al crédito para atender* el funcionamiento de su empresa. Y por esta razón la actividad del comerciante es *más arriesgada* que la del particular que no utiliza el recurso al crédito con la intensidad de éste, por lo que debe establecerse una normativa que atienda los problemas planteados en las situaciones críticas por la pluralidad de acreedores nacidos del recurso al crédito.

De aquí que la conexión histórica de la quiebra haya intentado

buscarse o en la *concurzalidad* (pluralidad de acreedores) o en la *comercialidad* o *mercantilidad* (la cualidad mercantil del deudor común) (73).

a) *El planteamiento de una posible unificación*

El planteamiento acerca de la unificación o separación de las instituciones concursales para comerciantes o no comerciantes se plantea como una cuestión de eficacia o de justicia, y, en último extremo, de adecuación a las condiciones del tráfico: «o la ordenación mercantil es más adecuada y justa, más eficaz para la seguridad del tráfico y entonces debe extenderse a todos, o resintiéndose de sus orígenes profesionales supone una ventaja de grupo incompatible con la conciencia jurídica vigente» (74).

Si esta última alternativa se desecha como contraria al significado que ha tenido históricamente el rigor con que eran tratados los comerciantes, entonces queda la unificación como alternativa válida, muy matizada en el Derecho español por la situación legislativa del mismo, y fundamentada en la progresión histórica de los hechos a los que va a regular.

¿Por qué los comerciantes primero —y, en general, los empresarios después— han estado sometidos a la disciplina rigurosa de la quiebra?

Las razones que justifican este especial tratamiento deben encontrarse en la *especial forma de actividad* que se concreta en la empresa del empresario. El comerciante no podría realizar adecuadamente su actividad mercantil sin recurrir al crédito. La utilización del crédito es un suceso normal en la vida mercantil. El *crédito* en la actividad mercantil se concede generalmente sin recurrir a las garantías de carácter real. Por lo tanto, los acreedores confían en que el comerciante deudor adornado de unas cualidades profesionales y de probidad, satisfará puntual y oportunamente la totalidad del crédito. Sin esta confianza, base del crédito a medio y largo plazo, la actividad mercantil no sería posible (75).

(73) No hace mucho FOSCHINI, en el T. II de los *Studi in onore Ascarello* (Milano, 1969): *La normativa sul fallimento come disciplina speciale per gli imprenditori commerciali*), trataba de demostrar que la postura de la doctrina y legislación italianas en materia de quiebra no era producto de una ocasionalidad histórica. Foschini impugna la doctrina de la *ocasionalidad* mantenida por un buen sector de la doctrina italiana (Vivante, Recco, Bonelli, Provinciali) y extranjera (Dupuy), y, por el contrario, mantiene que, por los orígenes históricos del instituto y su desarrollo posterior, no puede considerarse característica exclusiva y definitiva de la quiebra la *concurzalidad*: es decir, la concurrencia de varios acreedores en un plano de igualdad, a fin de satisfacer sus créditos sobre el patrimonio del deudor común. La atención debe desplazarse desde la nota de *concurzalidad* a la del *carácter comercial* o mercantil que poseen determinadas actividades. La *concurzalidad* debe integrarse, pues, con las notas que caracterizan la actividad mercantil.

(74) RUBIO Sainz de Andino, ob. cit., pág. 21.

(75) Especialmente subraya ya por BROSETA, *Manual*, cit., pág. 618... el empresario usa, disfruta y abusa del crédito ajeno, el cual exige una protección eficaz, rápida y segura...».

Sin embargo, como se verá más adelante, desde tal perspectiva sustancial, en el momento actual no hay razón alguna que justifique un tratamiento distinto a los acreedores de un empresario o de una persona sin esta cualidad.

Como señala Jaegger (76), la razón que puede justificar un tratamiento separado de las insolvencias de los comerciantes y de los no comerciantes en los países donde subsiste la tradicional distinción es que en tales países el *fenómeno del crédito está menos difundido* que en aquellos donde se ha verificado la unificación. Por ello, la extensión de la quiebra y de sus procedimientos a personas no comerciantes, se da primero (y, después, se extiende) en los países donde *el crédito para financiar el consumo, ha alcanzado cotas semejantes a las de la difusión del crédito para financiar la producción de los empresarios o el comercio de los comerciantes*.

El dato que podría justificar el tratamiento distinto de la crisis del empresario y la del deudor común podría consistir en la *distinta importancia que tiene la acción del sujeto titular del patrimonio* en uno y otro caso. Esta explicación procedente de la doctrina italiana tradicional y recogida entre nosotros por Vicente y Gella (77), parte del hecho de que la gestión del empresario es mucho más determinante sobre su patrimonio que la correlativa gestión del deudor común sobre el suyo. La gestión del empresario sobre su empresa exige, de hecho aunque no de derecho, *estar en posesión de unas determinadas cualidades de carácter profesional y técnico*, sobre cuya existencia se justifica que quienes entran en relación con el empresario, confíen en él y le concedan crédito. La gestión ordinaria de un patrimonio no exige estas mismas cualidades.

Por lo tanto, cuando se produce la crisis de un patrimonio común, los acreedores son defraudados tan sólo por la extensión y por la consistencia económica del patrimonio de su deudor. Pero cuando se produce la quiebra del patrimonio de un empresario, los *acreedores se sienten burlados no sólo en sus expectativas patrimoniales acerca de la consistencia patrimonial de su fortuna, sino, sobre todo, en las expectativas acerca del comportamiento personal del empresario al frente de la empresa*.

La situación actual es indudablemente más compleja que la existente durante el siglo pasado. Una economía de mercado incipiente ha sido *sustituída por una economía de mercado en la que el consumo se ha extendido* y se estimula considerablemente. *El recurso al crédito se ha hecho común a todas las clases de ciudadanos*. No sólo para financiar el intercambio o la producción, sino también para financiar el consumo de las personas como particulares y sin desempeñar el papel de empresario.

Por otro lado, las *exigencias siempre crecientes de las empresas de encontrar recursos para su financiación* han motivado que corran el

(76) JAEGGER, *Il fallimento e le altre forme di tutela giurisdizionale* (Milano, 1964), pág. 69.

(77) VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho mercantil*, cit.

riesgo de la producción y del mercado, no sólo directamente los empresarios, sino también, indirectamente, los particulares que, mediante la adquisición de títulos (acciones u obligaciones), invierten sus ahorros en las grandes empresas de la época. De aquí que los efectos de la crisis económica de una de estas empresas no se quede limitada al círculo de empresarios, sino que afecte a amplios estratos de la población. Como consecuencia de estos hechos, el patrimonio de personas que no son empresarios ha experimentado modificaciones importantes: la posesión de activos físicos (inmuebles, objetos preciosos) ha sido sustituida por la posesión de títulos de participación, a través de los cuales participan de los riesgos de la producción (de bienes o servicios) y en este sentido son (económicamente) empresarios.

En los sistemas en los que, como en el tradicional francés, la institución concursal se ha aplicado exclusivamente a los comerciantes, mientras que a los no comerciantes se les aplica el régimen común de la *déconfiture* o insolvencia, la justificación de la extensión de la situación concursal a personas no comerciantes radica en la utilidad que la misma tiene para el desarrollo de la actividad económica, debido a la superioridad del régimen jurídico concursal en comparación al régimen común de la insolvencia, carente de cualquier plan de conjunto. En el Derecho francés tradicional, en efecto, para la insolvencia de los no comerciantes podría hablarse, más que de un régimen jurídico, de una ausencia de régimen. Las ejecuciones contra el deudor común se desarrollan, por lo tanto, sin una declaración judicial que abra la vía a una liquidación ordenada y sistemática del patrimonio del quebrado, sin la garantía de unas sanciones penales para el deudor fraudulento. Y este vacío legal es el que trata de remediarse con la extensión del régimen de la quiebra a supuestos no comerciales, no sometidos tradicionalmente en el Derecho francés a este régimen. Por otro lado, con ello también se reconoce que determinadas formas de organización tradicionales de los comerciantes, se utilizan con generalidad en el tráfico moderno.

b) *La peculiaridad de la situación española*

En realidad, la situación española difiere ligeramente de la situación de los países latinos. Puede decirse que ocupa un *lugar intermedio entre la postura tradicional francesa y la postura tradicional germánica*.

En efecto, la primera aplica la quiebra y los otros institutos concursales a los comerciantes, mientras que aplica las normas de la ejecución común a los no comerciantes, sin organizar ninguna institución concursal propia de las personas que no tienen esta categoría. El Derecho germánico somete a todos los sujetos de derecho al mismo procedimiento concursal, sin distinguir entre comerciantes y no comerciantes. A diferencia de este sistema, en el Derecho español la quiebra y la suspensión de pagos se aplican exclusivamente a los comerciantes, pero, a diferencia, también, de los sistemas latinos, prevé para los no comerciantes instituciones concursales (concurso de acreedores; quita

y espera), cuya finalidad, motivación y estructura son semejantes a las de la quiebra y la suspensión de pagos previstas para los comerciantes.

En este sentido, me parece que no se ha subrayado con la necesaria intensidad la *postura original y tempranamente progresiva del Derecho español*. Las diferencias que pueden encontrarse entre el concurso de acreedores y la quiebra radican, sobre todo, en el diferente trato personal que se aplica al comerciante insolvente y al no comerciante, diferencia que se basa en el mayor rigor represivo con el que, por razón de la profesión, hay que valorar las conductas del empresario.

En el Derecho español se ha producido, por lo tanto, una *antici-pada comercialización del derecho concursal*, de suerte que, como ha sucedido en materia de contratos y obligaciones, frente a un derecho común del concurso existe un *derecho especial de concurso*, con un nombre específico (quiebra) que se aplica a una *categoría determinada de personas*. Pero, pese a esta apariencia, *el derecho común del concurso no ha sido una creación primaria del ordenamiento*, de la cual se hubiera después desgajado la quiebra para atender especialmente a ciertas particularidades del tráfico mercantil, sino que el legislador español toma la regulación de la quiebra, la despoja de las particularidades que estima propias del tráfico mercantil y constituye un conjunto de normas aplicables, como derecho común, a todas las situaciones no especiales y al que dota, incluso, de la apariencia formal de derecho común, pues las remisiones no se hacen a la institución que históricamente aparece primero y que se generaliza, sino que desde este originario núcleo central de la quiebra, se hacen remisiones a la disciplina más reciente del concurso que se considera común y que completa la disciplina especial. Esta disposición formal de la codificación decimonónica ha podido engañar al valorar el Derecho español.

En efecto, la situación española es peculiar. La existencia del concurso de acreedores ha permitido afirmar a un autor tan tradicional como puede serlo Mur Sancho en sus anotaciones a los Estudios de Blanco Constans (78) que en España «existe la quiebra para los no comerciantes con igualdad esencial a la de los comerciantes, pero con rasgos particulares distintos». Y es que, como señala con razón Rubio (79), «extinguidas ciertas reminiscencias, un examen comparativo nos mostraría las escasas y, cuando existen, casi siempre arbitrarias variantes entre ambos sistemas». Porque el concurso apenas si ha recibido aplicación, a pesar de su mayor extensión legislativa, de su sistematización completa y del puesto central de referencia que se le asigna en la ley.

Desde el punto de vista aquí considerado, cabría también preguntarse si la crisis económica que se manifiesta a través del *incumplimiento de deudas civiles* puede subsumirse bajo el concepto de sobreseimiento en los pagos.

(78) MUR SANCHO, en BLANCO CONSTANS, *Estudios elementales de Derecho mercantil*, II (Madrid, 1945, 4.ª ed., corregida, revisada y anotada por R. MUR SANCHO), pág. 184.

(79) RUBIO, *Sainz de Andino*, cit., pág. 21.

Las razones que tradicionalmente se aducían para plantear este problema eran de un doble orden: a) el cumplimiento de las obligaciones civiles *no está sometido al rigor* que se establece en el CCom.; b) las obligaciones civiles son *generalmente privilegiadas* y, por lo tanto, *pueden ser hechas valer individualmente*.

Pero estas razones, que son relativamente equívocas, han sido contrarrestadas por una argumentación que ha terminado por prevalecer: a) si se contempla la relación obligatoria desde el lado del deudor y no del acreedor, la actividad mercantil funda una *presunción de mercantilidad de todas las deudas* de los comerciantes.

b) El incumplimiento de las deudas civiles puede ser un *índice de la crisis económica del empresario*, y, en este sentido, ser el motivo de crisis económica.

c) El endeudamiento del deudor a través de la asunción de obligaciones civiles puede conducir al perjuicio de los acreedores mercantiles, puesto que aquellas obligaciones son generalmente garantizadas, lo que permite al comerciante obtener crédito por medios anormales, que, en el momento de la crisis, jugará contra los acreedores comunes (mercantiles).

El CCom. —a diferencia del CCom. de 1829— no hace distinción entre obligaciones civiles y obligatorias mercantiles.

La E. de M. ayuda a interpretar el silencio del CCom. en este punto. Ha sido una omisión consciente. El incumplimiento de obligaciones civiles es, si constituye un sobreseimiento general, bastante para declarar al comerciante en quiebra «siempre que esta suspensión o cesación influya desfavorablemente en el crédito» del empresario en dificultades.

La razón para esta postura es que «el comerciante que no paga al corriente sus obligaciones particulares porque carece de fondos, quebranta su crédito en el mero hecho de hacer público que no tiene recursos para cubrir las necesidades más ineludibles de su vida». Además, esta situación no puede por menos de causar «un grave trastorno en la marcha de sus negocios mercantiles», lo que desembocará en último extremo en la imposibilidad de pagar puntualmente las mismas obligaciones mercantiles.

La cuestión de la *comercialidad o no de las deudas* tiene importancia en dos aspectos:

Primeramente, en el momento en que se comprueba la consistencia del patrimonio del comerciante, en cuanto que *las deudas civiles deberán o no tomarse en consideración* para fijar su pasivo según la postura que adopte sobre el particular. En segundo lugar, por lo que toca a la iniciativa para la petición de la quiebra; *los acreedores civiles pueden pedir la quiebra en las mismas condiciones que los acreedores por deudas comerciales* si se entiende que la quiebra afecta indiferenciadamente a acreedores civiles y mercantiles.

Ultimamente la cuestión tiende a reproducirse con relación a los *créditos por seguros sociales* y a los *créditos por deudas fiscales*.

El principio acogido ahora por la doctrina española ha sido objeto de una evolución curiosa en la doctrina francesa.

Ha sido, como ha puesto de manifiesto recientemente Delmas, el medio a través del cual el legislador francés ha modificado sutilmente el concepto tradicional de cesación de pagos. Esta, considerada como la detención material del cumplimiento de las obligaciones, se ha transformado en un concepto económico, integrado por la cesación material de los pagos y una situación económica angustiosa y sin salida. La valoración de esta situación es función del órgano jurisdiccional, el cual, para realizar esta tarea, puede utilizar diversos índices, entre los cuales se hallan los incumplimientos de obligaciones civiles. De esta manera, el Derecho francés ha encontrado un equilibrio que le aleja del riesgo de hacer pronósticos demasiado eventuales sobre la aptitud de la empresa para subsistir, e, igualmente, de la aplicación mecánica de la interrupción de los pagos puramente material como es el de la cesación de los pagos.

c) *La tendencia general de la evolución*

El Rapport de la Inspection Gén. des Finances se planteó, con motivo de la reforma de la quiebra francesa en los años 60, el problema acerca de la conveniencia de extender el campo de aplicación de la quiebra, a la vista de las modificaciones que había experimentado el contexto económico de la quiebra (80).

Los hechos que, a juicio de la Inspection Gén., han motivado la necesidad de revisar en el vecino país latino el ámbito de aplicación de la quiebra, reservada tradicionalmente, como en los demás países latinos, a los comerciantes, han sido, fundamentalmente, dos. Por un lado, la *proliferación de las empresas no comerciales* y por otro lado, la *integración de las economías nacionales en el marco comunitario* definido por el Tratado de Roma.

Por otro lado, debe de señalarse también el hecho, al margen de cualquier reforma, de que el derecho de quiebra ha dejado de considerarse como un instituto de carácter excepcional, incluso en aquellos ordenamientos que, como el italiano, mantienen la quiebra como institución típica de los empresarios. El sometimiento a la quiebra no representa la aplicación de una disciplina excepcional, sino que, como dice Ferrara, «la sustracción al ámbito de la quiebra constituye un tratamiento de favor, una especie de privilegio para los que no son empresarios mercantiles, y, en especial, para los empresarios agrícolas» (81).

El mencionado Rapport francés analiza las posibilidades de colmar

(80) *Aspects économiques*, cit., *passim*.

(81) FERRARA, *Il fallimento* (Milano, 1959). El interés de los acreedores concursales a la propia satisfacción es un interés puramente privado el procedimiento concursal constituye sólo el instrumento para la tutela de este específico interés privado (pág. VII de la Prefazione).

esta desconexión entre la realidad económico-social y el régimen jurídico de la quiebra.

Las soluciones discutidas son tres:

1.º Extender el dominio del derecho mercantil mediante la *extensión de la calificación de mercantil a profesiones* que hasta ahora no habían tenido esta consideración.

2.º En lugar de extender la calificación de comerciante, dejar intacta esta cuestión y *extender el ámbito de aplicación de las normas sobre quiebras*. El concepto de comerciante no queda alterado, sino que se altera el concepto de la quiebra.

3.º Prescindir del criterio clásico de mercantilidad y postular la aplicación de la quiebra a empresas que, aun no siendo comerciales por su objeto, ejercitaran una *actividad económica siempre que su titular fuera una persona jurídica*.

De estas tres soluciones, el legislador francés ha escogido la última. Es una solución prudente, que se basa en la consideración general de que la quiebra no es una sanción por la ineptitud del empresario en la búsqueda del beneficio o lucro, sino que constituye, simplemente, el medio de limitar y reparar en la medida de lo posible y también en la medida en que sea necesario evitar el retorno de una situación semejante, el perjuicio que se ha causado a la colectividad con la cesación de pagos. La organización de la persona jurídica hace prever con su complejidad que el desarrollo de la actividad económica a la que se dedica implica un riesgo acentuado de perjuicio en caso de insolvencia y, si ésta se produce, debe aplicarse la institución más racionalizada del concurso para remover los perjuicios causados, cualesquiera que puedan ser los fines altruistas o desinteresados a que la sociedad o asociación dedicara su actividad, de la misma manera que cuando se produce un accidente automovilístico no se pregunta al conductor del vehículo si lo adquirió o si utilizaba el vehículo causante del daño para obtener lucro o con otra finalidad, sino que se aplican las medidas más convenientes para que los perjudicados obtengan la reparación del perjuicio sufrido en el accidente.

Con esta solución intermedia, se evita que se prolonguen las discusiones sobre la comercialidad y que se cristalice la separación entre derecho mercantil y derecho común. Al mismo tiempo, se obtiene un criterio general de relativa fácil aplicación, evitándose la casuística (posiblemente contradictoria) que pudiera haber suscitado una cierta resistencia en determinadas categorías de profesionales a ser consideradas como comerciantes (82).

Como ya se ha indicado, la E. de M. del anteproyecto español de 1975 unifica los procedimientos aplicables a los comerciantes y a los no comerciantes. Bajo el nombre de concurso regula una única institución.

Las razones que los redactores del anteproyecto dan no se refieren

(82) En la doctrina española también BROSETA, *Manual*, cit., pág. 619, y SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones*, cit., págs. 466-467, se muestran partidarios de la unificación.

a la realidad económica, sino que permanecen en un plano formal. «No hay ninguna razón de peso —dice textualmente el anteproyecto— que justifique el diverso tratamiento de la insolvencia según que el deudor sea o no comerciante». El núcleo de la —ciertamente— breve argumentación consiste en la observación de los datos legislativos. Si se estima que el régimen específico de la quiebra perseguía hacer más riguroso el procedimiento, mediante la imposición de sanciones más graves al comerciantes, el establecimiento de efectos personales rigurosos para éste y el tratamiento rigurosos de los actos anteriores de la quiebra con la retroacción, parece clara la consecuencia que saca el proyecto: «una vez que en nuestro sistema se admitía el procedimiento de la suspensión de pagos por Ley de 26 de julio de 1922, en la que se dulcifican las consecuencias de la quiebra descartando las sanciones personales contra el comerciante, realmente no parece que exista ninguna razón atendible para mantener la separación entre concurso de acreedores y quiebra». Y esta afirmación se refuerza con otra observación: el «absoluto paralelismo» que guarda la legislación vigente al regular el concurso y la quiebra como lo denota el hecho de que el artículo 1.319 LEC declara aplicable a la quiebra las normas del concurso a título subsidiario.

2. *La función de la quiebra*

En la discusión anterior se ha hecho alusión reiterada a los intereses en juego. Y, en este instante, es necesario tratar de individualizar el interés predominante que se trata de proteger con la quiebra (o, en términos generales, el concurso, cuando éste se considere una institución de aplicación general).

a) *Planteamiento clásico*

La causa jurídica o justificación de estos procedimientos ha variado de acuerdo con las modificaciones que ha experimentado la práctica económica.

En una economía de mercado, caracterizada por el principio constitucionalmente establecido de libre iniciativa económica de los particulares, cada sujeto de derecho puede decidir libremente si se dedica o no a la actividad industrial o comercial, y, una vez decidido en sentido positivo, es igualmente libre, en el marco del ordenamiento jurídico, para adoptar las decisiones que crea más convenientes para que la empresa cumpla su función o causa jurídica —producir bienes y servicios para la comunidad— y el empresario satisfaga su —normal— motivo para emprenderla —obtener un beneficio—. La libertad para decidir y para gestionar su establecimiento como titular del poder o derecho de gestión implica que el *ordenamiento no atribuye a ninguna instancia, económica o jurídica, ningún control sobre la marcha ordinaria de la empresa*. Sólo cuando se produce una crisis económica de

la empresa libremente gestionada, por el impago general de los créditos que ostentan las personas que antes han mantenido relaciones de negocios con su titular, interviene el derecho, para ordenar las relaciones entre el deudor y los acreedores y las relaciones entre los mismos acreedores, esclareciendo las causas que han producido esta situación y tratando de que todos los afectados por la misma de una u otra manera, salgan de la situación crítica con el menor daño posible y con la mayor equidad para todos los interesados.

En esta perspectiva, la causa de la institución concursal es, radicalmente, de tipo *sancionador* para el comerciante o empresario y de tipo *reparador* para los acreedores.

Como consecuencia de la función sancionatoria que cumplía la quiebra, ésta constituía también un *freno en el uso de la libertad económica* de que disponía el comerciante en el ejercicio de su comercio. Función que ha sido recogida por la literatura, no sólo en el plano jurídico, civil y penal, sino sobre todo en el ámbito social. Th. Mann, en su famosa novela *Los Buddenbrook*, decía: «hasta aquel instante no desfiló por delante de sus ojos todo lo que encerraba aquella palabra: "quiebra"; todo lo que desde la más tierna infancia había sentido de vago y horrible el escucharla... "Quiebra..." era algo más espantoso que la muerte; era el escándalo, el derrumbamiento, la ruina, la ignominia, la vergüenza, la desesperación y la miseria» (83). Estas palabras, expresión de las amargas reflexiones de la mujer de un comerciante acomodado de mediados del siglo pasado, hija de un comerciante en una ciudad tradicionalmente comercial, evidencia lo arraigado que estaba en el ambiente comercial del siglo pasado la función sancionatoria de la quiebra y, al mismo tiempo, por que se produce una evolución acelerada en las épocas de crisis económicas, tendente a despojar a la institución de los aspectos represivos que se estimaron inútiles para que cumplieran su función. Es el comienzo de la tendencia a *facilitar los convenios* del deudor con sus acreedores, la *conservación de la empresa* y, en su caso, la *rehabilitación del quebrado* para que comience una nueva vida comercial.

Todavía, en *La Quiebra*, de J. A. de Zunzunegui, puede leerse, al enjuiciarse la conducta de quien ha producido la quiebra: «...ese mentecato nos ha llevado a toda la familia a la ruina y ha arrastrado por el fango al apellido». Pero Ph. Roth, en *Mi vida como hombre*, anota que la mujer de un hombre que había ido a la quiebra dos veces entre las dos guerras, «no actuaba como si estuviera casada con un hombre de negocios dos veces arruinado y en quiebra». Ha superado con facilidad el escándalo de dos quiebras. El compartido sentimiento individual de culpa por la quiebra del marido —y, seguramente, el sentido de repulsa social— ha desaparecido, salvo en los casos de fraude (83 bis).

(83) THOMAS MANN, *Los Buddenbrook*, en *Obras escogidas* (Ed. Aguilar, 1967, 1.ª ed.), pág. 251.

(83 bis) J. A. DE ZUNZUNEGUI, *La quiebra* (en *Novela de Bilbao*, Madrid, Editorial Minotauro, 1958); Ph. ROTH, *Mi vida como hombre* (Barcelona, Ed. Bruguera, 1977), pág. 15.

A través del aspecto reparador de la institución concursal se realiza la *protección del interés de los acreedores* a obtener, por el medio más rápido y en la medida consentida por el patrimonio del deudor común lo que les debía el quebrado. Junto a esta finalidad, puesta vigorosamente de manifiesto por González Huebra (84) y en relación con ella, el derecho concursal, especialmente en su modalidad de la quiebra, cumplía una finalidad represiva, que, en el plano civil, se manifiesta en la *expropiación del derecho de gestionar el patrimonio en crisis, y, a través de la liquidación, del valor del mismo*, mientras que, en el plano penal, se *conminaba con penas a los quebrados fraudulentos o meramente negligentes*.

De esta forma, en beneficio primero de los acreedores y después de la propia comunidad, la quiebra cumplía una *función de saneamiento de la economía*, eliminando a las empresas que, por su funcionamiento, se habían mostrado poco eficientes e, indirectamente, a los empresarios poco sagaces o faltos de escrúpulos.

La posibilidad de verse excluidos del mercado debía servir de estímulo para que los empresarios *redoblaran su vigilancia y prudencia en la gestión* de su empresa, y, al mismo tiempo, de *freno para manipulaciones poco escrupulosas*.

Todavía Satta, en 1974, afirma que la «insolvencia es la abierta manifestación de la incapacidad del empresario para realizar las funciones económicas que le han sido confiadas en la organización general de la sociedad». La quiebra, en el sistema de economía de mercado, es la sanción más o menos rigurosa a la inidoneidad manifestada por la empresa para realizar sus funciones: es —dice expresivamente— «el rechazo del sujeto por parte de un ordenamiento que, reconociendo la autonomía del mismo, se confía a él, porque de tal modo, a través de su actividad, alcanza sus fines» (85).

El empresario inepto que incurre en la quiebra, conmueve y socava los fundamentos de la sociedad por la serie de relaciones crediticias y de todo orden que son afectadas por la crisis. Por lo tanto, el sujeto en estas condiciones es afectado de una *incapacidad económica*, semejante a la interdicción civil que recae sobre el incapaz natural o legal.

La idea de la institución concursal —y, más concretamente, de la quiebra— como instrumento de regulación del mercado, aparece límpidamente expuesta muy pronto por Benito y Endara (86).

Con la retórica de la época, y con las influencias de la doctrina evolucionista, Benito y Endara distingue los efectos que la quiebra produce sobre el comerciante y los efectos que trascienden la esfera

(84) GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de Quiebras* (Madrid, 1856) pág. 5.

(85) SATTÀ, *Diritto fallimentare* (Padova, 1974), págs. 8 y ss., nota 5; BOSIGNORI, *La nuova concezione del fallimento in Salvatore Satta*, en «Il Dir. Fall», 1974, págs. 181 y ss.

(86) BENITO Y ENDARA, L., *Derecho mercantil*, en «Programa para ejercicio teórico de oposición a las plazas de aspirantes a la Judicatura, contestado por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Derecho penal y Derecho mercantil» (Madrid, 1889), págs. 356 y ss.

particular del comerciante y se producen sobre toda la sociedad. «Para la sociedad —dice el mencionado autor— es un elemento regulador de las energías empleadas en el comercio, que muchas veces y al propio tiempo un depurador de los elementos malsanos que le perjudican»; «... además, siendo la quiebra inevitable en la vida económica de las sociedades..., viene a recaer la quiebra en los naturalmente menos capaces, y hay, por consiguiente, una depuración o selección continuada que favorece de un modo extraordinario el desarrollo de la industria mercantil» (87). La quiebra era, así, un elemento que contribuía complementariamente a la institución de la competencia económica, eliminando por una u otra vía a los empresarios menos aptos y a las empresas menos rentables y peor organizadas. Era, pues, un *elemento de selección natural* que se insertaba en el orden natural de la vida económica cuyo principio regulador era la *competencia*.

b) *La situación actual*

Pero estas finalidades se cumplían a través del juego de los intereses privados bajo la vigilancia de los órganos jurisdiccionales. *Los acreedores constituían, pues, el punto de referencia* de toda la quiebra.

Esta *situación cambiará paulatinamente* con el cambio de las condiciones económicas. El cambio se produce en dos direcciones.

En primer lugar, *modificando la actitud rigorista y represiva* de la quiebra, permitiendo que el deudor *antes* de la quiebra pueda celebrar con sus acreedores algún *convenio o concordato preventivo* que impida, en beneficio de todos los interesados, la liquidación —con la consiguiente desaparición— de la empresa.

En segundo lugar, admitiendo claramente que, a medida que el Estado interviene de un modo más intenso en la vida económica, *la liquidación o, incluso, los convenios preventivos dejan de ser un asunto que interese exclusivamente a los intereses privados del deudor común y de los acreedores*. La satisfacción de los acreedores —objetivo tradicional de la quiebra— y el mejoramiento de la suerte del deudor dejan de ser objetivos exclusivos de la legislación concursal.

La legislación concursal debe cumplir ahora *objetivos complejos*, puesto que están en juego conjuntamente intereses individuales e intereses colectivos o generales. La función del legislador de cada época es la de encontrar el equilibrio en la protección de todos estos inte-

(87) DE BENITO Y ENDARA, ob. cit., pág. 358. Considerada socialmente la quiebra reviste en el terreno económico caracteres diversos de los que acabamos de señalar, pues mientras para el individuo constituye un accidente gravísimo que entorpece e imposibilita la práctica de la profesión mercantil temporal o perpetualmente, para la sociedad es un elemento regulador de las energías empleadas en el comercio, que muchas veces por falta de dirección siguen caminos opuestos a los que requiere el interés social, y al propio tiempo un depurador de los elementos malsanos que le perjudican. Es en tal sentido, y buscando la comparación en el terreno de la mecánica, ya que al fin y al cabo se trata de mantener el equilibrio de las fuerzas sociales para producir el mayor resultado útil, lo que las válvulas de seguridad y los silbatos de alarma en las máquinas de vapor...».

reses de acuerdo con la situación social y económica de cada época. Una legislación *demasiado severa* para el deudor *frenará iniciativas y retraerá a los empresarios* a iniciar —o ampliar— una actividad —en principio arriesgada— en el mercado. Una legislación *demasiado indulgente* con el deudor *favorecerá el fraude e impedirá el saneamiento* de la profesión mercantil (88). En cuanto al procedimiento, *un procedimiento demasiado largo* desinteresa a los acreedores e impide que éstos obtengan la satisfacción de su crédito; uno *demasiado sumario* carecerá de las necesarias garantías.

Por estas razones están abocados al fracaso aquellas concepciones doctrinales que pretenden definir la esencia de la institución concursal, de una vez para siempre, asignándola unos determinados fines de política jurídica, sin tener en cuenta las condiciones históricas de la economía y de la sociedad donde la acción del legislador se desarrolla.

Para evitar este escollo, parece más objetivo, y metodológicamente más fructífero, enumerar los fines que, en diversa medida, ha de perseguir una legislación concursal, sin dotar a ninguno de ellos de ninguna preferencia abstracta, sino estableciendo ulteriormente su jerarquía en base a las condiciones económicas de cada época histórica (89).

En primer lugar —y con mero significado enumerativo— es un medio para *eliminar de la actividad económica a las empresas no viables o a los empresarios peligrosos* para el correcto funcionamiento de la empresa y, mediatamente, del mercado en su conjunto.

En segundo lugar, continúa siendo el medio para *proteger en el supuesto de crisis económica a los acreedores y al crédito en general*, mediante la prevención de las quiebras, y, una vez producida la crisis, mediante la selección del medio más idóneo y eficaz para satisfacer el interés de los acreedores.

Finalmente, el medio de *conservar aquellas empresas que merezcan conservarse* por su organización y sus condiciones económicas (90), en atención no al interés del empresario, que pasa a un segundo plano, sino de los empleados de la empresa, de los acreedores y, en general, de la economía del país.

3. Quiebra y economía de dirección central

Una vez examinadas las anteriores cuestiones, es necesario examinar si la quiebra es una institución que, dados su papel y su función, puede existir en el derecho de una economía planificada o si, por el contrario, es inútil en el marco de la misma o incluso contraria a los principios que informan el funcionamiento de una economía de dirección central.

La cuestión —como señala D. Mitrovic (91) durante la celebra-

(88) LABRUSSE, *Evolution du droit française de la faillite*, en *Faillites*, dirigido por Rodiere (París, 1970), pág. 9.

(89) Reproduzco, modificándola, la posición de LABRUSSE, ob. cit., pág. 9.

(90) LABRUSSE, *Evolution de Droit française de la faillite*, en *Faillites*, cit., página 8.

(91) MITROVIC, *La fallite en economie planifiée. Etude du droit yugos-*

ción, en mayo de 1968, de la Journée d'études juridiques J. Daben—, no puede resolverse mediante una afirmación o una negación incondicionadas, pues la respuesta a la cuestión propuesta depende del sistema de gestión y de dirección de la economía socialista en el país considerado. Por esta razón, Yugoslavia, estado socialista cuya vida económica se desarrolla en base a la independencia jurídica y económica de las empresas socializadas en régimen de autogestión, posee una regulación de la quiebra, puesto que la institución posee, en el marco de la economía socialista de mercado, un lugar adecuado y una función propia. Este es el único país socialista que conoce la quiebra, regulada por la Ley sobre arreglo judicial y quiebra de 4 de abril de 1965 y por la Ley Fundamental de las Empresas de la misma fecha, que se ocupa de las medidas preventivas de la quiebra.

Pero otros países de economía planificada carecen de la institución de la quiebra en el sentido de las economías de mercado. Entre ellas se encuentra la URSS, donde la gestión de la empresa responde a un sistema de dirección estatal de la economía, en el cual, recientemente, se insinúan tendencias a conceder una mayor independencia a las empresas económicas. De todas las maneras, la crisis económica de las unidades de producción se resolverán mediante procedimientos administrativos que, a la vista del interés general, actuarán su liquidación o su reconversión (de acuerdo con las previsiones del plan).

Pero fuera del ámbito de una economía de dirección central, el sector socializado de las empresas públicas o semipúblicas de las economías de mercado, suscitan, como ha podido comprobarse en la experiencia española reciente, problemas semejantes a los suscitados en las economías centralizadas, que proponen soluciones semejantes a la utilizada en esta economía, que van a influenciar en alguna medida el derecho ordinario concursal.

Sin entrar en los detalles de la regulación revitalización yugoslava, los trazos generales del sistema pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1. La quiebra debe jugar un *papel importante en la selección de las empresas* en una situación de cambio de la dirección estatal de la economía (Mitrovic).

2. Se concede una *gran importancia a las medidas preventivas* de la quiebra, a las que hay que acudir necesariamente antes de que se declare la quiebra.

3. La legislación *prevé un gran número de medidas preventivas* de la quiebra, que pueden adoptarse *antes de la quiebra* (gestión forzosa y la administración provisional; liquidación normal de la empresa; saneamiento normal de la empresa) o incluso *durante el curso* de la quiebra (saneamiento durante la quiebra).

4. Se facilita igualmente la celebración de un *arreglo o convenio con los acreedores fuera de la quiebra*, ya que el convenio puede adop-

tarse entre la empresa y una parte de los acreedores cuando éstos representan más de la mitad de las deudas.

5. Finalmente, la quiebra se considera en el peculiar marco de la economía de mercado dirigida estatalmente como *la imposibilidad en que se encuentra la empresa de renovar sus instalaciones o de responder a las obligaciones previstas por la ley*.

Esta síntesis refleja direcciones de política legislativa que con otras motivaciones y en contextos diferentes —debido a la diversidad estructural y funcional de los respectivos sistemas económicos—, aparecerán más adelante en el examen del Derecho español y en la proposición de sus líneas de progresión.

III. RELACIONES ENTRE LAS INSTITUCIONES CONCURSALES PROPIAS DEL COMERCIANTE O EMPRESARIO

A consecuencia de la estratificación de textos legales en el conjunto del Derecho español, es preciso analizar con cuidado las relaciones entre las principales instituciones concursales, teniendo presente que las relaciones entre ambas subrayan, a veces, el verdadero significado que poseen en la economía.

A) LA CRÍTICA DE LA SUSPENSIÓN DE PAGOS EN SUS RELACIONES. LA QUIEBRA

La opinión pública española no es muy favorable a la suspensión de pagos. Como ya se ha señalado, esta institución concursal goza de mala prensa (incluso en el sentido estricto de la expresión), y tampoco está muy bien acogida por un sector relativamente considerable de los juristas. La Ley de 1922 ha admitido la *posibilidad de solicitar quita o rebaja de los créditos* y, claramente, la *posibilidad de que una insolvencia definitiva se tramite con el consentimiento de los acreedores como una suspensión de pagos*.

Las imputaciones desvaloradoras de la suspensión de pagos son constantes. Han llegado y se expresan abiertamente por la opinión pública. «La mayoría suponen quiebras disimuladas» (92). Es una «legislación de manga ancha» (93) y la «suspensión calificada de insolvencia definitiva es absurda» (94) y presta buenos servicios «disfrazando las quiebras con piel de suspensión» (95).

Estas acusaciones se completan con la denuncia de que es *unilateralmente ventajosa para el deudor*, ya que trata de *evitar la quiebra a todo trance* (96), *dificultando al pequeño acreedor el cobro de sus*

(92) *Sábado Gráfico*, núm. 911, 16 nov. 1974.

(93) *Informaciones económicas*, 4 enero 1975.

(94) *Idem*, *id.*

(95) *Doblón*, 26 octubre 1974, pág. 6.

(96) *Informaciones*, *cit.*

créditos (97), y, en todo caso, permite establecer *convenios demasiado ventajosos para el deudor* con rebaja escandalosa de los créditos. y con aplazamientos superiores a los tres años.

Por otro lado, la utilización de la suspensión tampoco ha sido muy escrupulosa. En este aspecto se denuncian «trucos contables» en la realización del balance presentado por «empresarios expertos en suspensiones que acuden a ellas con la sola idea de no pagar sus deudas al amparo de la Ley de Suspensiones» (98). En *La quiebra*, J. A. de Zunzunegui dice, refiriéndose a la crisis de una (ficticia) empresa bancaria: «Desde 1901 en que se funda la primera Taula de Canvi en Barcelona, hasta aquí, no he conocido una suspensión de pagos más sin sentido, más estúpida... porque si cualquiera hubieran estafado en su provecho...; pero ni eso». Se han derrumbado las esperanzas del protagonista de que la suspensión sea una «medida de buen gobierno-tomada por el consejo en vez de una catástrofe...», porque «las suspensiones se hacen antes de llegar a eso..., precisamente para evitarlo».

1. *Insolvencia e iliquidez*

Generalmente la doctrina jurídica reprocha a la Ley de Suspensiones haber «enturbiado la claridad del tradicional sistema español» (99). La quiebra y la suspensión eran dos instituciones distintas, «destinadas a regular distintas situaciones de anormalidad en el cumplimiento». Según este mismo pensamiento mantenido por la generalidad de los críticos de la ley de 1922, la suspensión de pagos suponía la solvencia patrimonial del deudor comerciante, aunque por falta de liquidez, no pudiera cumplir sus obligaciones en los vencimientos previstos. La quiebra, por otro lado, presupone la insolvencia propia definitiva del deudor en la que el pasivo del patrimonio es superior al activo.

Resumida de esta forma la postura generalizada de la doctrina española, cabe decir que responde a un esquema abstracto, que encontró su realización positiva en el CCom. de 1885, *no originariamente* cuando se promulgó el mencionado cuerpo legal, sino cuando, de acuerdo con la *modificación introducida por la Ley de 10 de junio de 1897*, el suspenso no podía solicitar quita o rebaja de las deudas que gravaban el patrimonio del deudor, y, por lo tanto, se daba por supuesto que el deudor tenía bienes suficientes para atender, en los plazos fijados por el convenio, todas sus deudas.

a) *La insolvencia o desbalance no es presupuesto de la suspensión porque la Ley de 1922 no ha modificado el CCom.*

La doctrina española ha intentado después de la promulgación de la Ley de 1922 mantener lo que consideraba el sistema tradicional mediante diversos medios interpretativos. En primer lugar, se ha silencia-

(97) *Sábado Gráfico*, cit.

(98) *Doblón*, cit.

(99) Así, últimamente, BROSETA, *Manual*, cit., 2.^a, pág. 673.

do la línea evolutiva que arranca nítidamente de la Ley de 1869 y se conserva en la primitiva redacción del CCom. hasta la reforma de 1897. En segundo lugar, procurando compatibilizar, en el plano procesal o incluso en el sustantivo, los preceptos de la LSP con los preceptos (reformados) del CCom.

Una solución que parecía proponerse para salvar la simetría del sistema —insolvencia/quiebra; iliquidez/suspensión de pagos— consistía en afirmar que *los artículos 870 y 871 del CCom. continuaban vigentes*, no obstante la promulgación de la Ley de 1922. Con anterioridad a esta fecha no existía un procedimiento específico y completo para tramitar procesalmente la suspensión de pagos —innovación del CCom. según sabemos por su E. de M.— y la práctica utilizaba para cubrir este vacío legal el procedimiento previsto para la sustanciación de la quita y espera, antesala o preliminar del concurso de acreedores (100). La Ley de 1922, como descubría su E. de M. no tenía más que designios procesales; es decir, facilitar la conclusión del convenio mediante la simplificación de los trámites y la introducción de un procedimiento escrito para el supuesto de que el deudor suspenso tuviera más de 200 acreedores. Ahora bien, *si la reforma de 1922 se movía en el plano procesal, los aspectos sustantivos ya establecidos en el CCom. quedaban intocados*. Por lo tanto, los presupuestos sustantivos de la suspensión no habían sido modificados por la Ley de 1922 y, en último extremo, las demandas de suspensión no podían presentarse más que dentro de los límites materiales establecidos por el artículo 870: cuando el deudor tuviera bienes suficientes con los que atender la totalidad de sus deudas, aunque por el momento no pudiera pagarlas (101).

Esta postura doctrinal no ha prevalecido sin embargo, y, prácticamente, todos los autores consideran actualmente que los artículos 870 y 871 han sido derogados implícitamente según Vicente y Gella (102) —o, al menos, que, después de la promulgación de la LSP, son ineficaces y no pueden aplicarse ya, según sostienen González Echavarrí (103) y Mur Sancho (104)— o que subsisten parcialmente en cuanto no están en contradicción con lo dispuesto por la Ley de 1922, que distingue inequívocadamente entre insolvencia provisional o insolvencia definitiva. Por este camino se llega a la tesis reciente de mantener parcialmente la vigencia del artículo 870, p. e., Cuñat Edo (105). Pero la mayoría de los autores consideran derogados estos preceptos: Uría, Sánchez Calero, Torres de Cruellsz, Sagraera (106).

(100) BLANCO CONSTANS, ob. cit., pág. 325; BENITO ENDARA, ob. cit., pág. 726.

(101) Vid. BENITO, *Manual de Derecho mercantil*, núm. 3.095, GARRIGUES, *Curso II*, pág. 714.

(102) VICENTE GELLA, ob. cit., págs. 687 y ss.

(103) GONZÁLEZ ECHAVARRI, ob. cit., pág. 150.

(104) MUR SANCHO, ob. cit., pág. 69.

(105) CUÑAT EDO., *El presupuesto objetivo de la suspensión de pagos*, R. Jr. Cataluña, 1976, págs. 7 y ss., págs. 16 y ss.

(106) SAGRERA TIZÓN, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, I (Barcelona, 1974), especialmente págs. 108 y ss.

Recientemente, Cuñat Edo (108) ha ensayado una interpretación que intenta salvar en parte la vigencia de los artículos 780 y 781 CCom., compatibilizando estos preceptos con lo dispuesto por la LSP 1922.

Según esta postura, el deudor que solicite la suspensión ha de estar al corriente en el pago de sus deudas, o ha de haber dejado de cumplir una obligación en las cuarenta y ocho horas anteriores a la solicitud. Si ninguno de estos supuestos se han producido, el juez rechaza la solicitud.

La exigencia de que el deudor que solicite la suspensión de pagos *se encuentre al corriente en el pago de sus obligaciones* es un requisito que Cuñat ha mantenido sobre la base de una investigación histórica y de que esta exigencia no contradice ninguna de las reformas introducidas en 1922 por la LSP. La alternativa a este requisito sería *que la suspensión se solicite dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al primer incumplimiento* (109). El argumento más importante es el de que «se rompe aquella presunta identidad de situaciones como presupuesto de ambas (quiebra y suspensión), que, de hecho, convierte la elección de la quiebra o de la suspensión de pagos en un problema de velocidad deudor-acreedor» (110). El primero de los presupuestos consiste en que el deudor no tiene pendiente, sin pagar, ninguna deuda vencida.

La principal ventaja de esta postura, según su propugnador, es que así se evita que la declaración de suspensión sea el resultado de que el deudor se ha anticipado a sus acreedores compareciendo ante el juez para pedir su suspensión antes de que aquéllos lo hicieran para pedir la quiebra.

La audaz y aguda interpretación propuesta por Cuñat en el plano exegético y en el valorativo supone la vigencia del CCom. en cuanto a los presupuestos de la suspensión. Pero recortar la vigencia de dichos preceptos en los límites que lo hace el autor mencionado implica establecer una distinción entre presupuestos para la solicitud de la suspensión y presupuestos para la declaración de suspensión que no está en la ley y que, a la vista de la función asignada a la suspensión, no es compatible con el sistema legal de la Ley de 1922. Rechazar la solicitud del deudor cuyo pasivo supere al activo supondría que el juez, antes de conocer las causas de la posible suspensión solicitada, pueda disponer del derecho de los acreedores a que la crisis económica de su deudor sea tramitada mediante la suspensión de pagos a pesar de que el pasivo supera al activo. Por otro lado, en el sistema legal no hay inconveniente en que el deudor, aun contando con bienes suficientes, proponga un convenio de quita o rebaja de los créditos, que los acreedores pueden aceptar —siempre que no puedan ser satisfechos inmediatamente por falta de liquidez.

(107) CUÑAT EDO, *El presupuesto objetivo*, cit.

(108) Autor, ob. cit., pág. 20.

(109) CUÑAT, ob. cit., págs. 16 y ss; y, más adelante, págs. 20 y ss.

(110) Autor y ob. cits.

Finalmente, el hecho de que un deudor se encuentre al corriente en el pago de sus deudas no permite excluir, sin un análisis minucioso, que no se encuentra en una situación de crisis —incluso de crisis grave—, cuando para mantenerse en estado de solvencia ha recurrido a caros y sofisticados procedimientos para obtener el crédito que le permite mantener (y prolongar en perjuicio de sus acreedores) una apariencia de empresa floreciente. Son los acreedores —tanto en el supuesto de que el deudor cuente con medios líquidos suficientes como de que carezca de ellos—, quienes habrán de valorar la conveniencia de aceptar un convenio en esas condiciones.

Además, —y en este aspecto el CCom. está claro en un sentido—, permitir que el deudor presente inmediatamente o en el breve plazo de las cuarenta y ocho horas siguientes a su primer impago con carácter general, la solicitud de suspensión tiene la *ventaja de clarificar inmediatamente su situación patrimonial*, proclamando a través de su solicitud la grave crisis económica por la que atraviesa sin obligarle a recurrir a la realización de operaciones que le permitan enmascarar, transitoriamente, su verdadera situación de impago. Para lograr este objetivo tiene que acudir al crédito que le permite equilibrar su pasivo y activo, pero a cambio *de dilatar la publicación de su situación* y, sobre todo, a costa de *complicar considerablemente su situación patrimonial*, con el riesgo de una posible impugnación de estas operaciones, cuya destrucción pondría de manifiesto su (anterior encubierta) insuficiencia patrimonial. En definitiva, entre el interés a no impulsar una competición entre los acreedores y el deudor común en acudir al juez presentando la solicitud y el interés de que se publique cuanto antes la situación crítica del deudor, parece indudable que debe darse preferencia a este último, evitando así los inconvenientes que pueda producir el dilatar la suspensión (o la quiebra, aparentemente más rigurosa, pero que puede carecer de interés económico).

b) *La insolvencia como término genérico que abarca el desbalance y la iliquidez*

Por lo tanto, la Ley de 1922 es *innovadora en lo que se refiere a la terminología utilizada* para describir el presupuesto objetivo que constituye la crisis económica de la empresa. El poseer bienes suficientes de los artículos 870 y 871 CCom. ha desaparecido y en la solicitud para pedir la suspensión el deudor solicitante ha de expresar con la posible exactitud, la relación en que se hallan en la fecha en que se produce dicha petición, los bienes del solicitante y el conjunto de sus obligaciones (arts. 2. y 1.º). La relación de ambas magnitudes puede ser cualquiera: el valor de los bienes puede ser igual al de las deudas, o superior, pero puede ser también inferior. El juez, en cualquier supuesto, decreta la admisión. En esta dirección, Broseta afirma que los empresarios «pueden solicitar su declaración en estado de suspensión, tanto los que se encuentran en estado de iliquidez como los.

que sufran un estado de insolvencia patrimonial definitiva (pasivo superior a su activo)» (110 bis).

La suspensión de pagos, dice en forma semejante Sánchez Calero (110 ter), es un procedimiento al que pueden acudir «todos los empresarios en crisis económica, cualquiera que sean las causas de que no pueda hacer frente a las deudas en las fechas de sus vencimientos».

El sobreseimiento general del artículo 874 CCom. se transforma en la *insolvencia*. Esta es, en la LSP, un término genérico: designa *todo supuesto de crisis económica*, que impide el cumplimiento puntual de las obligaciones del empresario, distinguiéndose entre una insolvencia provisional, y una insolvencia definitiva. La *insolvencia provisional* abre incondicionalmente la suspensión de pagos —a petición del deudor en dificultades económicas que tiene bienes suficientes para pagar todas sus deudas, pero que no puede hacerlo puntualmente en el sentido que se dirá más adelante—. La *insolvencia definitiva* es una situación de insuficiencia del activo para pagar todos los créditos en su totalidad, pero que, a petición del deudor y sin oposición de los acreedores, permite también la declaración de suspensión de pagos. La insolvencia provisional equivale a la *iliquidez*. La insolvencia definitiva es la *insolvencia propiamente dicha* en la que el activo resulta insuficiente para cubrir la totalidad del pasivo (111).

La diferencia actual entre insolvencia definitiva (o insolvencia propiamente dicha) e insolvencia provisional (o liquidez) no consiste en que la primera sea el único presupuesto objetivo de la quiebra y la segunda sea presupuesto único de la suspensión de pagos. *Tanto una como otra situación objetiva pueden abrir la quiebra o la suspensión. La iliquidez puede abrir la quiebra*, si el deudor común no solicita la suspensión antes que los acreedores pidan su declaración de quiebra como consecuencia del impago general. Es dudoso (y ya se verá la interpretación adecuada) que la opción que el artículo 871 CCom. concede al deudor de presentarse en suspensión de pagos dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al vencimiento de una (primera) obligación insatisfecha excluya durante el mencionado plazo la facultad de los acreedores de pedir la quiebra. Es, por el contrario, indudable que *el deudor tiene la opción de elegir* entre la suspensión de pagos y la quiebra, o —si no se reconoce la obligación de pedir la declaración de quiebra— abstenerse de cualquier iniciativa, dejando que ésta sea tomada por los acreedores.

La doctrina no ha vacilado en considerar como un caso de quiebra la del comerciante que tiene bienes suficientes pero que, sin embargo, no alcanza la aprobación del convenio con sus acreedores en el estado preliminar de la suspensión. Lo que se discutía de esta situación era su posible calificación como quiebra fortuita (112), pero no la proce-

(110 bis) BROSETA, *Manual*, cit., pág. 674.

(110 ter.) SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones*, cit., pág. 501.

(111) Aunque el núcleo de la institución sea el mismo, hay diferencias de régimen que se examinan más adelante en sus aspectos más generales.

(112) V. MUR SANCHO, en *Estudios*, II, pág. 198, nota 2.

dencia de la declaración de quiebra. Igual sucede con el supuesto de que dejara pasar las cuarenta y ocho horas siguientes al impago de sus obligaciones sin solicitar la suspensión.

Por otro lado, *la insolvencia propiamente dicha es también presupuesto objetivo para ambos procedimientos*. Para la quiebra —a petición de los acreedores legitimados para ello, o del propio deudor común— es presupuesto indudable. Para la suspensión de pagos, es también presupuesto objetivo de este estado, pero *doblemente condicionado* por la *petición anticipada del deudor y por la falta de oposición de los acreedores* con los porcentajes indicados en el artículo 10, I i. f. LSP.

La *diferencia*, pues, entre el suspenso en situación de insolvencia definitiva y el quebrado en situación de desbalance consiste en que el suspenso *cumplió diligentemente su carga (onus)* de solicitar la suspensión antes que los acreedores pudieran solicitar la quiebra y, además, *contó con la aquiescencia de la gran mayoría de sus acreedores*, mientras que el quebrado en la misma situación, o bien no cumplió con diligencia su deber de solicitar la suspensión (dejando transcurrir las cuarenta y ocho horas siguientes al primer incumplimiento sin solicitud), y sus acreedores solicitaron la quiebra (antes que el deudor o bien, solicitada ésta en tiempo hábil, no contó con la benevolencia de sus acreedores, o bien se solicitó directamente la quiebra por el propio deudor.

En realidad, con esta construcción —que responde indudablemente a la letra de la LSP— el deber impuesto al deudor de solicitar la suspensión en las cuarenta y ocho horas siguientes al momento en que se produce el (primer) incumplimiento de una de sus obligaciones —sea o no un incumplimiento general— tiene la naturaleza *no de una obligación en sentido estricto, sino de una carga*. Es decir, el deber de acudir a la institución concursal, *no puede ser ejecutado coactivamente* si el sujeto pasivo del deber omite su cumplimiento o se niega a ello, y tampoco se le impone una sanción directa en caso de incumplimiento. El *estímulo* para el cumplimiento de este deber de presentarse diligentemente en suspensión consiste en la posibilidad de evitar las graves consecuencias que tiene la apertura de la quiebra, en caso de que no suceda así. *Es una clase de deber que corresponde tanto al interés del deudor común como al interés de los acreedores*: el primero tiene interés *en evitarse la quiebra*, con la consiguiente disolución de la organización de su empresa; los segundos, *conocer lo más rápidamente posible la situación de apuro económico* en que se encuentra el deudor y, en su caso, la situación real de la empresa, para llegar a un posible convenio con el deudor antes de que los gastos y el tiempo deterioren, decisiva y gravemente, el patrimonio de la empresa, y, con ello, sus expectativas de cobrar. Por esta razón *el ordenamiento deja a la apreciación del deudor el cumplimiento del deber de solicitar la suspensión*, acogiéndose a los beneficios de la suspensión, o bien, por el contrario, correr el riesgo de prolongar la petición

de la suspensión y de que se encuentre declarado en quiebra a iniciativa de sus acreedores.

Es en este punto donde la nueva Ley de 1922 ha venido a *aumentar las posibilidades del deudor*. De acuerdo con el CCom. la omisión del deber de solicitar la suspensión en el plazo de las cuarenta y ocho horas llevaba la sanción, grave, de que, una vez transcurrido, los acreedores podían solicitar la quiebra. *Una vez transcurrido, el deudor perdía la posibilidad de solicitar la suspensión de pagos*: los acreedores podían solicitar incondicionalmente la quiebra y el deudor carecía de medios para oponerse a su declaración si no probaba que se encontraba al corriente en el pago de sus obligaciones. En la actualidad, el plazo de las cuarenta y ocho horas *impide que el acreedor impaciente o de mala fe solicite la quiebra*. Transcurrido el plazo, *el acreedor puede solicitar la quiebra y el deudor, si los acreedores no la solicitan, continúa siendo titular de la facultad de solicitar la suspensión de pagos*. El plazo de las cuarenta y ocho horas conserva su *carácter impeditivo del derecho de los acreedores*; pero *ha perdido el carácter preclusivo del derecho del deudor a solicitar la suspensión* (113).

En segundo lugar, la Ley de 1922 ha introducido la posibilidad de que un deudor *sin bienes suficientes solicite una quita* y que, incluso el deudor, *con bienes suficientes pero con problemas de liquidez, obtenga quita o rebaja de sus acreedores*. *La rebaja de los créditos del suspenso no está condicionada, pues, por la situación deficitaria del deudor común*. Por otro lado, —y sin que esto suponga, por ahora, un juicio de valor— la quita o rebaja *puede ser tan amplia* como proponga el deudor y consientan los acreedores, sin que la ley establezca un límite a la rebaja de los créditos. *Tampoco se establece un límite al plazo por el que se solicita* —y, eventualmente, se concierta— la espera: el plazo límite de los tres años ha desaparecido.

Pero la diferencia entre insolvencia provisional e insolvencia definitiva aflora en el momento de la aprobación del convenio (114).

Los *convenios de espera con plazo superior a los tres años o con una rebaja*, cualquiera que sea su cuantía, deben ser aprobados con mayorías superiores: además de la mayoría personal de los acreedores concurrentes —mayoría no requerida cuando el número de los acreedores es superior a doscientos—, se requiere las tres cuartas partes del pasivo computable en primera convocatoria (75 por 100), frente a las tres quintas partes en la espera de menos de tres años (60 por 100) y de las dos terceras partes (66,33 por 100) en segunda convocatoria que no existe para las suspensiones de menos de doscientos acreedores. En comparación con las mayorías exigidas para la celebración del convenio en la quiebra donde se requiere siempre la mayoría de los concurrentes y, además, que éstos cubran las tres quintas partes del total pasivo (art. 901 CCom.), se observa la siguiente relación reflejada en el cuadro:

(113) MUR SANCHO, *Adiciones a los Estudios de Blanco Constants*, cit., II, página 363-65.

(114) Además de los requisitos exigidos para la declaración, que hemos examinado.

Quiebra o suspensión con convenio de tres años:	}	Mitad más uno de acreedores concurrentes.
		Tres quintas partes del pasivo computable.
Suspensión con convenio de otra índole (quita) espera superior a tres años.	}	1. ^a convocatoria
		2. ^a convocatoria
	}	Mitad más uno de concurrentes. Tres cuartas partes.
		Mitad más uno de acreedores concurrentes. Dos terceras partes de pasivo computable.

Por lo que toca a las relaciones legales entre quiebra y suspensión indican que en tesis general se ha concedido *prioridad a la suspensión sobre la quiebra*, por lo que, como ha subrayado el T. S. (SS. 29 de diciembre de 1927; 3 de junio de 1933), la suspensión de pagos tiene prioridad con relación a la quiebra; mientras exista la posibilidad de que aquélla se declare no puede pasarse a la quiebra. Una vez solicitada la suspensión de pagos, los acreedores no podrán solicitar la quiebra mientras se tramite el procedimiento de suspensión. Incluso en el supuesto de solicitud simultánea de la suspensión por el deudor y de la quiebra por los acreedores, continúa teniendo prioridad la suspensión de pagos. Este es un beneficio del deudor y los acreedores, si representan un interés apreciable, podrán, una vez declarada la insolvencia definitiva, pedir la declaración de quiebra y, en último extremo, impedir la celebración del convenio si cuentan con el porcentaje requerido para ello. Pero una vez solicitada la quiebra por los acreedores, y admitida a trámite de información por el juez, el deudor no podrá solicitar la suspensión para paralizar la quiebra (115).

2. *Insolvencia y comportamiento correcto del deudor*

En otra dirección también se ha desvalorizado la postura de la Ley de 1922. Para ello se abandona —o se deja en un segundo plano— el aspecto objetivo del presupuesto económico y se centra la atención sobre la actitud subjetiva del deudor.

En definitiva, la crítica dirigida contra la Ley de 1922 y su sistema ya no se dirige principalmente contra el hecho de que un deudor en estado de insolvencia definitiva puede llegar a un convenio previo a

(115) Sobre estas relaciones, con un cuidadoso análisis de la jurisprudencia del T. S. SOTILLO MARTÍ, *En torno a la coincidencia temporal entre la solicitud de suspensión de pagos y la quiebra*, *Comentario a la Sentencia del T. Supremo de 26 de nov.-76*, RJC, 1977, págs. 77 y ss. Vid FERNÁNDEZ VALENCEIA, *Declaración de quiebra o suspensión de pagos. ¿Qué debe ser prioritario?*, en *Actualidad Económica*, 5 abril 1977, págs. 19 y ss.

la quiebra con sus acreedores, evitando la liquidación de la totalidad del patrimonio deudor, sino contra la circunstancia de que *esta posibilidad no se reserve a los empresarios ordenados y de buena fe* que acceden a la insolvencia por circunstancias fortuitas, y se prohíba «para los que la provocan de un modo culpable o fraudulento» (116).

La tesis de que la suspensión de pagos debía tener como base la insolvencia del deudor común y su irreprochable conducta al frente de su empresa fue defendida por dos ilustres profesores de Valladolid, González de Echavarrí y De Miguel Romero (117). La «verdad sabida y buena fe guardada» que impregna el tráfico mercantil, debe ser el fundamento de la suspensión de pagos, debiéndose exigir al deudor que se acoge a este beneficio su buena fe y correcto proceder al frente de su empresa, ya que quien ha actuado con honradez debe ser protegido en «el honor de su crédito, y su buena opinión y fama», concediéndole una espera en el pago de sus créditos. Consecuentemente, la buena fe del deudor implica que a la situación de cesación general se ha llegado por una «falta de coincidencia entre los vencimientos como acreedor de aquellos otros bienes y otros que tuviera como deudor, o por dificultad en transformar bienes, o por retraso en sí mismo», pero no por maniobras desleales del deudor. Esta situación, radicalmente distinta a la falta de bienes con que pagar, unida a la buena fe del deudor, debe justificar un tratamiento distinto de ambas situaciones: Para atender a la situación que puede desembocar en la suspensión es suficiente con que los acreedores concedan a su deudor un aplazamiento en la ejecución de sus créditos.

3. La defensa del sistema legal español

Sin embargo, a pesar de las críticas expuestas, no han faltado opiniones que han valorado favorablemente el sistema de la Ley de 1922, oponiéndose durante el debate parlamentario de 1897 a que se modificara la redacción originaria del CCom., y más adelante, durante la vigencia de la reforma, defendiendo la viabilidad del proyecto de la Ley de 1922, durante las discusiones anteriores a su discusión y, finalmente, estimando correcto el sistema de la Ley (118).

Entre los autores que hacen una valoración favorable de la Ley de 1922 se encuentra Vicente y Gella (119). Para este autor la Ley de Suspensiones de Pagos es «digna de todo elogio desde el punto de vista de la técnica concursal». El argumento utilizado para este juicio se mueve en el plano de los intereses privados exclusivamente.

Para ello, Vicente y Gella considera que el comerciante tiene in-

(116) Así, por último, BROSETA, *ob. cit.*, pág. 674.

(117) GONZÁLEZ DE ECHAVARRÍ Y DE MIGUEL ROMERO, *Comentarios a la Ley de suspensión de pagos de 14 de septiembre de 1922*, cit.

(118) Es instructiva la confrontación entre el texto original de Blanco Constans y las anotaciones de MUR SANCHEO, en *Estudios II*, cit. loc. cit.

(119) VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho mercantil comparado*, cit., página 680.

terés en cobrar puntualmente. La dilación en el pago de los créditos es tan grave como la falta de activo con el que satisfacer el crédito. El *aplazamiento es, en este sentido, una quita o rebaja encubierta*, puesto que un simple cálculo demuestra que el aplazamiento sin intereses representa una disminución de la entidad del crédito aplazado. Por otro lado, el acreedor, si es comerciante, necesita fondos continuamente, por lo que tiene un *interés mayor en el pago puntual que en el pago íntegro* ya que un pago íntegro, pero retrasado, puede, a su vez, colocar al acreedor en una situación económica apurada, pues con el aplazamiento de sus créditos carecerá de los medios con los que en sus planes contaba para satisfacer, puntual e íntegramente, sus propias deudas.

Si como acaba de decirse, *es más grave el pago impuntual o aplazado que el pago parcial*, consecuentemente, no aparece claro el fundamento por el que ha de ser tratado más benignamente el deudor que tiene bienes y no puede pagar actualmente —sometido a la suspensión— que el deudor que carece de bienes —sometido a la quiebra.

Por otro lado, si cuando el pasivo supera el activo ha de declararse necesariamente la quiebra, resultará que el convenio sólo puede proponerse y celebrarse *después de haber transcurrido un lapso de tiempo generalmente dilatado* (dada la complejidad y magnitud de los intereses implicados), por lo que el convenio, si llega, se celebrará en un trámite relativamente avanzado del procedimiento concursal. El convenio después de la declaración de quiebra no satisface los intereses de los acreedores. En esta situación, las perspectivas de los acreedores no mejoran, ya que, después de haber transcurrido tiempo, no puede esperarse razonablemente que la fortuna del quebrado se haya reconstruido —o, al menos, se hayan restablecido sus expectativas patrimoniales—, sino que, como es natural, el patrimonio del quebrado se habrá quebrantado todavía más, como consecuencia de los gastos extrajudiciales —abiertos (créditos) o encubiertos (condiciones inusuales)—, como consecuencia de los gastos judiciales, como reflejo de la pérdida del crédito y, finalmente, como consecuencia del deterioro general que experimenta la empresa sometida a una administración como encapsulada y dirigida a los fines —casi— exclusivos de su liquidación.

Para evitar estos inconvenientes, parece adecuado permitir que el deudor, cualquiera que sea el estado de su fortuna, proponga a sus acreedores un *convenio que pueda realizarse antes de consumir los largos y dispensiosos trámites judiciales de la quiebra*, que no aumentarán, sino disminuirán, las expectativas económicas del deudor.

Ha habido un acercamiento de los intereses de los acreedores a que sus créditos se satisfagan y del interés de los empresarios a conservar sus empresas. «Esta identificación —describe Rojo— (120), entre el interés empresarial y el interés de los acreedores... se traduce por la clara primacía de las suspensiones de pagos sobre las quiebras,

(120) ROJO, ob. cit.

que quedan relegadas en el plano fáctico a la categoría de procedimientos de excepción». Y por encima de esta coincidencia de intereses privados, reforzándola, *la coincidencia con el interés público*. Por esta razón, últimamente las valoraciones de la suspensión de pagos parecían modificarse. La suspensión ha prestado «buenos servicios al deudor y a los acreedores» —decía recientemente Pedrol, buen conocedor de la práctica española. La razón de esta nueva postura, que comienza a desvanecerse otra vez ante la ola de quiebras encubiertas bajo suspensiones, consiste en que, como ya apuntaba Vicente y Gella, la suspensión ha permitido la celebración de un *convenio preventivo*, sin necesidad de seguir el procedimiento de quiebra, con la *garantía de la autoridad judicial* y con *menores gastos*. Y este convenio se ha celebrado *en tiempo útil*, cuando la empresa del suspenso todavía no se ha deteriorado por la inacción del suspenso y cuando éste todavía tiene algunas expectativas de reconstruir su empresa con el consenso de los acreedores al permitir que su insolvencia definitiva —no afianzada o superada— se convierta en insolvencia provisional (121).

Cuando Pedrol, decano del Colegio de Abogados de Madrid y presidente del Consejo General de la Abogacía Española, enjuicia públicamente la situación y las perspectivas actuales de este campo jurídico (122), reconoce que la Ley de Suspensiones, aunque ha establecido un procedimiento «más ágil y ha prestado buenos servicios al suspenso, al deudor y a sus acreedores», no está absolutamente desprovista de defectos y, por lo tanto, debe procederse a su reforma —a la que «debería dársele trato de preferencia en el quehacer legislativo»— que deje resueltos los problemas planteados.

Estos problemas deben resolverse partiendo del hecho de que la crisis económica de la gran empresa no afecta sólo al deudor y sus acreedores, sino que pueden afectar también al interés público «porque —dice Pedrol— el conjunto de las empresas forman nuestro gran patrimonio público».

En consecuencia, debe ponerse en primer lugar el salvamento de la empresa. La viabilidad de este salvamento y los medios oportunos para hacerlo deben ser decididos por un organismo competente por sus conocimientos para ello. Incluso parece apuntar a un organismo que tuviera «la potestad suficiente» para disponer de medios, económicos y financieros, que, aplicados a una empresa con viabilidad, la permitieran superar «situaciones transitorias de falta de recursos».

Por otro lado, como se trata de arbitrar en favor de los empresarios un «seguro de pérdidas», debe examinarse la conducta del empresario para averiguar la responsabilidad profesional en la que, por su actividad, pudiera haber incurrido, por no haber observado las normas de la legalidad más estricta y el código ético vigente en el campo profesional donde ha desarrollado su actividad.

Esto conduciría al tema de la *reestructuración de la gama de san-*

(121) FAIREN GUILLÉN, *Sistema...*, cit., pág. 21.

(122) PEDROL, *Empresarios en libertad provisional*, Doblón, 26 octubre 1974. 6-7.

ciones de los empresarios por su conducta desleal o simplemente negligente al frente de la empresa. La conducta correcta del deudor no sería de esta forma presupuesto de la suspensión, sino condición para que no se aplicaran las sanciones penales previstas en la legislación. Pero sobre esto ha de volverse más adelante.

Ante la nueva actitud valorativa de la doctrina española, y ante las direcciones de la política que se insinúan tanto en los sistemas de economía de mercado como en los de dirección central, es necesario volver a examinar las objeciones elevadas frente a la suspensión de pagos.

Ahora bien, frente a las dos direcciones de ataque esbozadas por la doctrina tradicional contra el sistema de la Ley de 1922, cabe hacer las siguientes observaciones, las cuales, por este camino, nos van a conducir al núcleo de la cuestión suscitada por el derecho actual.

Ante todo, *no es cierto que el sistema tradicional español haya sido constantemente el que estaba vigente en los artículos 870-871 de la CCom. cuando se discutió y promulgó la Ley de 1922*. El sistema tradicional de las ordenanzas de Bilbao y del CCom. de 1829 no se recoge directamente por el CCom. de 1885 en su primitiva redacción. La tradición española se había roto, si bien excepcionalmente, con la ley especial de 1869, que regula la crisis económica de las compañías de ferrocarriles. En esta ley, dada en unas delicadas circunstancias económicas de las compañías de ferrocarriles, que después habían de repetirse con carácter general y casi permanente, se anticipa el sistema que en sus líneas generales había de recibirse años más tarde por la Ley de 1922 y, antes, de una manera general, por el CCom. de 1885.

No es momento para detenerme en el estudio de la Ley de 1869 —que he analizado recientemente en el marco del Derecho mercantil y administrativo producido por la Revolución de 1868—, pero sí me parece oportuno hacer esta nueva referencia a esta ley de quiebras (en sentido amplio) que ha pasado prácticamente inadvertida para los historiadores de las instituciones concursales del Derecho español, que va a influir posteriormente en la evolución del derecho español de concursos y que aún hoy día continúa vigente —en el ámbito especial de su aplicación— en el Derecho español (arts. 930-941 CCom.). (122 bis).

En el mismo sentido que acaba de exponerse, un autorizado expositor de la suspensión de pagos, Torres de Cruells (123), considera que la doctrina auténticamente española es la de que el presupuesto objetivo de la quiebra y de la suspensión es el mismo partiendo de la misma situación crítica, si el deudor común, adelantándose a sus acreedores o supliendo la inercia de éstos, solicita, en la misma situación que hubiera justificado la declaración de quiebra, que se abra un período de discusiones para intentar alcanzar un convenio con sus acree-

(122 bis) V. mi trabajo sobre la Ley de 1869 en los Estudios en honor del Prof. A. POLO, de próxima aparición.

(123) TORRES DE CRUELLS, *La suspensión de pagos* (Barcelona, 1957), pági na 119 y ss. V. también MURILLO RUBIERA, *La suspensión de pagos y el Derecho mercantil*, en Rev. Der. Proc. Ib., cit., págs. 1005 y ss.

dores antes de que se realicen los trámites que en el derecho de la quiebra en sentido estricto, preparan, con gastos excesivos, la liquidación de la empresa, y al margen de su culpabilidad o inocencia en la producción de la situación de crisis.

La suspensión de pagos, más que un procedimiento *preliminar* o *previo* al de la quiebra, aparece así como una *quiebra abreviada* (124), en la que el principal objetivo lo constituye la celebración de un convenio que, en interés de todos los participantes, evite la liquidación de quiebra.

«El CCom. de 1829 no concede más que diversas gradaciones de una institución única que es la quiebra. Entre las «cinco clases de quiebra» art. 1.002) que conoce el CCom. de Sáinz de Andino, la suspensión de pagos —a la que luego se refiere el artículo 1.003 como quiebra «de primera clase», igual que a la «insolvencia fortuita» llama después «quiebra de segunda clase» (art. 1.004) —viene definida como aquélla en la que el «comerciante, manifestando bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, suspende temporalmente los pagos y pide a sus acreedores un plazo en que pueda realizar sus mercaderías o créditos para satisfacerles».

Bien es verdad que la doctrina de la época (125) afirma que esa clase de quiebra no «es..., en rigor, una quiebra verdadera». Si el deudor común posee bienes suficientes para pagar a todos sus acreedores, y es tan sólo la falta de numerario o alguna otra de las vicisitudes «frecuentes en el comercio» lo que impide el pago instantáneo de los créditos. La suspensión de pagos es el único medio en estas circunstancias para conocer el «estado en que se hallan sus negocios». Y «si los acreedores benévolos a los deseos del comerciante le otorgan el plazo, ni habrá lugar a los procedimientos establecidos para los demás casos, ni a la declaración de quiebra» (126).

La reconstrucción anterior del estado legal durante la vigencia del CCom. 1829, utilizando la doctrina y el texto legal interpretado, parece reproducir la contraposición entre «comerciante con bienes suficientes para cubrir todas sus deudas» —al que se le permite la suspensión de pagos y la celebración de convenios con sus acreedores sin entrar en la quiebra—, y comerciante sin bienes suficientes para cubrir todas sus deudas» —que tendrá que acudir a la quiebra, en cuyo marco, después de unas operaciones, podrá llegar el comerciante deudor insolvente a un convenio con sus acreedores.

Ahora bien, la consideración conjunta y sistemática del CCom. de 1829 demuestra la posibilidad de que, incluso partiendo de esta contraposición, el deudor y los acreedores pudieran celebrar tempranamente un acuerdo o convenio que impidiera la liquidación mediante acuerdo.

En la primera junta de acreedores (art. 1.067), el quebrado o su apoderado podía hacer proposiciones a los acreedores sobre el pago

(124) TORRES DE CRUELLS, ob. y loc., cits.

(125) V. comentario al artículo 1003 del C. Com. 1829, pág. 385, nota 3.

(126) Del comentario citado, loc. cits.

de sus créditos. Y por otro lado, en el sistema del CCom. de 1829, la calificación de la quiebra no era un presupuesto para que pudieran celebrarse convenios (art. 1.061) como lo será después el CCom. de 1885, ni tampoco que la calificación de la quiebra fuera la de quiebra no fraudulenta.

Pero más radicalmente, la *redacción original del vigente CCom. de 1885* establecía un sistema en el que se preveían dos hipótesis en las cuales era de aplicación la suspensión de pagos.

Esta institución se presenta, en efecto, por la E. de M. como una de sus novedades. El CCom. de 1885 declara que «la de dichas modificaciones consiste en haber reconocido de una manera clara y terminante un estado preliminar al de quiebra, que corresponde a la situación en que se encuentran el comerciante que, sin gozar de toda la plenitud de su crédito, tampoco se halla en la triste situación de cesar por completo en el pago de sus obligaciones corrientes». Y congruentemente con esta explicación, el texto normativo admitía claramente dos hipótesis de suspensión.

En efecto, según el artículo 870, antes de la modificación de 1897 pueden acudir a la suspensión de pagos: a) «el que poseyendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas prevea la imposibilidad de efectuarlo a la fecha de sus respectivos vencimientos»; b) «el que carezca de recursos para satisfacerlas en su integridad».

Esta exposición del artículo 870 está confirmada por la E. de M., donde, después de pasar revista a los sistemas posibles de organización y resolución de la crisis económica de la empresa, se afirma que «según el Proyecto, el comerciante que no pudiendo satisfacer en el acto todas sus obligaciones corrientes, cuenta, sin embargo, con recursos o bienes suficientes para *pagarlas íntegramente o con algún descuento...*».

No obstante, es preciso recoger las dudas que asaltaron a la doctrina de la época que no dejó de señalar las inconsecuencias que se producían en el sistema primitivo del CCom. Estas inconsecuencias pueden reconducirse a dos líneas fundamentales:

1.º Partiendo del hecho de que la quiebra implica una imposibilidad de pagar porque el deudor tiene un activo inferior a su pasivo, la suspensión declarada, sin más averiguaciones, al deudor que no tiene bienes suficientes para pagar todas sus deudas es *un caso de quiebra tratado más benignamente que la quiebra que se conduce por el cauce propio de la misma*.

2.º Si la suspensión implica que el deudor tenga bienes suficientes para cubrir todas las deudas, es *absurdo que, a su amparo, el deudor pueda pretender algo más que un aplazamiento para pagar las deudas y llegarse a una rebaja o quita del importe de su pasivo* «cuando éste tenga con exceso bienes suficientes para el pago total de sus obligaciones, lo cual puede dar lugar a fraudes simulados» (127).

No obstante estas observaciones, la doctrina dominante respetó como es natural el sistema legal, planteándose la crítica en todo caso

en un terreno de «lege ferenda». Y esto es lo que en los epígrafes posteriores ha de examinarse, teniendo presente el estado de nuestra legislación y las características de la economía española, a fin de valorar adecuadamente las direcciones de reforma exteriorizadas ya en otros ordenamientos.

4. *La conclusión y las peculiaridades del convenio obtenido en la suspensión*

El convenio entre deudor común y acreedores constituye una nueva relación jurídica entre las partes interesadas, que, bajo el principio de igualdad de trato, sustituye a las que precedentemente existían entre las mismas partes, obligándose a no exigir el cumplimiento más que de lo acordado, y que, una vez cumplido, producirá efectos liberatorios para el deudor y extintivos para los derechos de los acreedores.

En último extremo, tanto en el sistema originario del CCom. de 1885 como en el de la Ley de 1922, *todos los deudores pueden formular la petición de suspensión* de pagos, con la matización de que el deudor insolvente definitivamente tiene que adelantarse a sus acreedores solicitando suspensión antes de que éstos soliciten la declaración de quiebra.

Las *novedades* que la Ley de 1922 introduce en la posición de los acreedores es la de concederles *dos oportunidades para oponerse a (la celebración del) convenio en el caso de insolvencia definitiva*, y en proporcionar al suspenso la *facultad de celebrar convenios fuera y antes de la quiebra, y al margen también de la calificación de su conducta* al frente de su empresa.

En la redacción originaria del CCom., los acreedores, una vez solicitada la suspensión por el deudor, no podían oponerse a la declaración y por lo tanto, la única oportunidad que tenían de cortar el cauce de la suspensión consistía en rechazar el convenio que les ofrecía el deudor y, posteriormente, solicitar la quiebra por los trámites ordinarios.

Con la Ley de 1922, los *acreedores pueden oponerse*, en primer lugar, *a que se continúe la suspensión* cuando la insolvencia es insolvencia definitiva y reúnen el porcentaje requerido legalmente (las dos quintas partes del total pasivo) —bloqueando así la discusión (y, en su caso, la aprobación del convenio). Y, luego, *al discutirse el convenio*, rechazando la propuesta del suspenso.

Una diferencia —a mi modo de ver importante— entre la capacidad del quebrado para proponer convenio a sus acreedores y la capacidad del suspenso para el mismo fin consisten en que la capacidad de éste es *independiente de la calificación de la insolvencia*. Mientras el quebrado calificado como fraudulento no puede celebrar concordato con sus acreedores, el suspenso puede, al margen de cualquier calificación de su conducta al frente de la empresa, celebrar el convenio, siendo facultativo para los acreedores aceptarlo —o rechazarlo—, con lo cual, al abrirse la quiebra, el deudor, si fuera declarado que-

brado fraudulento, ya no podría celebrar concordato con los acreedores (128).

La E. de M. ayuda a interpretar la postura del legislador español acerca del suspenso cuando justifica una peculiaridad de la quiebra de las sociedades mercantiles. En efecto, el CCom. permite a las sociedades presentar convenios en cualquier momento de la tramitación, por lo tanto, antes de la calificación de la quiebra.

La dispensa a las sociedades de la norma que prohíbe al quebrado presentar proposiciones de convenio antes de la calificación de la quiebra y del reconocimiento de créditos se basa en que, por un lado, «no existiendo realmente una persona que en concepto de quebrado deba quedar sujeta a un procedimiento especial, la calificación de su conducta no tiene lugar» y, por otro, en que «la naturaleza de los créditos que suelen constituir el pasivo de dichas sociedades permite adoptar otras reglas más sencillas y breves para su justificación».

En este sentido, el legislador español ha *equiparado el comerciante individual al comerciante social cuando aquél sigue la vía de la suspensión*, siendo, por lo tanto, *un estímulo para que, con su solicitud temprana, publique sus dificultades económicas* y pueda llegar, si así conviene a los acreedores, a un convenio.

B) CONCLUSIÓN FINAL

La situación económica crítica que desencadena la cada vez más frecuente actividad jurisdiccional ha venido a identificarse después de la Ley de 1922 tanto para la quiebra como para la suspensión. Prácticamente toda la doctrina española admite que la insuficiencia del activo sobre el pasivo puede tramitarse por la vía de la suspensión de pagos, si el deudor solicita la suspensión antes que los acreedores pidan la quiebra y si éstos, durante la tramitación de la suspensión, no se oponen a que se declare la suspensión o, admitida ésta, no rechazan el convenio propuesto.

Desechada la vigencia de los preceptos sobre suspensión del CCom., la insuficiencia patrimonial puede abrir el expediente de suspensión y la admisibilidad de la situación patrimonial como apta para el trámite de la suspensión será cuestión de la voluntad (inicial, impulsora) del deudor y de los acreedores, que permita que la suspensión sea una quiebra abreviada, porque conviene a los intereses de todos que el convenio se discuta y se celebre sin consumir todos los trámites de la quiebra. Por el contrario, la doctrina no es tan unánime cuando investiga el contenido del presupuesto material de la quiebra, ya que un importante sector doctrinal sostiene que únicamente el desbalance puede abrir la quiebra. Aun cuando las consecuencias prácticas de esta tesis se hayan aminorado al considerar el crédito del empresario como uno de los elementos decisivos para valorar la situación patrimonial

(128) Sobre el tema en general debe consultarse la reciente monografía, de ZANARONE, *Il requisito della «meritevolezza» nel concordato preventivo di società* (Milano, 1974).

del mismo, *el interés de los acreedores a cobrar puntualmente sus créditos queda desprotegido, puesto que, ante la inacción del deudor, no pueden ni utilizar la suspensión, ni solicitar la quiebra* (por falta de presupuesto objetivo). En definitiva, puesto que el ordenamiento no contiene texto que lo impida, cabe concluir que el deudor, cualquiera que sea el contenido material de la situación crítica de la empresa (insuficiencia, iliquidez) puede, si es diligente y no se oponen los acreedores en el supuesto de insuficiencia, optar por la vía de la suspensión o por la de la quiebra para liquidar su angustiosa situación deficitaria.

Esta interpretación del derecho vigente no excluye que, simultáneamente, se denuncien sus defectos, puestos de manifiesto por la práctica y por la comparación con otros ordenamientos que han intentado adecuar su derecho concursal a las circunstancias económicas de la época. La coincidencia de algunas posturas del Derecho español con estas nuevas aportaciones, pondrán más de relieve sus discordancias y, por lo tanto, la necesidad de una reforma urgente.

IV. DIRECCIONES PARA UNA RECONSTRUCCION DE LAS INSTITUCIONES CONCURSALES

La reconsideración reciente de la institución concursal se debe sobre todo al hecho de que el *crecimiento de las dimensiones y de la complejidad de la empresa* desplazaba al comerciante individual como protagonista de la economía y era sustituido por la sociedad. Las normas dadas para la crisis económica del empresario individual no eran apropiadas para la crisis del empresario social.

Por otro lado, se trata de una *etapa en la construcción de un derecho económico*, en el cual el ordenamiento toma en cuenta, con intensidad creciente, objetivos económicos. La empresa, objeto de este ordenamiento y a la vez criterio de su limitación, adquiere una importancia fundamental en esta esfera jurídica como antes había sucedido en otras, eje de la consideración normativa, situándose en plano de igualdad con su titular y desplazándole en algunas ocasiones.

El replanteamiento total, no de detalle, de los principios que deben regular el derecho concursal, se basa en una *rigurosa contemplación de la realidad sociológica*, que no pretende excluir la valoración jurídica de los nuevos datos, ni la experiencia acumulada por las anteriores normativas, sino que tiene presentes uno y otro aspecto para alcanzar resultados más satisfactorios (129).

(129) LIMARDO, *Appunti per una sociología del fallimento*, II, Dir. fall., 1974, I, págs. 228 y ss.

Para la situación entre el Anteproyecto de 1959 y los actuales trabajos de reforma del Derecho concursal español—además de ROJO, ya cit.—pueden consultarse: ILLESCAS ORTIZ, *Apuntes para la reforma del Derecho concursal español*, Boletín II. Colegio Abogados de Sevilla, 1977, pág. 6 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS y DE LA CUESTA RUTE, *Algunas orientaciones para la reforma del Derecho concursal*, Rev. Der. Pro. Iberoamericano, 1977, págs. 288 y ss..

A.) QUIEBRA DEL COMERCIANTE Y QUIEBRA DE LA EMPRESA

En el Derecho español quiebra el comerciante o empresario y no la empresa. La opinión de que quiebra la empresa —mantenida episódicamente en Italia después de la Ley de Quiebras de 1942 por Segni y por Sotgia— ha sido rechazada, primero por Pugliatti y, después, por Satta (130). La finalidad de esta doctrina objetivista propiciada por el clima dogmático en que se produjo la Ley de Quiebras italiana, pretendía desplazar al empresario como sujeto pasivo de la quiebra, sustituyéndole por la empresa, a la que, en consecuencia, dotaba de una cierta subjetividad jurídica (131). El patrimonio de la empresa subjetivado para los fines del concurso, permitía así superar las dificultades con que la doctrina tropezaba cuando se trataba de declarar la quiebra de quien había ya muerto, o había cesado de ser empresario, o en los casos de sucesión en la empresa (132).

En la actualidad, se ha acentuado el aspecto subjetivo de la quiebra, ya que la doctrina francesa, *disociando la crisis de la empresa y la quiebra del empresario*, pretende hablar exclusivamente de quiebra cuando se refiere al empresario. Pero las razones que sustentan este nuevo punto de vista son realistas y muy diferentes a la que apoyaron la periclitada postura italiana que se acaba de mencionar.

Ante una situación semejante, es preciso pasar —como hizo el legislador francés en 1967— *desde una contemplación jurídica de la conducta del empresario a la contemplación económica de las condiciones de viabilidad de la empresa*, como señala Houin (133). En otras palabras, desde la valoración subjetiva de la conducta del empresario para imputarle la situación crítica de su negocio, a una valoración en

(130) SAITA, *I Soggetti del fallimento*, RTDC, 1950, págs. 116 y ss.

(131) La tesis italiana al filo de la codificación unitaria de 1942, según la cual quebrada la empresa y no el empresario tiene una justificación dogmática y no socioeconómica. En efecto, la ley de quiebras de 1942 prescribía la quiebra para una serie de situaciones patrimoniales unificadas en las que no se podía hablar propiamente de un titular —persona física o jurídica— del patrimonio quebrado. Para poder explicar unitariamente estas situaciones de quiebra y las situaciones en las que quebraba un empresario se propuso por Segni y por Sotgia hablar de quiebra de una empresa, que era el dato común a ambas hipótesis, quedando la quiebra del empresario como una situación contingente que se daba en la mayor parte de los casos, pero no necesariamente en todos.

La refutación de esta tesis por Pugliatti y por Satta se hace también sobre principios dogmáticos: los sujetos jurídicos o situaciones subjetivas de titularidad no quedan agotadas totalmente por la división entre personas físicas y personas jurídicas. Existen también otros sujetos.

La conducta del titular de la empresa puede ser reprochable incluso penalmente, pero la situación económica de la empresa —incluso deficitaria— encierra todavía expectativas que haría injustificables la liquidación de la empresa.

(132) V. el análisis de estas líneas en el reciente libro de SEGARRA, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, I (Barcelona, 1975), págs. 111 y ss.

(133) HOUIN, *Innovation...*, cit., 123. V. También BAUDRÓN, *La suspension provisoire des poursonites et l'apurement collectif de passif selon l'ordennance du 23 septembre 1967* (París, 1972).

el plano objetivo de la situación económica de la empresa para decidir la continuación de la empresa. «La elección no depende —como dice Houin (134)— de la gravedad de las faltas cometidas por el deudor o por los dirigentes de la sociedad, sino de una noción económica: las posibilidades de reestructuración de la empresa».

Desde la contemplación del empresario y de su conducta se ha pasado, pues, a la consideración de la empresa y de sus condiciones económicas de viabilidad. *El destino de la empresa y el destino del empresario dejan de ser solidarios*. Consideraciones exclusivamente económicas o materiales, y no morales, deciden actualmente la liquidación de los bienes de la empresa (Baudron) (135).

Las empresas con posibilidades de supervivencia son sometidas a un plan de reorganización, cualesquiera que puedan haber sido las faltas de su empresario. Este, a su vez, será sometido a las interdicciones propias de la declaración de quiebra, cuando, cualquiera que sea la situación económica de su empresa, haya observado una conducta fraudulenta o negligente.

La empresa no será liquidada por el solo hecho de que el empresario haya observado una conducta honesta, sino sobre la base de sus propias condiciones objetivas de supervivencia. El empresario deshonesto será sometido a las acciones civiles y penales, cualquiera que sea el destino de la empresa: liquidación, si no tiene condiciones para su conservación; reorganización, si, por el contrario, las posee.

Con ello se llegará a la distinción entre la quiebra de la empresa y la quiebra personal de sus dirigentes. Cada uno de los dos aspectos posee su propia lógica, que se desarrolla con independencia de la lógica del aspecto correlativo.

En último extremo, y en consecuencia, ya *no se trata de que el concordato tenga como finalidad mantener al empresario al frente de su empresa*, sino, directamente, que ésta se conserve cuando por sí misma merezca ser conservada, sea el anterior titular quien continúe gestionándola, sea un nuevo titular, más idóneo por su capacidad y por su honestidad profesionales, el que, habiendo sido desplazado el anterior, continúa la explotación en beneficio de todos los interesados.

En el Derecho español vigente esta posibilidad podía darse en virtud del contenido posible del concordato, bien en el expediente de suspensión, bien como terminación de la quiebra. Incluso se prevé como una eventualidad legal del contenido del concordato en la quiebra de sociedades cuando el artículo 927 CCom. contempla el traspaso de la empresa (137). Pero, ahora, quedará institucionalizado como uno de los rasgos característicos del sistema legal francés.

(134) HOUIN, ob y loc. cit.

(135) BAUDRÓN, *La suspensión...*, cit., pág. 13.

(136) V. También la disociación entre sujeto (sociedad) y (resultado de la) actividad (empresa) en el art. 151 LSA. vigente sobre este aspecto, ALMAGRO NOSETTE, *Aspectos procesales de la Ley de Suspensión de Pagos*, en Rev. Der. Proc., cit.

(137) V. LAGUNA IBÁÑEZ, *Aportación al estudio del art. 928 del C. de c.*,

Es pues, conveniente continuar el camino abierto por la Ley de 1922 y disociar de una manera clara y definitiva las consecuencias patrimoniales de la crisis económica y las consecuencias personales que se anudan a la conducta del empresario bajo cuya titularidad se ha producido la crisis económica.

Esta disociación debe ser perceptible ya en la enunciación de los presupuestos de la declaración del estado de insolvencia.

Especialmente ha de verse reflejada en la *combinación de los dos aspectos* mencionados, que, sobre la base de la interpretación francesa de su derecho vigente, puede sistematizarse de la siguiente forma:

- a) Empresas *con posibilidades de seguir funcionando* mediante un acuerdo que haga factible una reorganización de la empresa. Complemento de esta medida sería la intervención de los actos del sometido a esta situación: asistencia de un representante de la justicia.
- b) Empresas *sin posibilidades económicas de subsistencia*: liquidación de los bienes en beneficio de los acreedores.
- c) Previo a estos estados, puede establecerse *otra situación preliminar a los mismos*, que tenga por finalidad facilitar la reestructuración de la empresa que, sin haber caído en una crisis económica, se encuentra abocada a la misma.

Por otro lado, habrán de considerarse las medidas que han de recaer sobre los deudores cuya conducta no haya sido correcta, en estrecha conexión con los tradicionales del sistema penal nacional en materia de quiebras.

Los rasgos tendenciales de la nueva disciplina, en conjunto, pueden esquematizarse provisionalmente siguiendo en una primera aproximación la postura francesa, de la forma siguiente:

1. *Separar la suerte patrimonial de la empresa y el destino personal del empresario.*
 - 1.1. Reforzamiento de las sanciones personales.
 - 1.2. Extensión de la sanción personal a los administradores de las sociedades en determinados supuestos.
2. *Salvar las empresas que tengan perspectivas favorables de desarrollo mediante un plan judicial, sin tener en cuenta la calificación de la quiebra personal.*
3. *Permitir el arreglo judicial previo* cuando haya temores de crisis económica.
4. Extender la *quiebra a los no comerciantes* o unificar ambos procedimientos cuando existieran.
5. *Protección de los acreedores* mediante el establecimiento de un *período sospechoso legal de duración rígida.*

Rev. Universidad de Zaragoza, XXXVI, 1959, números 3 y 4, páginas 457 y siguientes.

Para un examen amplio del problema, v. ZANARONE, *Il requisito della «meritovolezza» nel concordato preventivo di società*, cit.

6. *Intervención de profesionales* en la declaración de quiebra y en su desarrollo: sindicatura profesional; y, en conexión con este aspecto:

6.1. Aumento de los poderes del órgano judicial.

6.2. Pérdida de poderes de la colectividad de acreedores.

De alguna de las bases enumeradas con el esquematismo urgente que precede, habrá que ocuparse con alguna intensidad, porque, debido a su trascendencia para el sistema, constituyen el núcleo de la posible reforma en lo futuro del Derecho español.

Ante todo, es preciso justificar la *separación general* del tratamiento del patrimonio de la empresa del de la conducta del empresario que el Derecho español conoce cuando el deudor acude a la suspensión de pagos. Con esta justificación —si llega a realizarse de forma convincente— quedarán superadas las críticas doctrinales que se han dirigido a la suspensión. Aunque al mismo tiempo se pongan de manifiesto aspectos que se refieren a la actitud del empresario y que han pasado casi desapercibidos para la crítica española.

En efecto, si el empresario era fraudulento, la crítica consideraba que era suficiente sanción desposeerle de su empresa mediante la liquidación a través de la quiebra. La unión de la propiedad de los bienes organizados y de la titularidad para gestionarlos como empresarios había conducido a esta situación (138). Pero es necesario superarla ahora por las siguientes razones:

Si no se separan debidamente los aspectos patrimoniales y los aspectos personales de la declaración de quiebra, se corre el riesgo de que las decisiones judiciales se vean influidas de una manera no deseable o por el deseo de salvar la empresa, o por el deseo de hacer recaer sobre un empresario culpable el peso de la ley.

En efecto, si el beneficio que excluya la liquidación y la desaparición de la empresa se vinculan no sólo a una situación patrimonial de la empresa con perspectivas de salida económica, sino, además, a una situación personal de ausencia de culpabilidad, entonces:

— Los tribunales pueden declarar la liquidación de empresas con perspectivas económicas favorables cuando el mal comportamiento del empresario sea tan patente que su liberación resulte una injusticia con el siguiente escándalo en el círculo de los negocios.

— Por el contrario, los tribunales pueden conceder el beneficio de un arreglo cuando la situación de la empresa no ofrezca perspectivas favorables, pero, sin embargo, el comerciante haya observado una conducta intachable, y que no le hace merecedor de una desvalorización implícita en el procedimiento de liquidación.

En un caso, *se liquidan empresas* con perspectivas para sancionar conductas incorrectas del empresario; en el otro, *se salvan empresas sin perspectivas* como premio a la conducta correcta de su titular.

Para evitar estas consecuencias indeseadas, se hace ineludable la

(138) BLONDEL, *Le plan*, en *Faillites*, cit. 369, vid. BAUDRÓN, *La suspensión...*, cit., págs. 173 y ss.

rigurosa separación de la quiebra personal debida a la conducta del empresario y de la quiebra patrimonial.

B) LOS PODERES DEL ÓRGANO JUDICIAL

La necesidad de que el órgano jurisdiccional contemple criterios económicos para conservar la empresa, suscita dos cuestiones complementarias.

Es la primera, la *aptitud de los actuales órganos jurisdiccionales y la adecuación y su estructura orgánica* para valorar correctamente las posibilidades de supervivencia de una empresa y la corrección del plan de reorganización propuesto para los intereses, a fin de alcanzar, simultáneamente, aquel resultado y la satisfacción máxima de los intereses afectados. A esta dificultad apunta Pedrol cuando propone determinados órganos de relación entre el órgano unipersonal que conoce de estas cuestiones y el empresario afectado por la crisis.

Asimismo, son de valorar las dificultades que puede entrañar la gestión de una empresa embargada cuando esta interpretación se hace en función del Decreto-Ley de 29 de octubre de 1969.

No es el momento oportuno para discutir soluciones concretas, pero sí para señalar que la apreciación y valoración de cuestiones económicas cuando el contenido de las normas que hayan de aplicar tengan una dimensión predominantemente económica es, cada vez con mayor frecuencia, entregada a tribunales especiales, tanto en España —recuérdese el Tribunal de Defensa de la Competencia, tan controvertido por su actuación y por su naturaleza—, como en Europa —donde para aplicar el derecho de los grupos de sociedades se proyecta la creación en Francia de un tribunal especializado.

Pero es que, incluso, la *responsabilidad* del órgano judicial que interviene en estas actuaciones se acrecentará. No será ya un órgano de vigilancia que homologará el convenio celebrado por el deudor común y los acreedores como protagonistas, en el marco de una legalidad establecida por ley y vigilada por el propio órgano judicial. El plan de reestructuración, basado en las condiciones objetivas de supervivencia de la empresa, no es ya el producto de un acuerdo —o, si se quiere, contrato— entre deudor en dificultades y acreedores razonables, sino que es un *plan impuesto unilateralmente a los acreedores*, en vista de un interés superior —conservación de la empresa— que trasciende al interés particular de los afectados, aunque coincida con sus intereses esenciales o básicos (139). Redactado sobre la base de criterios económicos, el plan no puede ser fruto de la autonomía de la voluntad. Es una *manifestación del protagonismo creciente y bien entendido de la Administración del Estado en la vida económica*, aunque esta intervención no se realice ahora por medio de disposiciones generales, imperativas o meramente estimulantes (140), sino con un

(139) V. BLONDEL, ob. cit., pág. 371.

(140) REGUSA MAGGIORE, *La società commerciali...*, cit., págs. 21 y ss.

medio nuevo, es decir, con una *medida individualizada* y teniendo presentes las circunstancias del caso concreto a través de la jurisdicción.

La intervención del Estado no se realiza mediante apoyos económicos a las empresas en situación crítica, sino mediante la vigilancia, control e imposición de medidas individualizadas cuyos efectos económicos se producen directamente entre los interesados en la crisis, sin sacrificios directos de recursos de la comunidad.

En la relación con los modos de actuación previstos para alcanzar los objetivos prefijados por una legislación concursal moderna es conveniente señalar, que, acaso, hubiera necesidad de modificar los poderes del Juez en este punto.

El Derecho español desconoce la *quiebra de oficio* —es decir, la declarada por el órgano judicial sin haberla pedido ni el deudor ni los acreedores—, e, incluso, la suspensión sólo puede solicitarse por el deudor. Pues bien, el éxito de la aplicación de toda la gama de medidas previstas para conservar y sanear la empresa dependerá en muchas ocasiones de que el órgano judicial competente pueda intervenir en el momento preciso. Si se actúa demasiado tarde, la confianza en las cualidades del empresario puede resultar fatal y el empresario, engañado acerca de sus posibilidades para detener la crisis, puede perjudicar a los acreedores, que, seguramente, estarán ignorantes de la situación en que se debate su deudor.

Una intervención temprana, en tiempo oportuno, debe contar con la iniciativa de los órganos jurisdiccionales, o incluso de los órganos o colegios representativos de los intereses de los empresarios, a fin de que la medida sea eficaz, se tome en tiempo hábil y pueda escogerse la más adecuada a cada situación.

La celebración del concordato a expensas de los pequeños acreedores, dispersos y sin una organización que los defienda frente a los acreedores de créditos cuantiosos y generalmente dotados de garantías reales, es una eventualidad difícil de impedir.

Acaso fuera conveniente imponer a los acreedores poderosos por la cuantía o por la garantía la carga de manifestar cuál ha de ser la postura frente al concordato, o condicionar la celebración de éste a la aceptación por parte de los acreedores privilegiados de las mismas restricciones que afectarán, como consecuencia del acuerdo, a los acreedores comunes —con lo cual se viene a desvirtuar la misma esencia de la garantía concertada previamente para impedir la posibilidad de hundimiento económico del deudor.

C) QUIEBRA Y SOCIEDAD MERCANTIL

Ragusa Magiore, ha puesto ya de manifiesto que el derecho concursal moderno estaba centrado sobre la crisis económica de una empresa cuya finalidad era el beneficio del empresario titular de la misma. En realidad, las grandes organizaciones burocráticas que ejercen la empresa de las sociedades anónimas han matizado esta finalidad con otros fines complementarios o, incluso, ha desaparecido en algunas de las

sociedades cuando éstas son el instrumento del que se vale el Estado para desarrollar su actividad. Con esta nueva óptica, en cuya discusión no es el momento de entrar, se hace necesario valorar los nuevos datos, porque el concurso (que presupone la finalidad tradicional del comerciante) puede dejar de funcionar cuando se refiere a una de estas organizaciones, que poseen finalidades atípicas en el sistema, o tienen asignada una plaza marginal en el sistema (140).

Hasta el momento —y con esta observación termina esta parte final— se ha venido hablando de la suspensión referida al empresario o comerciante, englobando bajo esta denominación formal —igual que hace el artículo 1 CCom.— al empresario individual y al empresario social.

En realidad, la disociación entre el destino de la empresa —conservación o liquidación— y el destino del empresario —función o libertad— por su conducta personal como empresario sólo adquiere pleno sentido en el caso de empresas cuyo titular es una sociedad.

En el supuesto de que el empresario en crisis sea un empresario individual el aviamiento personal en la organización de la empresa es mucho más decisivo que en una empresa explotada en común por una sociedad. La desaparición del empresario que la creó, la impulsó y la desarrolló hasta la producción de la crisis, hace peligrar muy seriamente la supervivencia de la empresa. Por esta razón, la distinción base de estas consideraciones tiene sentido pleno en las sociedades en las cuales los dirigentes pueden ser sustituidos dentro de la organización sin menoscabo apreciable de las mismas cuando los primeros han faltado a sus deberes o han tenido una gestión desacertada.

Ahora bien, acaso haya ido demasiado lejos la solución francesa, cuando establece que la imposibilidad de que el empresario individual presente un plan de reestructuración de su empresa y un concordato razonable supone la inmediata liquidación de su empresa, sin necesidad de que se pruebe que ha cometido una falta. Esta solución —y así lo reconoce Houin (141) «no es muy lógica», y, en el caso de que la ley española siga los derroteros de la francesa, deberá evitarse, si no se quiere que el empresario individual resulte todavía más discriminado que lo que hoy ya lo es.

Por otro lado, también es difícil evitar que la comprobación de una conducta deshonesto o negligente —con la consiguiente inhabilitación del quebrado— ponga en liquidación la empresa, una vez separado su titular originario de la misma. No obstante, cabe pensar que, puesto que se admite la transmisión de la empresa como un todo organizado para que el nuevo titular continúe la actividad que el transmitente había venido realizando, no hay ningún inconveniente en admitir que, en ciertos casos, la empresa del empresario individual pueda subsistir, no obstante la conducta anterior incorrecta del empresario quebrado.

En cuanto a la problemática que suscita la quiebra del empresario social, es una cuestión que debe ser debatida casi totalmente *ex novo*

(141) HOUIN, *Innovations...*, cit., pág. 125.

en el Derecho español. A pesar de la buena voluntad y de la ingenua creencia que el legislador de 1885 expresó en la E. de M. del CCom., es éste un terreno prácticamente virgen en el articulado legal. Pero estas cuestiones serán estudiadas próximamente. Aquí basta dejar la problemática indicada sin aventurar ninguna solución (142), (143).

(142) Como ha podido observarse en este apartado IV no se ha pretendido recoger el juego técnico de las actuales instituciones francesas, sino señalar, de la forma más llamativa, los principios inspiradores de las mismas y las líneas tendenciales de desarrollo, así como las razones que justifican unos y otros. Esta postura explica también la indistinción frente a una situación de crisis ya declarada y a una situación que pretende evitar la declaración de las mismas. Estos temas—así como su valoración—han de quedar reservados también para otra ocasión.

(143) Sobre los trabajos de reforma en curso, pueden consultarse; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Ante una posible reforma del Derecho concursal español* (Sevilla, 1978); VICENT CHULIA, *El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas de reforma*, *Rev. Jur. Cataluña* (1979, páginas 171 y ss.; OLIVENCIA RUIZ, *El Derecho concursal. Modernas orientaciones y perspectivas de la reforma*, en *La reforma del Derecho mercantil—Jornadas organizadas por la Fundación Universidad-Empresa—* (Madrid, 1979), págs. 315 y ss.

«Cambio social y cambio legislativo» *

LUIS MOISSET DE ESPANES (**)

SUMARIO: I. Introducción: El Derecho comparado y el pensamiento filosófico.—II. Cambio social y cambio legislativo: a) La tradición; b) La costumbre; c) La originalidad; d) Factores que impiden o retardan el proceso de adaptación.—III. El cambio social y la obra de Dalmacio Vélez Sársfield.

I. INTRODUCCION.—EL DERECHO COMPARADO Y EL PENSAMIENTO FILOSOFICO

El Derecho comparado es una disciplina que muchas veces ha sido tachada de inútil, cuando no de impracticable o imposible: lo primero por quienes, enrolados en la corriente positivista, afirman que lo único que interesa al jurista es el conocimiento de su propia legislación, el estudio de las normas positivas que rigen en su país; lo segundo es la consecuencia de pensar que los sistemas jurídicos no tienen puntos en común, desconociendo que en todos los ordenamientos jurídicos pertenecientes a pueblos de una misma civilización subyace una base filosófica similar.

El jurista debe acudir a esta herramienta tan valiosa que es la comparación, para extraer de ella frutos que contribuyan al mejor conocimiento de su sistema nacional. Pero la finalidad de la comparación no se agota en el «mejor conocimiento» del Derecho propio; la tarea del comparatista le permite alcanzar una más cabal comprensión del Derecho —tanto del nacional como del extranjero—, y esto traerá como

(*) Trabajo realizado sobre la base de los conceptos vertidos en el Seminario sobre "Abuso del derecho, imprevisión y buena fe frente a la depreciación monetaria", organizado por el Centro de Investigación de Derecho comparado de la Universidad Nacional de Córdoba, el día 29 de mayo de 1979.

La tarea de corregir y anotar la versión grabada, estuvo a cargo de la señorita Delia Matilde Ferreira Rubio.

(**) Catedrático titular de Derecho civil y director del Centro de Derecho comparado de la Universidad Nacional de Córdoba; miembro de la Academia Nacional de Derecho; laureado por la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires.

consecuencia el progreso en materia de interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Una de las mayores contribuciones del Derecho comparado a la ciencia jurídica es la de poder prever la evolución probable de las relaciones sociales, y adecuar anticipadamente las normas a esa realidad cambiante, para brindar solución a los nuevos conflictos que pueden suscitarse. No hay ciencia sin previsión, es decir, la posibilidad de afirmar que dado tal estímulo se han de producir determinados efectos; por eso algunos autores niegan carácter científico a los estudios sociales, incluida la ciencia jurídica, sosteniendo que en ese campo no se cumplen las leyes de causalidad.

Pensamos, sin embargo, que la posibilidad de prever existe en las ciencias sociales; lo que sucede es que esta previsión es diferente a la de las ciencias naturales. En materia social no se prevén hechos, sino tendencias; no se formulan «leyes» ineludibles, sino que se advierten regularidades (1). Y es precisamente esta previsión de «tendencias» lo que permite al jurista anticiparse a la producción de ciertos fenómenos sociales, formulando de antemano las normas que han de regularlos.

El estudio de otros sistemas facilita esta labor de previsión, ya que el jurista, al comparar, apreciará en su conjunto los factores que desembocan en una determinada situación, y si advierte que otras sociedades están viviendo ese proceso, de manera tal que se configura una «tendencia», puede extraer válidamente la conclusión de que, dados esos mismos factores, existen grandes posibilidades de que se plantee una situación similar en su país, y adoptar medidas para adaptar su sistema jurídico, preparándolo para hacer frente a la realidad que se avecina.

Vemos, pues, que la comparación es útil; pero, ¿qué es lo que debemos comparar? Mosset Iturraspe (2) señala algo muy importante con relación al problema de la comparación, que no por reiterado debe dejar de puntualizarse: no se comparan sólo normas legales. Si se pretende reducir la tarea a la de efectuar legislación comparada, corremos el riesgo de equivocarnos totalmente y confundir los problemas. Un sistema jurídico se nutre de distintas fuentes, que realizan su aporte conjunto para darle una fisonomía global; entre las fuentes formales del Derecho en nuestro sistema, la norma legal es —sin duda— la más importante, pero no la única.

Dice Ortega y Gasset que «cuando se comparan tiempos, hay que usar partida doble. Hay que comparar los hechos de una época con los de otra, y, por separado, los ideales y normas vigentes en ambas. De

(1) POVIÑA, Alfredo, *Sociología*, 5.^a ed. (distribuye Assandri), Córdoba, 1966, pp. 49 y 50.

(2) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Introducción al Derecho comparado. Qué debe compararse y la finalidad de ello*. Conferencia pronunciada en la inauguración del ciclo de Seminarios 1979, el día 17 de mayo, en el Centro de Investigación de Derecho Comparado de la Universidad Nacional de Córdoba.

un lado, el 'haber' y de otro el 'deber'» (3); y pensamos que esta afirmación es aplicable también a la comparación de diversos sistemas jurídicos. No basta con estudiar comparativamente las normas, sino que hay que ir más allá, en dos sentidos, debemos estudiar la realidad social que esas normas regulan, y además su «abstractum» filosófico.

Señalaba Jorge Mosset Iturraspe que en el trasfondo, para lograr la cabal comprensión del sistema, hay que atender a la inspiración filosófica que nutre a ese ordenamiento jurídico, que le da características propias, que tiene como efecto el que la interpretación de las normas legales marche por determinados carriles y no por otros (4).

El sistema filosófico que nutre a un determinado sistema jurídico lo informa, le da una fisonomía propia, y este hecho, precisamente, nos convence de que la comparación en materia jurídica es posible, y además provechosa.

No es una casualidad el que en determinadas épocas de la historia, en todos los pueblos de una civilización surjan inquietudes jurídicas comunes. Esto es la consecuencia de que esa civilización marcha inspirada por idénticos sustentos filosóficos, que se manifiestan en todas y cada una de las creaciones culturales de esa civilización.

Positivismo, romanticismo, cientificismo, se proyectan en la pintura, en la literatura, en la ciencia, y en el campo jurídico, en los mismos momentos históricos, con resultados que guardan entre sí similitud sustancial y originaria.

El Derecho, como producto cultural que es, también sufre esos procesos de cambio, y en él se reflejan los ideales que inspiran a la comunidad en que ha de regir. El Derecho—que regula las relaciones sociales, y está dirigido a brindar marco a una realidad social determinada—no puede permanecer ajeno a esa evolución de ideas y formas de vida que, al transformar la realidad, transforma también las necesidades del grupo, haciendo imperiosa la adopción de nuevas normas o la adaptación de las existentes, con vista a la satisfacción de los requerimientos concretos del grupo.

Hemos visto así aparecer casi simultáneamente en todos los sistemas jurídicos occidentales, desde principios de este siglo, instituciones como la adopción, que Vélez había dejado de lado. No ha habido país en el mundo occidental que no se dedicara a sancionar una ley de adopción, cuando carecía de ella, o a remozar las antiguas leyes sobre la materia. Una de las causas que han contribuido es la paulatina reducción del núcleo familiar; antiguamente el niño que quedaba sin padres encontraba protección en casa de parientes, aunque fuesen lejanos. Hoy ya no se computa en la familia a esos «primos» lejanos; en consecuencia, es necesario buscar otras formas de proteger a los niños sin padres, campo en el cual la «adopción de menores» cumple una utilísima misión.

(3) ORTEGA Y GASSET, José, *Honor y contrato*, Obras Completas, tomo II, ed. "Revista de Occidente", Madrid, 1963, p. 434.

(4) MOSSET ITURRASPE, Jorge, lugar citado en nota 2.

Este es solamente un ejemplo; piensen ustedes en otros aspectos de la legislación donde se marcha al mismo ritmo en todos los pueblos de la misma civilización. La concentración de población en las grandes ciudades, con los consiguientes problemas que suscita en materia económica, social y urbanística, trae como consecuencia que a partir de la tercera década de este siglo en todo el mundo occidental tengan que revisarse o dictarse leyes de propiedad horizontal. Las leyes de igualdad jurídica de los sexos son, en nuestra civilización, un fenómeno de esta época. Y todo esto es la consecuencia de que una civilización se asienta en idearios filosóficos semejantes.

Es también de este siglo ^{xx} el solidarismo, lo que otros han dado en llamar la socialización del Derecho; consecuencia de esta corriente de pensamiento es la mayor intervención del juez en el campo contractual, como asimismo la aparición de figuras nuevas, o la reaparición bajo moldes renovados de instituciones de antiguo cuño, como por ejemplo la lesión, la imprevisión y el abuso del derecho. Instituciones y figuras que, de manera más o menos coincidente, van apuntando su renacimiento en este siglo como una constante en todos los ordenamientos jurídicos que se mueven dentro de una misma órbita de pensamiento.

En otro sentido, adviértase que esa comunidad de pensamiento ha determinado que, en un mismo momento histórico, los pueblos de la civilización occidental hayan experimentado la necesidad de codificar sus respectivos derechos (5). Ha sucedido algo semejante con el surgimiento de nuevas ramas del Derecho que se van separando del tronco común (6); y también puede apreciarse en la actual tendencia al desplazamiento que sufren ciertas áreas del Derecho, desde la órbita del Derecho privado, hacia el campo del Derecho público (7).

La comunidad de problemas; la posibilidad de aprovechar la experiencia de otros pueblos, es lo que realza el valor del Derecho comparado; por supuesto que no hay que descuidar los particularismos propios de la idiosincrasia de cada pueblo, que tiene sus peculiaridades y tradición, determinantes de los matices que se impondrán a las instituciones jurídicas según las necesidades. Sin embargo, quede bien claro que estos particularismos y notas distintivas no deben confundirse con el «provincialismo egoísta y mezquino», al que hacía referencia Mosset Iturraspe (8); provincialismo que se manifiesta en una actitud chauvinista de pensar que lo propio es lo único bueno, desechando por completo la posibilidad de que existan soluciones más acertadas.

(5) La tendencia codificadora comienza a sentirse a principios del siglo XIX, con la sanción del Código civil francés (1804) y el de Austria. (1811). Provoca la célebre polémica entre Savigny y Thibaut, en Alemania, donde recién en 1896 se sanciona el B.G.B.

Anteriormente los ordenamientos de leyes eran de tipo asistemático, y se inspiraban más bien en la idea de "recopilar" los textos vigentes.

(6) Entre ellas pueden mencionarse el Derecho agrario, el Derecho registral, el Derecho de aguas, etc.

(7) Podemos citar como ejemplo la contratación en materia laboral.

(8) MOSSET ITURRASPE, Jorge, lugar citado en nota 2.

En la comunidad de pensamiento que inspira a lo largo de su vida a todos los pueblos que integran una civilización—que es el individuo de estudio histórico, al decir de Toynbee (9)— es donde encontramos la razón de ser que justifica y hace necesario el estudio del Derecho comparado, sin por eso alejarnos de las necesidades de nuestro Derecho nacional.

II. CAMBIO SOCIAL Y CAMBIO LEGISLATIVO

Hemos visto, a manera de introducción, cómo el Derecho es un producto cultural en el que se reflejan las tendencias que señalan las líneas de evolución de un grupo social. El Derecho no es ajeno a los cambios que esa evolución trae aparejados y debe—para cumplir sus funciones—adecuarse a las nuevas situaciones, proporcionando criterios de solución de conflictos acordes con las particulares necesidades del momento histórico.

El tema del cambio social y el cambio legislativo presenta sumo interés, sobre todo en épocas, como la que nos toca vivir, de profundas alteraciones; es ello lo que ha determinado que los juristas dediquen sus reflexiones a este aspecto (10).

El interrogante que debemos plantearnos es en qué medida, o de qué manera repercute—si es que lo hace— el cambio social sobre el orden jurídico. Pensamos que de una u otra manera, tarde o temprano, el cambio producido en las condiciones de vida de la comunidad incide sobre su sistema jurídico, provocando los necesarios ajustes.

Díez Picazo, al tratar este asunto, parte de la consideración de la naturaleza del ordenamiento jurídico; si creemos que las normas que integran el mencionado sistema son los mandatos u órdenes de los que gobiernan, pensaremos que el cambio social por sí solo no produce cambios jurídicos, pues será menester que se lleven a cabo primero los cambios políticos; si—por el contrario—entendemos que las normas son un sistema de solución de conflictos basados en el conjunto de creencias sobre lo que es justo, afirmaremos que el cambio social provocará la casi inmediata reacción de la «vida jurídica espontánea» (11),

(9) Para Toynbee las civilizaciones son una de las especies del género "sociedad". Ver TOYNBEE, Arnold J., *Estudio de la Historia*, vol. I (trad. al castellano de Jaime Perriau), Ed. Emecé. Buenos Aires, 1956. En especial Cap. I, C. III, pp. 173 y ss.

(10) Son fundamentales en la materia las obras de SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Privé d'aujourd'hui*; FRIEDMAN, *Law in a changing society*; SCHUR, *Law and society. A sociological view*. También dedican interesantes páginas al tema Díez PICAZO (obra citada en nota 11); HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Metodología de la Ciencia del Derecho y El abogado y el razonamiento jurídico*. Ver asimismo nuestro artículo *El cambio social y el jurista*, en "Semanao Jurídico de Comercio y Justicia", 21 noviembre 1978, y *Las costumbres, la tradición jurídica y la originalidad en el C. de Vélez Sársfield*, en "Rev. Notarial", núm. 831, en especial Ap. I, d, p. 319.

(11) Díez PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, ed. Ariel, Barcelona, 1973, p. 307.

porque ese cambio modificará las creencias sobre lo que es justo en las nuevas circunstancias.

Pensamos que aún en el caso de considerar a los preceptos jurídicos como puros mandatos de la autoridad, el cambio social tendrá influencia sobre ellos en la medida en que la sociedad se resista a regirse por tales mandatos cuando no se adecúen a las necesidades que las circunstancias de tiempo y lugar imponen. Si la norma-mandato no responde a la realidad social, o está en franca contradicción con las necesidades del cuerpo social, no será obedecida y caerá en el desuso, como sucede con tantas leyes (12).

Ahora bien, la respuesta del ordenamiento jurídico a los cambios sociales variará de acuerdo con el tipo de modificación de que se trate. Podemos distinguir cambios políticos, que afectarán principalmente la órbita del ordenamiento relativa a la constitución y funcionamiento del Estado; los cambios tecnológicos, de infinita variedad, obligarán al legislador a modificar o adaptar distintas áreas del sistema (los progresos de la genética harán necesarias algunas correcciones en materia de filiación, paternidad, maternidad, etc.; los avances en el ámbito de las comunicaciones han descubierto aspectos que las normas sobre derechos de autor deben contemplar; el Derecho espacial es la consecuencia del desarrollo de la ciencia astronáutica; y así podrían multiplicarse los ejemplos); por fin, los cambios en materia económica alterarán especialmente la regulación y la práctica en lo relativo a contratos y obligaciones (13).

La relación «cambio social-cambio legislativo» no se manifiesta únicamente en la influencia del primero sobre el segundo; por el contrario, entre estos dos fenómenos hay una interinfluencia. El cambio legislativo puede ser vehículo, o motor, del cambio social; pero cuando el legislador pretenda utilizar el ordenamiento jurídico para encauzar la realidad por nuevas sendas, deberá hacerlo con suma prudencia, para conseguir una modificación paulatina de la vida social.

Este es el mayor reto para el jurista y el legislador: actuar con prudencia para guiar a la humanidad por nuevas sendas. Y es preciso destacar que prudencia no es sinónimo de ritmo despacioso, ni de conservadorismo; muchas veces «lo prudente puede ser la audacia o la anticipación» (14). En la mayoría de los casos lo indicado será el cambio gradual que favorezca un proceso de adaptación y acostumbriamiento paulatino, pero no deseamos la posibilidad de que en determinadas circunstancias lo prudente sea un cambio radical; esta actitud se impone cuando el ordenamiento jurídico ha quedado divorciado de la realidad social, y es necesario actualizarlo. Pero, el cambio que realmente conduce por los caminos del progreso es el que gradual e ininterrumpidamente nos va haciendo ascender por las vías de la civilización. Los cambios bruscos, las quiebras de los sistemas jurídicos, que pretenden recomendar construyendo un nuevo edificio utópicamen-

(12) Ver *Las costumbres, la tradición, etc.*..., citado en nota 10.

(13) Conf. DÍEZ PICAZO, Luis, obra citada en nota 11, p. 310 y ss.

(14) DÍEZ PICAZO, Luis, obra citada, p. 304.

te perfecto, son —generalmente— pasos de retroceso, que nos colocan en situaciones peores de las que vivíamos antes.

Las consideraciones precedentes demuestran la necesidad de que el legislador sea un poco sociólogo, en el sentido de que conozca la realidad social para la que va a legislar.

El conocimiento de la realidad social lo impulsará a analizar dos elementos: por un lado el elemento tradicional, en cierta forma heredado y de antigua formación, y, por el otro, los elementos nuevos, de reciente aparición en la sociedad, que son el producto de la evolución incesante de la historia. Ambos elementos son componentes de la vida de la comunidad, por lo tanto el legislador no podrá descuidar ninguno de ellos; su obra debe aspirar al equilibrio de todos los factores: tradición, costumbre y originalidad.

Hemos de referirnos a cada uno de estos ingredientes que debe manejar quien se enfrenta con la tarea de legislar.

a) *La tradición*

Al estudiar estos temas tropezamos con el inconveniente de que «tradición» y «costumbres» no suelen distinguirse con claridad y —sin embargo— es necesario diferenciarlas si se desea efectuar un análisis a fondo del problema.

Con frecuencia se toma a estos términos como sinónimos y se los usa indistintamente; pensamos que no hay tal sinonimia, aunque existe estrecha relación entre ambos conceptos.

Más adelante nos ocuparemos de las definiciones que se han dado de la «costumbre» como fuente del Derecho, y como standard jurídico, que tipifican con bastante exactitud el concepto. En cambio, definir la «tradición» parece algo más complicado. Quizá uno de los autores que logran más éxito en este intento es Angelesco, cuando expresa que «la tradición es la resultante del accionar político, económico y jurídico de toda una nación» (15), producido a lo largo de la evolución histórica de esa comunidad.

El pasado histórico tiene fundamental importancia en la configuración de la idiosincrasia de un pueblo; y ya vimos cómo la consideración de las particularidades de un grupo social lleva al legislador a adoptar una vía de solución de conflictos y no otra. La tradición de una nación no es otra cosa que el resultado de ese pasado histórico-consistente en un conjunto de necesidades, ideales, hechos jurídicos, en fin, de todas las condiciones determinantes y los productos culturales resultantes compartidos por una nación (16).

¿Cuál es, pues, la función de la tradición? La tradición actúa como amalgama, dando al grupo continuidad social (17); precisamente, este

(15) ANGELESCO, *Alexandre*, *La technique législative en matière de codification civile. Etude de Droit Comparé*. Ed. Boccard, París, 1930., p. 453.

(16) Conf. ANGELESCO, *Alexandre*, Ob. cit., p. 452.

(17) POVIÑA, *Alfredo*, Ob. cit. en nota 1, p. 250.

elemento de continuidad hace que entre una generación y las que le precedieron se manifieste una comunidad esencial, aun cuando las circunstancias hayan variado. La tradición actúa, pues, como una «memoria social» (18), que ejerce su fuerza cohesionante sobre las nuevas generaciones. De la actitud que cada generación asuma frente a la tradición dependerá la fisonomía de la época; así, la actitud puede ser de aceptación pacífica de todo lo heredado, y en esos tiempos el cambio será casi imperceptible (19). Puede ocurrir, en cambio, que las nuevas generaciones reaccionen contra lo heredado y pretendan modificarlo, para producir el necesario ajuste (20). Pensamos que aún es posible efectuar otra distinción dentro de la segunda de las hipótesis contempladas; se puede cambiar rescatando lo válido del pasado, de la tradición—ésta es una actitud positiva—, pero ese cambio histórico puede asumir la forma de una crisis cuando la generación pretende destruir lo heredado, para recién sobre las ruinas edificar algo nuevo, lo cual resulta ciertamente negativo.

De cualquier manera, como vemos, siempre hay una actitud hacia la tradición, y el legislador—como miembro de una generación— además de asumir personalmente una posición sobre el asunto, deberá tener siempre presente este factor en el momento de idear una norma. Y, fundamentalmente, deberá ser consciente de que no puede desechar por completo la tradición del grupo, so pena de que las normas que dicte caigan en desuso (21).

(18) POVIÑA, Alfredo, obra y lugar citados en nota anterior.

(19) ORTEGA Y GASSET, José, *El tema de nuestro tiempo*, Obras Completas, T. III, ed. "Rev. de Occidente", Madrid, 1963, p. 149. El autor denomina a estas épocas "cumulativas", y afirma que en ellas las generaciones sienten "una suficiente homogeneidad entre lo recibido y lo propio".

(20) Autor y lugar citados en nota anterior. El maestro español denomina a estas épocas "eliminadoras y polémicas"; en ellas las generaciones sienten una "profunda heterogeneidad" entre lo heredado y lo propio, y se transforman en "generaciones de combate".

(21) Esto es lo que sucedió en Turquía cuando Mustafá Kemal Atatürk intentó cambiar la fisonomía jurídica de su país, imprimiéndole una tónica occidental, sin embargo, las costumbres fueron más fuertes que las nuevas leyes, consecuencia de lo cual fue el proceso de adaptación que esas normas legales sufrieron. (Ver *Notas sobre el Derecho civil turco*, "Boletín de la Fac. de Der. y C. Sociales", Córdoba, año XXXV, 1971, p. 311 a 329).

Otro tanto puede decirse de la Revolución rusa, que pretendió borrar de golpe siglos de tradición reflejada en costumbres y leyes, para terminar adoptando esas tradiciones en la legislación impuesta (ver DAVID, René y HAZARD, John, *El Derecho soviético*, ed. La Ley, Buenos Aires, 1964).

En Irán la occidentalización encarada por el Sha Reza Pahlevi determinó algo aún peor que el desuso de las normas legales, fue—al menos en parte— la causa de una revolución.

b) *La costumbre*

La costumbre es una de las formas de exteriorización de la tradición jurídica (22), tanto como *standard* jurídico, como cuando actúa como fuente del Derecho.

La función legislativa—en sentido amplio—exige que se atienda a las costumbres de la comunidad para la cual se dictan las normas.

La costumbre jurídica ha sido definida como «la observancia constante y uniforme de un comportamiento por los miembros de una comunidad social con la convicción de que responde a una necesidad jurídica» (23); otros autores la definen como aquellas normas jurídicas «no fijadas en ningún cuerpo legal que viven, en cambio, como proposiciones ideales dotadas de fuerza obligatoria actual en la conciencia de una sociedad que las acepta como formas de vida, ya por medio de un uso espontáneamente practicado, ya recibido de los órganos encargados de la aplicación del Derecho, principalmente de los tribunales» (24). Podríamos multiplicar casi hasta el infinito los conceptos; sin embargo, en general—aunque con sutiles matices—los autores coinciden con los dos transcriptos.

Mucho se ha discutido sobre la potencialidad de las costumbres como fuentes del Derecho, sin que se haya logrado acuerdo; para algunos la costumbre no puede crear normas jurídicas, salvo cuando la ley se refiera a ella; otros, en cambio, afirman que la costumbre es una de las más importantes fuentes productoras de Derecho. No es éste el momento de profundizar el tema, lo que nos importa sí es destacar que las costumbres de una comunidad influyen de manera efectiva en el comportamiento jurídico de sus integrantes—se les reconozca o no eficacia por parte del ordenamiento legal—.

Esta influencia real hace que el legislador al dictar las normas tenga que consultar las costumbres, puesto que si no las toma en cuenta, la realidad social, la vida jurídica espontánea, se sobrepondrá a las leyes que caerán en el olvido y serán reemplazadas por formas jurídicas vivas.

Además de esta intervención de las costumbres como fuente del Derecho, su importancia como *standard* jurídico es relevante. En la mayoría de las legislaciones se hace referencia a las «buenas costumbres» como patrón o medida convencional de ciertas conductas.

Los *standard* jurídicos cumplen una función trascendente en el proceso de aplicación e interpretación del Derecho. Según Castán Toñeas son instrumentos de la técnica jurídica que tienden a satisfacer

(22) Conf. ANGELESCO, *Alexandre*, Ob. cit. en nota 15, p. 453. En igual sentido, CARBONIER, Jean, *Derecho Civil*, T. I, Vol. 1, ed. Bosch, Barcelona, 1960, p. 35. Las otras formas de expresión de la tradición jurídica son la ley, la doctrina, la jurisprudencia.

(23) LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, T. I, 3.^a ed., Ed. Perrot, Buenos Aires, 1973, p. 69.

(24) LEGAZ y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1953, p. 327.

las necesidades de «adaptabilidad del derecho a la vida y la consiguiente individualización de sus soluciones» (25).

A través del standard jurídico de las «buenas costumbres», las formas de vida de la comunidad participarán indirectamente en la aplicación e interpretación del Derecho que la rige.

c) *La originalidad*

Cabe preguntarse, antes de entrar al análisis de este factor, si es posible la originalidad en materia jurídica. Desde tiempo inmemorial el hombre ha reflexionado sobre el Derecho, lo ha aplicado, lo ha modificado, lo ha interpretado, en fin, lo ha creado y lo ha vivido. ¿Podemos hablar en el siglo xx de originalidad en el Derecho? Algunos estarían tentados a contestar que no; pero a poco que pensemos la respuesta afirmativa se impone. Como ya dijimos en una oportunidad (26), si bien el valor Justicia, objetivo supremo del Derecho, es siempre el «dar a cada uno lo suyo», las circunstancias hacen que los caminos propicios para alcanzar esa meta sean distintos en todas las épocas; y no sólo serán diversos los senderos que nos conduzcan al objetivo, también variará el contenido de lo que se considere justo. Así, lo que debe entenderse por «lo suyo» que a cada uno corresponde, no es lo mismo hoy que en 1869, ni lo será tampoco en el año 2000.

Los cambios en las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales de una comunidad particular son los que hacen factible la originalidad en materia jurídica. Esta originalidad puede plasmarse tanto en el ámbito de la técnica o metodología legislativa como en el del contenido de las normas.

Por el momento sólo nos interesa la originalidad en cuanto a la sustancia de las normas, porque allí se han de reflejar, o no, los cambios sociales. En la medida que las circunstancias impongan nuevas necesidades al cuerpo social, y en la medida en que el desarrollo de la comunidad cree nuevas formas de cultura, el legislador deberá poner a prueba su ingenio para encontrar fórmulas adecuadas para encuadrar jurídicamente las situaciones siempre cambiantes. En ese proceso de adecuación podrá recurrir a dos vías: la creación de fórmulas totalmente originales, o bien la renovación de viejos moldes.

La originalidad en las fórmulas que se adoptan puede tener como fin: a) la «puesta al día» del ordenamiento jurídico, o b) una «previsión de futuro».

Hacíamos referencia más arriba a la fuerte influencia que ejercen los cambios sociales sobre el ordenamiento jurídico, provocando cambios normativos que se llevan a cabo para lograr la adaptación a las cambiantes circunstancias. En tal caso podemos encontrar la originali-

(25) CASTÁN TOBEÑAS, José, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho (Metodología y técnica operatoria en Derecho privado positivo)*, Ed. Reus, Madrid, 1947, p. 172.

(26) Ver el trabajo citado en nota 10, *Las costumbres, la tradición jurídica...*, etc., en especial apartado I, c.

dad, como «puesta al día» de las normas; quizá sea la hipótesis más común, ya que por lo general el legislador no se adelanta a los acontecimientos, sino que reacciona a «posteriori».

Producidas las alteraciones en las condiciones de vida del grupo social, no pasará mucho tiempo sin que se haga sentir la necesidad de acomodar el marco jurídico a las nuevas situaciones, entonces el legislador procederá a efectuar el cambio normativo.

En el otro supuesto el proceso se presenta en sentido inverso: el legislador se anticipa a los hechos y crea los instrumentos jurídicos que serán necesarios más adelante. Esta actitud, en la que se pretende adelantarse a la Historia, previendo el futuro, puede traer como consecuencia que el cambio legislativo se convierta en vehículo del cambio social logrando guiar o encauzar la evolución de la comunidad.

Sin duda que, para lograr éxito, el legislador debe poseer un agudo sentido de la prospectiva, que le permita anticipar los cursos de evolución social; para esto le será de gran ayuda el Derecho comparado, que le permitirá observar las tendencias que se manifiestan en otros pueblos de la misma civilización, en especial aquéllos en que el proceso de transformación ha avanzado con más rapidez.

Una joven rama del Derecho de la navegación, el Derecho espacial, presenta estos caracteres de originalidad como «previsión de futuro». Los tratados firmados en el seno de las Naciones Unidas, sobre materias tales como soberanía sobre los cuerpos celestes, registro de vehículos espaciales, responsabilidad, etc., han brindado marco jurídico a los avances científicos que hoy son una realidad.

En otras ramas del Derecho es más usual que la originalidad se presente como «puesta al día»; sin embargo, también ha habido legisladores que han previsto la evolución de las necesidades del cuerpo social y han legislado para su época, pero con proyección al porvenir (27).

d) *Factores que impiden o retardan el proceso de adaptación*

Hemos visto hasta aquí cómo opera el cambio social sobre el ordenamiento jurídico y cuáles son los factores que debe tener en cuenta el legislador para lograr el equilibrio en su tarea de adecuación. Antes de cerrar este capítulo debemos hacer algunas referencias a los frenos que impiden o retrasan el proceso.

No es raro encontrar resistencias a los cambios legislativos; muchas veces un espíritu «conservador» pone frenos a la adecuación legislativa. ¿Cuáles son los fundamentos de esta postura reacia a las modificaciones del sistema normativo?

Dos argumentos se han esgrimido como justificantes; por un lado la seguridad jurídica; por el otro, la naturaleza permanente de algunas normas. Analicémoslos brevemente.

En lo que concierne a la seguridad jurídica, debemos destacar que

(27) Un claro ejemplo de ello lo constituye nuestro Código civil, aspecto al que nos referiremos en el último apartado de este trabajo.

este valor del plexo axiológico del Derecho «no reclama la quietud del orden jurídico» (28).

La seguridad jurídica es uno de los caminos que conducen a la realización del valor supremo Justicia. Alguna vez hemos dicho, refiriéndonos a la aparente contraposición entre «seguridad» y «equidad», que ambos son valores subordinados, y que el legislador debe «dosificarlos, para lograr en definitiva —mediante su adecuada combinación— la Justicia» (29).

Entendemos a la seguridad como «una situación de estabilidad y certeza, creada por el ordenamiento jurídico, que garantiza a los individuos la aplicación objetiva de las normas que lo componen, para la protección de sus derechos, facilitando el desarrollo armónico de la persona» (30).

En aquella oportunidad no dedicamos mayor atención a la relación que existe entre la seguridad jurídica y el cambio social, pues nuestra mira estaba dirigida en otro sentido. Esbozaremos aquí algunas reflexiones sobre el punto, reconociendo desde ya, que el tema merece un estudio más profundo.

En el concepto que brindamos de «seguridad jurídica», como valor del plexo estimativo del Derecho, subyace nuestra idea respecto al punto que nos ocupa. Hacemos referencia a estabilidad y certeza, conceptos ambos no absolutos, que indican «la aspiración a la razonable previsibilidad de unos resultados» (31). Certeza o estabilidad no deben entenderse como factores de inmutabilidad.

Por otro lado, cuando nos referimos a las normas del ordenamiento lo hacemos en el sentido antes apuntado, de criterios de solución de conflictos, ajustados a las creencias que una comunidad concreta tenga sobre lo justo; son normas la costumbre y la jurisprudencia, y no sólo las disposiciones legales o normas-mandato. Como veíamos más arriba, los cambios sociales producen sin solución de continuidad los cambios en las creencias de la comunidad en punto a la Justicia.

Estos son, rápidamente esbozados, los fundamentos de nuestra posición sobre el tema. No pensamos que la seguridad jurídica sea óbice a la modificación y adecuación del sistema; por el contrario, la seguridad hará necesario ese procedimiento de acomodación toda vez que los datos empíricos contemplados por la norma se hayan alterado (32).

En lo que respecta al otro fundamento aducido como obstáculo para el cambio legislativo, es decir, la creencia de que existe un sistema de normas que son de la naturaleza del hombre, diremos sucintamente que la inalterabilidad de ese sistema no justifica la inmutabilidad de los distintos ordenamientos jurídicos concretos, que son distintos caminos creados por los hombres para lograr realizar imperfectamen-

(28) Conf. DÍEZ PICAZO, Luis, Ob. cit. en nota 11, p. 304.

(29) Ver *La lesión y el nuevo art. 954*, Imp. Univ. Nacional, Córdoba, 1976 (distribuye Ed. Zavalía), p. 145.

(30) Conclusión núm. 3 de un trabajo inédito que hemos realizado en colaboración con la señorita Delia Matilde Ferreira Rubio.

(31) DÍEZ PICAZO, Luis, Ob. cit. en nota 11, p. 304.

(32) Conf. DÍEZ PICAZO, Luis, Ob y lug. citados en nota anterior.

te las pretensiones de aquél. Adviértase —como lo hace Díez Picazo con acierto— que la historia de la Humanidad brinda innumerables ejemplos de que la creencia en un sistema de normas superior, más perfecto, más justo, ha sido factor de revoluciones y cambios, y no de inmutabilidad (33).

Debemos tener presente que los distintos ordenamientos jurídicos —los de ayer, los de hoy, los del futuro— solamente son modos de realización concreta del Derecho natural o, mejor dicho, de aquel sistema de objetivos, fines o valores abstractos, inmutables, perfectos. La aspiración de concretar en forma lo más exacta posible esas ideas inmutables, exige que día a día el ordenamiento jurídico de la comunidad se perfeccione, y uno de los elementos de perfección de un sistema jurídico radica en su adecuación a las circunstancias temporo-espaciales.

En países como el nuestro, en que la principal fuente del derecho es la ley, la actitud conservadora suele hacerse notoria sobre todo en los jueces, que se muestran renuentes a alterar por vía de interpretación los dispositivos legales. Sin embargo, lentamente la jurisprudencia va admitiendo algunas modificaciones, hasta que finalmente los cambios se imponen. Es lo que sucedió entre nosotros en materia de actualización de las deudas dinerarias (34).

En todas las épocas han existido y existirán oposiciones a los cambios, tanto sociales como jurídicos; la tarea del jurista y del legislador es advertir la necesidad de la modificación, y valorar en su justa medida los argumentos de los que, con espíritu conservador, se opongan.

III.—EL CAMBIO SOCIAL Y LA OBRA DE DALMACIO VELEZ SARSFIELD

Es interesante ver —aunque sea sintéticamente— cómo se refleja lo que hemos expuesto, en la obra del codificador argentino.

Nuestro Código civil tiene algo más de cien años de vida, que suele ser —aproximadamente— el promedio de vida útil de un código en el mundo occidental, antes de que se le introduzcan modificaciones integrales, o se efectúen reformas parciales de tal profundidad que afecten sustancialmente su fisonomía; o bien, sea sustituido totalmente por un nuevo cuerpo de normas. Sin embargo, la mayor parte de las disposiciones del Código de Vélez siguen hoy rigiendo las relaciones jurídicas del pueblo argentino en el ámbito del Derecho civil.

La obra de Vélez Sársfield fue el producto de una época; fue la resultante de las corrientes de pensamiento jurídico y filosófico imperantes en la segunda mitad del siglo XIX, y era lógico que lo fuera,

(33) Conf. DÍEZ PICAZO, Luis, Ob. cit., p. 305.

(34) Ver nuestro trabajo *Reflexiones en torno a la valoración de las obligaciones de dar dinero* (en colaboración con Ramón Daniel Pizarro), "Jurisprudencia Argentina", 1977-IV-639, y la bibliografía y jurisprudencia allí citadas.

ya que el Derecho no es ajeno a la influencia que ejercen las ideas en boga en un momento histórico determinado sobre todas las realizaciones de la cultura (35).

Si quisiéramos tipificar al siglo XIX podríamos utilizar tres rótulos: liberalismo, positivismo, individualismo; y Vélez, inmerso en ese ambiente, no escapó al influjo de tales orientaciones que aparecen, sin duda, reflejadas en su obra.

El Código civil argentino presenta esos caracteres, lo que ha motivado duras críticas (36), pero quienes las formulan han pasado por alto, y olvidado analizar, una serie de disposiciones en las que Vélez se aparta de los criterios individualistas y liberales, para dar cabida al interés social; en esas normas se refleja el sincretismo filosófico del codificador: quien, lejos de enrolarse incondicionalmente en una escuela de pensamiento, supo conciliar las ideas filosóficas con las reales necesidades del país y el momento para el cual legislaba (37).

Vélez mismo lo explica en la nota de réplica a Alberdi (38); él no elige un sistema filosófico puro; prefiere, con sentido pragmático, buscar las soluciones adecuadas a su época. Y en esto presenta una visión muy especial de la actitud que debe tomar el jurista, ya que a veces las pretendidas virtudes de una arquitectura ideológica abstractamente perfecta, están divorciadas de las realidades y necesidades del país. Esta característica de nuestro Código fue posible gracias al profundo conocimiento que su autor tenía de la situación política, económica y cultural de la Argentina de aquella época.

Veamos, pues, cómo se refleja ese sincretismo en las disposiciones concretas del cuerpo legal. Lo liberal y lo individualista aparecen claramente en las secciones dedicadas a las Obligaciones y a los Contratos, es decir, a las relaciones jurídicas que más íntima relación presentan con la dinámica económica (39). El eje sobre el que se construye toda la sistemática de las obligaciones y los contratos es el artículo 1.197, que consagra el predominio casi absoluto de la autonomía de la voluntad, que será ley para las partes. Establece la inmutabilidad de

(35) Sobre la ideología del Código civil argentino puede verse, además de los trabajos que citamos en las notas siguientes, un interesante artículo de nuestro maestro don Pedro LEÓN, *Ideologías atribuidas al codificador*, "La Ley", 135-1307 y ss.

(36) BORDA, Guillermo A., en el mensaje con que anunció la sanción de la ley 17.711, en abril de 1968.

(37) Ver nuestro *Las costumbres, la tradición jurídica...*, citado en nota 10. En igual sentido, COLOMBO, Leonardo, *Ubicación histórico-jurídica del C. civil argentino*, en "La Ley", 135-1280 y ss.; BOFFI BOGGERO, Luis M., *Reflexiones en torno al centenario de un acontecimiento histórico: la sanción del Código civil argentino*, en "La Ley", 135-1257 y ss.; MARTÍNEZ PAZ, Enrique, *Dalmacio Vélez Sársfield y el Código civil argentino*, Ed. Cubas, Córdoba, 1916; CHANETON, Abel, *Historia de Vélez Sársfield*, 2 tomos, Ed. La Facultad, Buenos Aires, 1938.

(38) La réplica de Vélez Sársfield al folleto de Alberdi puede leerse en ALBERDI, Juan Bautista, *Escritos Póstumos*, T. VII, p. 265. El folleto de Alberdi puede consultarse en sus *Obras completas*, T. VII, p. 80.

(39) Conf. COLMO, Alfredo, *Técnica legislativa del Código civil argentino*, 2.ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

las cláusulas penales (art. 656); admite cualquier tipo de interés (artículo 621 y su nota); suprime el beneficio de la «restitución in integrum» (art. 58 y su nota); no legisla sobre la «lesión enorme»..., colorarios todos de las ideas filosófico-económicas que inspiran al codificador.

Pero el contrapeso necesario, el equilibrio pragmático de Vélez, aparece en materia de derechos reales, y en especial en lo relativo al Derecho de propiedad. Vélez ya no se muestra como un individualista a ultranza, sino que advierte que hay una serie de decisiones en las que debe intervenir el poder político para poner límites a la voluntad de los particulares, sobre todo en materia de creación, contenido y ejercicio de los derechos reales. Surge así el elemento social en los dispositivos y notas del Código; se trata de una originalidad como «prevención del futuro»; casi 30 años antes del nacimiento de las corrientes solidaristas en materia jurídica Vélez nos hablaba ya del «predominio para el mayor bien de todos y de cada uno, del interés general y colectivo, sobre el interés particular» (40).

Para que haya un Estado verdaderamente democrático, los derechos reales solamente pueden ser aquéllos que no permitan la concentración de la riqueza en una sola clase social; en consideración entonces al predominio del interés general sobre los intereses particulares el codificador consagra el «*numerus clausus*» en materia de derechos reales, disponiendo de manera enfática que sólo pueden existir aquéllos que son creados por la ley (art. 2.502). Ese dispositivo es una valla importante a la autonomía de la voluntad, y quien lo consagra no puede ser tachado de individualista, sino que adopta ya una concepción solidarista.

Agreguemos a ello que el contenido de los derechos reales también está fijado de antemano por la ley, y no puede ser modificado por las partes (41). Es otra expresión del predominio del interés general sobre el de los particulares.

Algunos autores han dirigido críticas muy duras al concepto que nuestro Código da del dominio, afirmando que lo garantiza «de modo pleno e irrestricto», y que esa concepción «eliminó todo lo que podía trabar el libérrimo ejercicio del derecho de propiedad» (42). Cuando se adoptan estas posturas, es frecuente citar la nota al artículo 2.513, en la que Vélez, reproduciendo una opinión ajena, dice que «si el Gobierno se constituye en juez del abuso, no tardaría en constituirse en juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida».

Pero quienes citan esa nota olvidan, a menudo, dos cosas: la pri-

(40) Nota al art. 2.508 del Código civil.

(41) Por excepción el contenido de los derechos de «uso y habitación», puede ser fijado por las partes (art. 2.952); pero, en realidad, como se trata de usufructos limitados, nunca pueden exceder en su conjunto del contenido que el legislador ha fijado para el derecho de usufructo.

(42) BORDA, Guillermo A., *Vélez Sársfield. Legislador político*, «La Ley», 135-1270.

mera de ellas es que Vélez se refiere a la inconveniencia de las restricciones «preventivas», únicamente, pero luego va a admitir expresamente las restricciones «correctivas»; y éste es, precisamente, el segundo detalle que se omite. En la nota al artículo siguiente, el 2.514, elogia las disposiciones de las Leyes de Partidas que, apartándose del Derecho romano, dan cabida a la teoría de la «emulación», de los glosadores, destinada a poner coto al uso inadecuado del derecho cuando con él se tiende a causar daño a otro. Y no sólo recuerda las frases de la Ley 19, Tít. 32, de la Partida 3, sino que agrega, refiriéndose siempre al artículo 2.514:

«... La resolución del artículo no importa decir que el dueño pueda poner en ella establecimientos industriales que hagan desmerecer en sus valores y en sus alquileres los predios vecinos como más adelante quedará establecido».

Anticipa de esa manera la importancia que va a dar a las «restricciones y límites al dominio», a las que dedicará el Título VI del Libro Cuarto (art. 2.611 a 2.660).

Aún más importante —en este aspecto— nos parece la nota al artículo 2.508, en la que el codificador expresa su propia opinión, señalando que «cuando establecemos que el dominio es exclusivo, lo hacemos con la reserva de que no existe con este carácter, *sino en los límites y bajo las condiciones determinadas por la ley*, por una consideración esencial a la sociedad: *el predominio*, para el mayor bien de todos y cada uno, *del interés general y colectivo, sobre el interés individual*» (43).

Quien estampa esa frase de su puño y letra, fiel reflejo de su pensamiento, y no la simple reproducción del decir de un filósofo: ¿puede ser calificado de individualista, con todas las connotaciones peyorativas con que a veces se quiere cargar el término?

Vélez ha sido liberal e individualista en materia contractual, donde predomina el juego de intereses económicos y él seguía las concepciones de la Escuela Clásica, pero al ocuparse de los derechos reales ha incluido normas que reflejan su genio de político práctico y sociólogo intuitivo, logrando una combinación casi perfecta, un equilibrio entre las corrientes filosóficas imperantes, y las tradiciones y costumbres de la sociedad para la que legislaba; si todos los individualistas y liberales hubiesen obrado de manera semejante, ¿no se habría alterado el curso de la Historia?

En realidad, muchas de las críticas que en este punto se dirigieron al Código de Vélez, más que al Código debieron enjuiciar globalmente al «sistema jurídico» imperante; en efecto, algunas de esas anticipaciones casi proféticas en materia de Derecho de propiedad, estaban en contra de la mentalidad y de las costumbres jurídicas de la época: el resultado fue que se las interpretó con un sentido «individualista», que no era el propio del texto legal.

(43) Las bastardillas son nuestras.

Recién cuando —con el correr de los tiempos— se transforma la filosofía imperante en nuestra civilización, modificando también los enfoques conceptuales del jurista, empiezan a «redescubrirse» los dispositivos que existían en el Código en materia de Derecho de propiedad, destinados a servir de contrapeso al individualismo. Recién entonces los intérpretes comienzan a encontrar esos valores, que durante largo tiempo permanecieron ocultos o desdibujados.

La tradición histórico-jurídica de la nación no fue desechada por el autor del Código; muy por el contrario, son numerosas las disposiciones que la consagran. Decíamos que la tradición es la resultante de todo el pasado económico, jurídico, social. Vélez conocía esa tradición porque le había tocado ser partícipe de ella, desde la cátedra, el bufete, los estrados tribunálicos y la función pública.

Las leyes y las costumbres, como medios de expresión de esa tradición, fueron tenidas muy en cuenta por el codificador. Entre los antecedentes legislativos del Código ocupan un lugar importante no sólo las leyes españolas que habían regido en el Virreinato del Río de la Plata, sino también las leyes patrias que, a partir de 1810, son sancionadas en distintas provincias.

Alberdi criticó la obra de Vélez, afirmando que no había tenido en cuenta la legislación argentina (44), a lo que el jurista cordobés contestó mordazmente: «Mi antiguo amigo, a quien había mandado todo lo publicado del Código, no ha tenido la deferencia de leer una sola página de la obra» (45). Y Vélez tenía razón; basta recorrer las notas del Código para advertir el papel que la legislación argentina tuvo como antecedente de las soluciones adoptadas (46).

En lo que se refiere a las costumbres, si bien debe señalarse que, influido por las ideas positivistas de la época (47), incluyó el artículo 17 que niega a la costumbre el carácter de fuente del derecho (con la excepción de la costumbre «*praeter legem*»), no es posible negar que el codificador conocía y reconocía la importancia de las costumbres en materia jurídica. Ese reconocimiento lo lleva a incorporar a los textos legales las costumbres vigentes; son ejemplos de ello las disposiciones relativas a la sociedad conyugal, estructurada sobre la base de una vieja costumbre castellana, proyectada luego en suelo americano, que consagraba el régimen de gananciales; y al suprimir la adopción fundamenta su actitud diciendo que «tampoco está en nuestras costumbres, ni lo exige ningún bien social, ni los particulares se han servido de ella sino en casos muy singulares» (48).

(44) Ver ALBERDI, Juan B., folleto citado en nota 38 (*Obras completas*, T. VII).

(45) Ver *Réplica...*, citada en nota 38, p. 250.

(46) Sobre los antecedentes nacionales del Código civil argentino pueden consultarse la obra de CHANETON (citada en nota 37, especialmente T. II, capítulos VIII y IX), y la de MARTÍNEZ PAZ (citada en nota 37, p. 210 y ss).

(47) Sobre el positivismo en el Código civil argentino, ver las interesantes reflexiones de Pedro LEÓN (trabajo citado en nota 35).

(48) "Oficio de remisión del Proyecto del Libro Primero", dirigido al ministro Costa, el 21 de junio de 1865.

Esta frase del codificador ilustra acabadamente sobre el valor que concedía a las costumbres, y está corroborada por otras expresiones que encontramos en las notas del Código y de las cuales sólo mencionaremos dos a título de ejemplo. Expresa que «la misión de las leyes es... sostener y acrecentar el poder de las costumbres, y no enervarlas y corromperlas» (49), y completa su idea afirmando que «las costumbres de nuestro país... no nos permiten aceptar la legislación de otros pueblos de costumbres muy diversas», y que si no se conservasen las costumbres del país «las leyes no alcanzarían a variarlas, y quedarían éstas desusadas, como han quedado las que sobre la materia existen hasta ahora» (50).

En lo que concierne a la originalidad de contenido en el Código civil argentino, pueden agregarse a los ejemplos ya mencionados, el resarcimiento del daño moral; la regulación de la ausencia con presunción de fallecimiento; lo relativo al tiempo de cumplimiento de la condición; el Derecho sucesorio entre los cónyuges, y el que se otorga a los hijos naturales; el mejoramiento de la condición civil de la mujer, etc. (51).

En muchos aspectos el codificador argentino se adelantó a su época, consagrando soluciones que en otros ordenamientos jurídicos recién aparecieron en el curso del siglo xx. Pero incluso en estos puntos, al legislar con «previsión de futuro», la prudencia y el sentido práctico de Vélez le indican que el proceso de evolución debe ser gradual, y las modificaciones que introduce son solamente un primer paso de avance, que luego será completado con reformas posteriores, mientras las nuevas costumbres arraigan en el seno de la sociedad.

Un ejemplo cabal de este aserto lo encontramos en materia de derechos civiles de la mujer; nuestro Código, sin duda, supera a cualquiera de los Códigos europeos de la época, y Vélez, en su réplica a Alberdi, expresa su convicción de que la mujer debe ser colocada en un plano de igualdad con el hombre (52), meta hacia la cual debía tender la legislación civil. Pero no pretende imponer esa igualdad en 1870, porque comprende la imposibilidad de variar bruscamente las costumbres imperantes, y se conforma con abrir una brecha en ellas, dando algunos pasos hacia la igualdad, que contribuirán a educar a la sociedad, y la invitarán a reflexionar sobre el tema. Su sagacidad y agudeza de juicio le permite comprender que si hubiese intentado consagrar de golpe el trato jurídico igualitario, la norma corría el riesgo de no recibir sanción legislativa, o de enfrentar serias resistencias que podrían llegar, incluso, a hacerla caer en desuso.

(49) Nota al art. 167.

(50) Nota al Título II, Sección Tercera del Libro Segundo.

(51) Ver trabajo citado en nota 10, en especial apartados VI y VII, donde también hacemos referencia a las originalidades desde el punto de vista metodológico.

(52) Con respecto a la mujer, decía el codificador: "Nosotros partimos de una observación en la historia de la Humanidad, que cada paso que el hombre da hacia la civilización, la mujer adelanta hacia la igualdad con el hombre" (ver *Réplica...*, citada en nota 38).

Opta entonces por introducir solamente algunas reformas, como una primera etapa del camino que luego será seguido por otros legisladores, que mediante sucesivas reformas lograrán paulatinamente hacer realidad la finalidad que inspiraba a Vélez Sársfield, sucediéndose así la llamada Ley de Derechos Civiles de la Mujer; la ratificación de la Declaración de Bogotá, hasta culminar con la Ley 17.711, que expresa de manera terminante que la mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado, tiene plena capacidad civil.

Por último, deseo señalar que el legislador, a veces, suele tener la vana pretensión de que su obra se perpetúe sin alteraciones (53); no fue éste el caso del ilustre cordobés.

Los cambios en las circunstancias sociales, económicas, políticas y culturales del país han hecho necesarios algunos retoques en nuestro Código civil, para adaptarlo a las nuevas situaciones y creencias. Esto sucedió en el pasado y sucederá en el futuro, porque si no se procede a adecuar el ordenamiento normativo, caerá en el desuso o, lo que es peor, su aplicación provocará graves injusticias.

Vélez lo advirtió, y ha sido el primero en propiciar la reforma de su Código. En un cuaderno de borradores inéditos, que quedó en poder de la familia de Victorino de la Plaza, se encuentran las siguientes palabras, que formarían parte de la nota de presentación del Libro Cuarto:

«Un código nunca es la última palabra de la perfección legislativa, ni el término de un progreso» (54).

También en este punto nuestro ilustre codificador demostró su agudeza de juicio, y sus dotes de jurista pragmático.

Sólo nos resta desear que el legislador argentino de hoy, y del futuro, sepa proceder con igual amplitud de criterio, equilibrio y prudencia.

(53) Esa actitud lleva incluso a negar la posibilidad de "interpretar" las leyes, como cuando en una Pragmática de Carlos III se dice: "... ni quedará arbitrio á ningun Juez para alterarlas o moderarlas; porque de tales disimulos resulta por consecuencia necesaria la infracción ó desprecio de las leyes, por útiles y bien meditadas que sean" (Novísima Recopilación, Libro 10, Tít. XVI, ley 3).

(54) Ver CHANETON, Abel, *Obra citada*, T. II, Cap. XI (nota 54).

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Alberto, "Problemática actual y reforma del Derecho de patentes español". Editorial Montecorvo, Madrid, 1978. 189 págs.

El libro que se reseña recoge varios estudios del profesor Bercovitz, publicados unos en España y fuera de España y otros en trance de publicación; no obstante esta diversidad de origen, la obra ofrece una indudable unidad. Con envidiable claridad, ofrece al lector un panorama muy completo sobre los temas fundamentales del Derecho de patentes. El autor es seguramente quien, desde su tesis doctoral, ha dedicado entre nosotros más atención y trabajos a la problemática de las patentes, en sus publicaciones y en la preparación de anteproyectos y proyectos para la reforma de dicho Derecho.

La primera parte, con el título "El Derecho de patentes como medio para recompensar el esfuerzo investigador: limitaciones y problemas actuales", introduce al lector en la temática de las patentes y apunta sus principales problemas, a cuyo examen en pormenor se dedican también las partes siguientes. En la segunda parte, "Problemática actual del Derecho de patentes español", se describe la regulación jurídica de las patentes en nuestro Derecho y su reflejo en la realidad práctica. La parte tercera, "Los problemas de la reforma del Derecho de patentes español", está dedicada a la crítica constructiva de la legislación vigente, señalando sus defectos, en especial sobre las sanciones penales, procedimiento especial sobre nulidad de las patentes, indemnización y obligación de explotar las patentes. Se indican después sus posibles remedios, para lo que se tienen en cuenta los proyectos de reforma de la Ley sobre Propiedad Industrial, el Convenio de Munich y la Patente Europea; se trata de la cuestión sobre la conveniencia de mantener las figuras de las patentes de introducción y de los modelos de utilidad y se alude repetidamente a la cuestión de la patentabilidad de los productos químicos farmacéuticos, de tanta importancia práctica. La última y cuarta parte estudia más detenidamente la cuestión antes apuntada de "La obligación de explotar las patentes y la reforma del Derecho español", la que, se nos dice, requiere una urgente solución, mediante medidas para que dicha obligación sea efectiva y el establecimiento de plazos de caducidad por falta de explotación y de licencias obligatorias; también se hace referencia a la conveniencia de reglas que prohíban los abusos de los concedentes en los contratos de licencia.

Parece inútil ponderar la importancia del Derecho de patentes, ella

salta a la vista, para la economía española. España, como país no bastante desarrollado industrialmente y en el que tan poca ayuda recibe la investigación, por parte de las empresas y del Estado, no puede prescindir de la utilización de patentes extranjeras. Mas también, por ello, está expuesta a los peligros del neocolonialismo.

R.

CARDENAL FERNANDEZ, Jesús, "El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones". Prólogo de Francisco de Asís Sancho Rebullida. Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1979. 414 págs.

En el prólogo de este libro, el catedrático Sancho Rebullida nos informa de su origen, de que fuera una tesis doctoral, la que, salvo algunos retoques, será el que ahora se publica; y también de que ha sido calificada de sobresaliente "cum laude" por juicio unánime del Tribunal, calificación y dictamen que nos parecen sobradamente merecida y justo.

Ante todo, habrá de hacerse una advertencia, la de que el título dado a la obra reseñada resulta demasiado amplio en relación a su contenido. pues no se estudian figuras jurídicas en las que se atiende al tiempo en el cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones, como, por ejemplo, la "mora creditoris", el plazo en las obligaciones, la prescripción y la decadencia. En realidad, como nos indica Sancho Rebullida, el estudio del nuevo doctor se centra en el comentario del artículo 1.101 "un precepto incómodo y difícil", pero de gran importancia práctica y doctrinal.

El autor, para salvar las dificultades que ofrece la exégesis de dicha norma, indaga previamente sus "presupuestos doctrinales", recogiendo la doctrina sobre la esencia de la obligación, el cumplimiento e incumplimiento de la obligación y el concepto del retraso en el cumplimiento. Examen que se completa con el estudio del retraso e incumplimiento definitivo. Después, siguiendo a Díez-Picazo, se plantea la cuestión clave, la de en qué consiste la "mora debendi", es decir la de si se trata de la constitución en mora o del simple retraso. Para mejor contestarla, se hace una interesante aportación de Derecho comparado (Derecho francés, germánico e italiano).

El trabajo considerado consta de dos grandes paneles. Uno, el de la situación de mora constituida a consecuencia de la intimación o "interpellatio". El otro, la del simple retraso relevante. En esta parte, a mi parecer, se encuentran las aportaciones más sugestivas del libro reseñado. Junto al retraso irrelevante ("modicum tempus") se encuentra la mora "re ipsa" y el retraso intolerable. El autor se ocupa aquí, en especial, de la curiosa figura de la "mora del ladrón".

La importancia práctica de estas distinciones se muestra en sus posibles consecuencias: indemnización de daños y perjuicios, intereses legales, carga de los riesgos, alcance de la cláusula resolutoria, pena por retraso, ser causa de resolución (arts. 1.124, 1.504, 1.505).

Creo de especial interés la observación del autor de que la referen-

cia en el artículo 1.101, al incurrir "en dolo, negligencia o morosidad" en el cumplimiento de las obligaciones, no significa que la concurrencia del dolo o de la negligencia del obligado excluyan la mora o cualquiera otra contravención, "sino que la integran y fundamentan como hipótesis de incumplimiento en sentido subjetivo, y además tienen el significado de fijar los límites a los que se extiende el deber de indemnizar los daños y perjuicios derivados de esas conductas en uno y otro caso" (págs. 301-302). Estas palabras implican negar la tesis conceptual analítica, que rechaza la posibilidad de que se aplique a una misma situación de hecho más de un calificación jurídica; con lo que el autor adopta una interpretación más conforme con la realidad jurídica.

El autor señala también, con acierto a nuestro parecer, el distinto significado jurídico de las situaciones de retraso relevante. No creo tenga que apoyarse para ello en la utilización, según los casos, de los términos de "mora" y de "morosidad". En nuestro Código civil, las palabras de ordinario no tienen el alcance de "termini technisi" como en el Código alemán; lo que más importa es la función jurídica que se atribuye a cada palabra, en cada texto legal. La "morosidad" que contraviniere al tenor de una obligación, podrá dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios y, para ello, habrá que atender no sólo a la culpa o negligencia, sino también a otras circunstancias, como pudieran ser la responsabilidad negocial por uso, la responsabilidad objetiva y el deber de colaboración. El autor motiva su pensamiento señalando que en el Derecho español, a diferencia del venezolano, no se sanciona, con carácter de regla general, el retraso culposo. Estudia los supuestos de mora automática, en relación con los intereses legales y termina con el examen del retraso culposo en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, en los casos de la mora del tutor, mora del socio, mora del deudor respecto del fiador que ha pagado, y de los intereses que debe el mandatario al mandante por las cantidades que aplicó a usos propios.

A. D. C.

CONDOMINES VALLS, Francisco de A.: «El recurso de casación en materia civil». Bosch. Casa Editorial, S. A. Barcelona, 1978. 105 págs.

El autor de este libro, buen jurista y abogado de grande y merecido prestigio, discurre en él sobre la administración de justicia y sobre el Tribunal Supremo, con la autoridad de quien cumple «sobradamente treinta años de actuación ante la Sala primera y algunos más de pleno ejercicio de la profesión» (Preliminar).

Comienza la obra con un primer apartado, «Los pleitos y su terminación. Recursos ordinarios y extraordinarios». De carácter introductivo, se hace un repaso, con brevedad e ingenio, de varias cuestiones generales. Cabe destacar las consideraciones hechas en torno al «miedo al pleito»: Con esta frase, parece condensarse el triste hecho de la distancia establecida entre los Tri-

bunales y los particulares. El autor la centra en la falta de inmediatividad entre el Juez y los litigantes. Se refiere a que los interesados y los testigos no confiesan ni declaran ante el Juez sino ante funcionarios auxiliares, tramitándose el proceso sobre documentos tan sólo, de modo frío y deshumanizado. Defecto, que me parece sería injusto achacar a la judicatura. Hay Jueces que han sabido salvarlo con personal sacrificio, pero que resulta impuesto en general por la masificación propia de las ciudades y la escasez de funcionarios. Permítaseme añadir que el alejamiento del Derecho respecto al ciudadano es culpa de muchos. De los poderes del Estado, por su comeción de ordenar y reordenar todo y por lo exotérico de la labor doctrinal, que hacen del Derecho una incógnita incluso para el profesional; y con el resultado que el futuro pleito aparezca a ojos de los interesados como un juego de azar; el que teniendo presente las costas judiciales y los crecientes honorarios de abogados y procuradores, hacen buena la maldición de la gitana: «tengas pleitos y... los ganes».

En esta sección se apuntan ya los motivos centrales de la obra: «Derecho es aquello que aprueban los Jueces»; el Tribunal Supremo «debe existir de un modo necesario para enmendar, en último término, toda decisión judicial susceptible de serle sometida que incurra en errores de la especie que fuere».

El segundo apartado lleva el título «Nuestro recurso de casación y su trámite». Se pone de relieve la contradicción entre el sentido que para el litigante tiene el recurso y el que se le atribuye en la doctrina de los procesalistas. El primero busca que, por su medio, se le haga al fin justicia. Para la doctrina, se le establece en defensa de la ley, como lo muestra el recurso en interés de la ley. El autor entiende que: «Los recursos de casación, tanto en general como el que se da en interés de la Ley, son vestigios de ideología periclitada» y que, «en realidad, el recurso de casación se funda en ideas inexactas y que deberían ser decisivamente superadas».

«Cómo se tramita actualmente el recurso de casación en materia civil», es la denominación dada al tercer capítulo. Al examinarse los requisitos para los motivos del recurso, se critica el formalismo que el Tribunal Supremo viene imponiendo para su admisión. Aquí, califica de «asombroso el que después de haber sido admitido a trámite un recurso, pueda ser desestimado por incurrir en causa de inadmisión». Insiste, antes de terminar el capítulo, sobre lo anómalo del recurso en interés de la Ley.

El autor está justificado al criticar los excesos formalistas respecto de los requisitos exigidos para el recurso de casación. Aunque son, en parte, explicables. Su utilización no es antigua. Según contaban viejos profesionales, se debe a la habilidad como abogado del profesor Sánchez Román y Gallifa, frente a recurrentes descuidados. Después, el Tribunal Supremo desarrolla tales requisitos, como medida defensiva frente al excesivo número de recursos mal planteados, de forma y de fondo. En un tiempo, se consideraba en el foro que la casación era materia reservada a profesionales de reconocido y general prestigio. Tanto que Manresa entiende excusado el incluir formularios para la redacción de los recursos de casación, dada «la ilustración de los letrados que se encargan de estos asuntos». Desde hace ya tiempo, el uso ha cambiado y cualquier abogado, incluso el de menos experiencia, dirige un pleito hasta la casación. Cualquiera que lea con asiduidad las

sentencias de la Sala primera, ha podido ver centenares de recursos carentes de los más elementales fundamentos de forma y de fondo. La exigencia severa de los requisitos de forma, se entiende entonces como defensa frente al aumento de recursos injustificados. El lector de la jurisprudencia habrá también observado que son raras las sentencias del Tribunal Supremo en las que se llegue a un resultado injusto por exceso de formalismo. Aunque habrá de reconocer con el autor que basta con que se den casos en que esto ocurre para condenarla tal práctica.

En cuarto lugar, el autor se enfrenta con denuedo a la problemática de las fuentes del Derecho, bajo el epígrafe «Consecuencias de la reforma del título preliminar del Código civil, según texto articulado de la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973, aprobado por Decreto de 31 de mayo de 1974»; lo que se hace—parece—sin contar para ello con lo ya escrito sobre dicho título preliminar.

Al tratar de la costumbre crítica el artículo 1.º 3 del Código civil, diciendo: El requisito de la conformidad con la moral y el orden público es manifiestamente ocioso y si pudiéramos dar a la costumbre un rostro humano, diríamos que la ofende gravemente» (p. 79). Censura que tácitamente alcanza al artículo 3.º del Fuero Nuevo o Compilación del Derecho Foral de Navarra. Con lo que el autor se enfrenta, sin razones para ello, con la opinión común de la doctrina (autores y textos legales) en todo tiempo y lugar, pareciendo olvidar el hecho de la existencia y condena de «los malos usos» y de la costumbre «irracional».

En este mismo apartado, insiste el autor en su opinión de que la jurisprudencia es la «única fuente del Derecho» (p. 81). ¿Qué quiere decir, con ello, que el Juez está «legibus solutus»? ¿Cómo se explica, entonces, que Jueces y Magistrados incurran en responsabilidad civil, cuando en el cumplimiento de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusable? (art. 260 L. O. P. J.) ¿Cómo se justifica la responsabilidad del Estado por los daños causados por error judicial? (art. 121 Const.).

Ha de considerarse como especial acierto el que, sin conocer las opiniones ya emitidas en tal sentido, se propugne que las nuevas reglas sobre interpretación del artículo 3.º del C. c., no suponen enunciar los motivos de casación de otro modo que el que ahora se sigue y que, en resumen, «resultará recomendable aludir a la infracción de las normas concretas y, a lo sumo, reforzarla con las alusiones pertinentes relacionadas con los artículos 3 y 4» (p. 93).

Termina la obra con «El tema de la tercera instancia». No se propone convertir al Tribunal Supremo en una tercera instancia, sino que: «En determinados asuntos, se dará ulterior recurso ante la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, formulándose sin rigidez de forma, las alegaciones pertinentes, que podrán referirse a juicio erróneo o a infracción de normas procesales o a ambos extremos simultáneamente» (p. 100).

En fin, puede concluirse diciendo que aunque más de una vez haya que discrepar de las tesis mantenidas por el autor, habrá también que agradecerle lo sugestivo de la exposición de las cuestiones estudiadas y la tersura y elegante claridad de su lenguaje.

R. E. D.

ESSER-WEYERS: «Schuldrecht. Band II Besonderer Teil, Teilband I Die Verträge», 363 págs. Heidelberg-Karlsruhe 1977. Teilband II Die gesetzlichen Schuldverhältnisse, 276 págs. Heidelberg-Karlsruhe 1979. 5. völlig neubearbeitete Auflage.

Josef Esser, Ordinario de Derecho Civil en la Facultad de Tübingen, es conocido entre nosotros sobre todo por su famosa obra «Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado» (Barcelona, 1961), de la que certeramente se ha dicho que es una de las diez o doce mejores que ha producido la Ciencia jurídica europea en los últimos veinticinco años (1). Me parece que ya no lo es tanto por su Manual sobre Derecho de Obligaciones que, publicado por vez primera en 1949, ha conocido un singular éxito y una singular vicisitud, dado que pocas veces ocurre que, en vida de su autor, corran a cargo de otros las sucesivas ediciones de su obra. A cargo de Esser han aparecido la segunda edición (en 1960), la tercera (ya en dos vols. en 1968 y 1969) y la cuarta (en 1970). La quinta edición está a cargo de dos continuadores distintos: la Parte General es obra del profesor Eike Schmidt de Bremen (2) y la Parte Especial del profesor Hans Leo Weyers de Frankfurt a. M.

El profesor Weyers está muy familiarizado con la Ciencia jurídica española, pues no en vano realizó entre nosotros su Tesis Doctoral sobre el artículo 42 del C. c., siendo frecuentes sus visitas a las Universidades españolas (V. últimamente su conferencia en Salamanca sobre «La evolución del Derecho de Familia en la República Federal Alemana desde la postguerra», publicada en *Cuadernos de Derecho Comparado*, 1, *La reforma del Derecho de familia*, 1977, pp. 111 ss.). Pero aquí interesa dejar constancia de la profunda preparación del profesor Weyers en el ámbito del Derecho de Obligaciones, como lo prueba su Memoria o Tesis de Habilitación en torno al *Unfallschäden* (3), de la que justamente se ha alabado su amplia documentación sobre el Derecho comparado (4).

El continuador de la Parte Especial de las Obligaciones de Esser ha sabido mantener los rasgos que dieron justa fama al Manual de su maestro, conservando un justo equilibrio entre Dogmática y Praxis, de modo que resulta especialmente indicada para el estudiante universitario, con una especial proyección sobre la jurisprudencia. La obra ha experimentado una profunda reelaboración, aunque sin alterar sus líneas maestras, en la parte relativa a los contratos de compraventa, donación, arrendamiento, préstamo, comodato, arrendamiento de servicios y de obra. El lector español leerá también con provecho toda la segunda parte de los contratos en particular, sobre todo la breve, pero enjundiosa exposición de la culpa extracontractual o *Deliktsrecht*.

(1) Así, DE LOS MOZOS, *Derecho civil español*, I, 1, Salamanca, 1977, p. 493.

(2) La Parte General está dividida también en dos partes, la I apareció en 1976 con 294 págs. y la II en 1977 con 316 págs. V. una amplia recensión de Jürgen Schmidt, *Ein «soziales Obligationsmodell» im Schuldrecht? Gedanken zur Neuauflage des Esserchen Lehrbuches*, en *ACP*. 176 (1976), páginas 381 ss.

(3) Publicado en 1971 por la ed. Atheneum de Frankfurt, 681 p.

(4) V. la recensión de Rudolf Gärtner, en *ACP*. 171 (1971), pp. 532-545.

Al aceptar el profesor Weyers continuar y poner al día o mejor aún reelaborar esa parte del Derecho de Obligaciones menos apta a las grandes construcciones doctrinales, al tiempo que ha prestado un gran servicio a la Civilística europea, nos ha dado un ejemplo de bien hacer universitario que puede servirnos de modelo y estímulo a todos.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

GALAN CORONA, Eduardo: «Acuerdos restrictivos de la competencia». Prólogo del profesor Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano. Editorial Montecorvo, Sociedad Anónima. 1977. 434 págs.

Este libro constituye una interesante contribución a la literatura jurídica sobre las prácticas restrictivas de la competencia y de su represión por el legislador. Como su título indica, no se trata de un nuevo comentario de la Ley de 20 de julio de 1963 sobre prácticas restrictivas de la competencia; su objetivo se centra en un punto de la Ley, para estudiarlo monográficamente. Como se nos dice en el prólogo de la obra, se ha seleccionado, respecto de las prácticas colusorias, a los acuerdos restrictivos de la competencia, como punto de partida que permitiera, con aportaciones sucesivas, completar el estudio doctrinal de ese tipo de prácticas.

No obstante el anunciado propósito del Autor, de limitar a los acuerdos el tema a tratar, ha creído conveniente centrar su estudio dentro del marco de la protección de la competencia. A tal efecto, los dos primeros capítulos se dedican a una referencia al significado de la libre competencia y a la protección de dicha libre competencia en el Derecho comparado. El tercer capítulo trata, también en general, de «la Ley española de represión de las prácticas restrictivas de la competencia y la prohibición de las prácticas colusorias».

Este tercer capítulo, creo que ofrecerá especial interés a los lectores del ANUARIO, en lo relativo al alcance, ante los Tribunales civiles, de la prohibición de las prácticas colusorias, establecidas en el artículo 1.º de la citada Ley. Su apartado uno declara «prohibidas las prácticas surgidas de convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas, que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia en todo o en parte del mercado nacional»; prohibición que se completa en el siguiente apartado, que dice: «Son nulos, como contrarios a la ley y al orden público, los convenios entre empresas, así como los acuerdos y decisiones de todo género de uniones, asociaciones o agrupaciones de aquellas que originen prácticas de las prohibidas en el párrafo anterior». En la doctrina y en la práctica, se ha planteado la duda de si la establecida sanción de nulidad se aplica sin más a los convenios, acuerdos y decisiones que tengan por objeto impedir, falsear o limitar la competencia o si tan sólo se refiere a convenios, acuerdos y decisiones que hayan originado prácticas colusivas. El Autor recoge las opiniones de los comentaristas y la doctrina del Tribunal de la Defensa de la Competencia; muestra su conformidad con las críticas dirigidas

al artículo uno de la Ley y, en un primer momento propone «otra interpretación de la expresión... *que originen*», diciendo que «el término *originen* pueda significar que sean susceptibles de originar prácticas de las prohibidas» (p. 120). Mas, en seguida añade que sigue la postura contraria, aunque lo hace para conformarse a la constante jurisprudencia del T. D. C. y así no perder contacto con la realidad práctica (1). Sacando la consecuencia de que en el supuesto de que una parte en un convenio, acuerdo o decisión, se dirija a los Tribunales ordinarios solicitando su cumplimiento, el Juez civil deberá hacer que el acuerdo o convenio produzca todos sus efectos y condenar a la parte que rehusa su cumplimiento, dada la competencia privativa de que goza el T. D. C., en cuanto a las declaraciones e intimaciones previstas en esta ley (p. 121).

No obstante la autoridad que hay que reconocer al Autor, como especializado en la materia, me permito discrepar de su criterio y preferir su «otra interpretación». La letra del artículo primero de la Ley no parece haya de limitarse al pasado («que hayan originado»), sino que comprende a los convenios y acuerdos de causa ilícita, que lleven o incumplan a resultados ilícitos. Sentido que se confirma, observando que cuando la Ley trata de las prácticas exceptuadas, se refiere no a una autorización de las prácticas, sino directamente a los convenios y acuerdos (art. 5.º, dos). La autoridad de la jurisprudencia es siempre alta, incluso la del Tribunal de la Defensa de la Competencia, pero no mayor que la del Tribunal Supremo; la que puede cambiar y cambia en virtud de las razones ofrecidas por los autores y letrados. En todo caso, la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia no vincula a los Tribunales civiles. Mas sea cualquiera la interpretación que, del artículo primero de la citada ley, siga dando el Tribunal de Defensa de la Competencia, me parece que los Tribunales de la jurisdicción ordinaria habrán de considerar nulos aquellos convenios y acuerdos que sean contrarios a las prohibiciones establecidas en la Ley. Su artículo 10, al señalar el carácter privativo de la competencia del Tribunal, se refiere a las declaraciones e intimaciones derivadas especialmente de dicha Ley y no puede significar una limitación de la normal competencia de los demás Tribunales. Los convenios y acuerdos contrarios a la ley y al orden público son nulos de «pleno derecho» (art. 6, 3 C. c.), y no cabe entender que sean válidos y produzcan todos sus efectos, hasta tener que ser amparados por los Tribunales civiles, mientras no sea firme la declaración del Tribunal de Defensa de la Competencia. En fin, las prohibiciones impuestas por la Ley examinadas, lo son—como dice repetidamente su importante Exposición de Motivos (2)—por

(1) La interpretación aceptada por el Autor, parece reforzada por el hecho de que la redacción del artículo 1.º del Proyecto fuera modificada, al aceptarse una enmienda, suscrita como primer firmante por el señor Lamo de Espinosa, conforme a la cual «deben sancionarse las prácticas y no los acuerdos, ya que no son los aspectos formales los que interesan», pág. 119, nota 34.

(2) En especial, en III, 1, sobre «La inserción de la Ley en el orden público económico». En su primer párrafo dice: «El concepto tradicional del orden público, como idea que constituye jurídicamente una cláusula de salvaguardia con eficacia en el campo civil, en el penal y en el administrativo, es por su propia naturaleza un concepto en blanco que la legislación va en

tratarse de actos contrarios al orden público. Siendo ésta la causa de la sanción, habrá de aplicarse el artículo 1.255 del Código civil, que declara que no son válidos los contratos contrarios a las leyes, a la moral o al *orden público*.

El Autor, pasa a examinar en el capítulo cuarto la empresa como sujeto pasivo de los preceptos de la tan repetida Ley; lo que le ofrece ocasión para referirse a la problemática de los conceptos de empresa y de empresario en Derecho mercantil, de sus características y notas principales. En este capítulo se detiene en el estudio de dos cuestiones de extraordinaria importancia práctica: la de la aplicación de la Ley de la Represión de las Prácticas Restrictivas de la competencia a las profesiones liberales, como en el caso de que un Colegio profesional impone a sus miembros determinadas obligaciones o restringe su libre actuación; y la de la aplicación de la Ley a la empresa pública, cuestión que estudia con referencia el Derecho comparado y señalando la dificultad de distinguir en la práctica, cuando se actúa como simple empresa y cuando se procede como órgano de la Administración.

En el capítulo quinto se trata de «los convenios» y de sus modalidades; distinguiendo, como especiales, los convenios verticales, los convenios de exclusiva y los convenios de concentración.

El capítulo sexto está dedicado al estudio de «las decisiones»; lo que se hace refiriéndose primero a los sujetos de ellas, es decir, a las uniones, asociaciones y agrupaciones de empresas; y después trata de las decisiones, de su diferenciación respecto a los convenios, de quienes tienen competencia para dictarlas y de su obligatoriedad.

El último capítulo se consagra al examen de las conductas conscientemente paralelas, concepto impreciso y difícil de definir; el Autor procura hacerlo con un estudio previo del Derecho comparado y después examinando la Ley a la luz de las decisiones del Tribunal para la Defensa de la Competencia.

Puede terminarse esta reseña recogiendo unas autorizadas palabras del Profesor Alberto Bercovitz, en el Prólogo de la obra, quien nos dice: «El libro de Eduardo Galán se refiere, por tanto, a cuestiones que hoy son del máximo interés en el Derecho económico de los países del Mercado Común, lo cual permite presagiar que esos mismos temas han de adquirir una importancia cada vez mayor dentro de nuestro propio ordenamiento. Así, pues, tanto por el tema como por la forma y la profundidad del tratamiento del mismo, es indiscutible que este libro es hoy por hoy, como dije antes, una obra fundamental para el estudio del Derecho protector de la libre competencia en nuestro país» (p. 20).

R.

cada momento conectando. Es la tarea diaria del Estado, la asunción o el rechazo por el mismo de una serie de finalidades cambiantes, la que hace que este concepto por su esencia inmutable tenga un contenido más o menos amplio. La idea del orden público comporta una limitación a la libertad genérica de las particulares, una frontera a las relaciones interprivadas». Terminando esta sección con una frase en la que se dice que «siendo nulos, con nulidad absoluta, los actos contrarios al orden público, aparece claramente irrenunciable toda acción declarativa de dicha nulidad».

GARCIA LOPEZ, Ramón, "Decisiones matrimoniales eclesiásticas. Efectos canónicos en los esposos y en los hijos". Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Pamplona, 1979, 475 págs.

El tema de este libro, como nos dice su título, es el de las decisiones de las autoridades eclesiásticas, en su eficacia respecto de los cónyuges y de los hijos de éstos. Se le estudia, puede decirse, en su anverso y en su reverso; comenzando por éste, para mayor claridad de la exposición. En efecto, se trata primero de los efectos del matrimonio, "comunidad íntima de vida y amor, fundada por Dios y establecida sobre la alianza de los cónyuges, es decir, sobre su consentimiento personal e irrevocable", para ir luego observando el impacto que sobre tales consecuencias habrán de tener las decisiones de las autoridades eclesiásticas en las causas matrimoniales.

El interés de la obra es evidente, y mayor en estos momentos en los que se pone en tela de juicio la familia y el matrimonio, en los que su regulación ha pasado a ser materia de discusión popular y de general curiosidad; importa mucho conocer bien las enseñanzas de la Iglesia y la doctrina de los canonistas, como guía o como contraste de la reforma de la legislación civil. Valor que se acrecienta al haberse cuidado el autor de darnos a conocer las modernas tendencias de la proyectada renovación del Derecho canónico.

El autor no trata del pacto conyugal (matrimonio "in fieri"), sino del matrimonio ya celebrado ("in facto esse") y de su eficacia ("individua vitae consuetudo"); lo que se hace recordando la doctrina de los canonistas y de la jurisprudencia rotal, deteniéndose en la exposición de la tendencia de la legislación canónica en virtud de las indicaciones del Concilio Vaticano II. En primer lugar, de los efectos entre los cónyuges; destacándose lo dicho sobre la potestad marital, que se concibe sobre el principio de "la absoluta igualdad entre los cónyuges" (p. 46), citándose como su mejor descripción la de Di Iorio, que dice ser "una mezcla de amor y subordinación, que reduce casi a la igualdad la desigualdad de los cónyuges" (p. 54). Después, se hace referencia a los efectos del matrimonio respecto a los hijos, a su cuidado y educación; con ocasión de lo cual se advierte la nueva actitud de la doctrina, en la que se pone en cuestión si se debe o no conservar la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos (p. 87).

El examen de la incidencia de las decisiones de las autoridades eclesiásticas en la situación jurídica del matrimonio, está precedido por un breve recuerdo de los modos de ruptura de la vida conyugal, pasando seguidamente al estudio especial de los supuestos de la dispensa de matrimonio rato y no consumado, de sentencia declaratoria de nulidad de matrimonio, de la sentencia o decreto estableciendo la separación del matrimonio, y de las decisiones en las causas de muerte presunta, cuestión esta última de extraordinaria importancia práctica (pp. 245 y sig.).

Un extenso capítulo (pp. 251-314) se dedica a las "vetita" que pueden insertarse en las sentencias de nulidad de matrimonio. La sentencia de nulidad definitiva, pasados diez días, permite que cada uno de los cón-

yuges pueda contraer nuevo matrimonio, si no está impedido para ello por otras razones; más en las dichas sentencias puede añadirse una prohibición de contraer nuevo matrimonio; la que puede consistir en una simple prohibición, que haría el matrimonio ilícito, pero no inválido, o pueda llevar de modo expreso una cláusula irritante e invalidante, que haría que el matrimonio contraído contra tal prohibición fuese nulo. Las "vetita" pueden ser revocadas o suprimidas en aquellos casos en los que haya cesado la causa de la prohibición (p. ej., impotencia física o amencia no perpetua). Para mejor ilustración de esta figura jurídica, desconocida en el Derecho civil, se recogen con detalle las sentencias de la Rota romana en los años 1923-1967, y las fórmulas por ellas utilizadas.

En el capítulo V, bajo el rótulo "Momento en que producen sus efectos las decisiones de las autoridad eclesiástica en materia matrimonial", se trata de la ejecución de tales decisiones, del proceso ejecutivo, de la ejecución provisional y de la cuestión del auxilio del brazo secular en la ejecución de tales sentencias.

El último capítulo está consagrado a la restauración de la vida conyugal; se examinan primero los supuestos anómalos de la restauración de la cohabitación conyugal después de sentencia firme de nulidad y después de la disolución o dispensa "super rato" y a seguido los casos normales de las cohabitación después de la sentencia o decreto de separación. Concluye con unas considreaciones sobre la futura legislación canónica en dicha materia.

Termina el libro con una cuidada "Bibliografía" y un detallado "Índice de autores".

R.

GIULIANO, Mario: «La cooperazione degli Statie e il commercio internazionale», 4.ª ed. Milano, 1978. Editorial Giuffrè. Un volumen de VIII + 322 páginas.

La dedicación de los juristas a las cuestiones económicas, especialmente a los problemas que plantea el dinero con sus cambios y pagos, se ha advertido con mayor intensidad en los internacionalistas, sobre todo en el ámbito de las relaciones privadas. Las ya clásicas obras de Nussbaum, Ascarelli, Mann y Schoo, así como otros muchos autores, nos muestran el interés que las cuestiones alcanzan en las relaciones internacionales y, sobre todo, la necesidad de contar con una reglamentación jurídica para su comercio internacional.

Ahora, con esta acreditadísima obra del ilustre internacionalista italiano, el profesor Giuliano, que llega su cuarta edición, se nos muestra el desarrollo y ámbito que tiene la cooperación económica entre los Estados a través de sus instituciones y organizaciones específicas en cuanto a los cambios y pagos, al exponer el marco jurídico en que se desenvuelven internacional-

mente, en particular, a partir del primer conflicto bélico mundial y, fundamentalmente, desde la segunda guerra mundial hasta nuestros días.

La obra cuenta con cinco amplios capítulos, donde se abordan, en primer lugar, los aspectos generales del Derecho internacional en cuanto a la cooperación entre los Estados en materia económica. Este primer capítulo trata la libertad del Estado en el ejercicio de su control sobre los cambios con el extranjero, respecto a su zona económica (control de cambios), a su mar territorial, a su tránsito inofensivo, así como a los demás medios de transporte por otras vías, a utilizar sus recursos naturales y a desarrollar su propio sistema económico y también a la cooperación con los demás Estados.

El capítulo segundo está dedicado al examen de los cambios internacionales y la cooperación bilateral, donde se concretan las cuestiones respecto a las tasas aduaneras, los orígenes de la cooperación intergubernamental sobre convenios aduaneros (cláusula de la Nación más favorecida), prohibiciones y restricciones sobre los cambios y las relaciones comerciales, especialmente de países con economía planificada.

El capítulo tercero aborda los intercambios internacionales y la cooperación multilateral, cómo nace un acuerdo general, las Naciones Unidas, la cooperación económica europea (del carbón y del acero, del Mercado Común y demás entes de integración económica).

El capítulo cuarto y quinto tratan los mecanismos de los pagos internacionales dentro de una cooperación bilateral o multilateral, respectivamente. Además se examinan las transferencias monetarias, la «nacionalización» de los fenómenos monetarios, la *permutatio pecuniae* como elemento característico de todo pago internacional, la estabilidad de los cambios, el «gold standard», su crisis, los acuerdos bilaterales de «clearing», así como los inconvenientes del sistema bilateral de pagos.

Por último, en cuanto a los pagos internacionales y la cooperación multilateral, presenta la organización del «Fondo Monetario Internacional» y sus finalidades, sus operaciones financieras, la crisis monetaria de 1971 ante la inconvertibilidad del dólar y la reforma del Fondo y de la «Unión Europea de Pagos», en cuanto instituciones internacionales y regionales de cooperación.

La obra supone una magnífica aportación a la información de este especial ámbito económico de las relaciones internacionales, donde su conseguido método expositivo y su brillantez expresiva ofrecen al estudioso de esta materia una contribución estimable y completa.

JOSÉ BONET CORREA

HUALDE SANCHEZ, José Javier, "La adopción del propio hijo natural reconocido". Prólogo del profesor Gabriel García Cantero. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1979. 224 págs.

El párrafo cuarto del artículo 172 del Código civil, modificado por Ley de 4 de julio de 1970, entregó a la consideración de los estudiosos la adopción de los propios hijos naturales. Lo que hizo que en todos los

comentarios a dicha Ley hubiera de tratarse de dicho precepto. El autor del libro reseñado la examina con un detalle y profundidad hasta ahora inigualado y difícilmente superable. Además, contiene datos, sugerencias y comentarios sobre otros extremos de la adopción.

En el prólogo del catedrático don Gabriel García Cantero, se hace la oportuna observación de que la obra que se prologa pueda resultar para algunos "demodé" y se pregunta: "¿Es que todavía va a resultar relevante la categoría de hijo natural? ¿Es que va a ofrecer interés, y por tanto estímulos suficientes para utilizarla en la práctica, la adopción del propio hijo natural?". Interrogantes ineluctables, dado estar ya presentado en el Parlamento un Proyecto de reforma del Derecho de filiación.

Con razón, se aduce en el mismo Prólogo que puede ser que no desaparezca la calificación de hijo natural, como así ocurre en la reciente Ley francesa de 1972, y que entonces, como todavía sucede, y mientras que no cambie nuestro Derecho vigente, serán de tener en cuenta los comentarios de Hualde Sánchez. Además, pueden ser de utilidad "de lege ferenda", para orientar a los redactores de la nueva Ley, sobre el mejor modo de enfocar la cuestión. En fin, las aportaciones sobre Derecho histórico y de Derecho comparado tendrán siempre interés para los juristas y justifican su lectura y estudio, sea cualquiera el futuro sistema jurídico.

Después de una breve Introducción, la obra tiene una primera parte consagrada a "Precedentes históricos". En ella se van estudiando, erudita y detalladamente, la adopción y en especial la adopción de los propios hijos naturales en el Derecho romano, en el movimiento codificador francés y bajo el imperio del Código Napoleón, en la doctrina y también en la jurisprudencia. En la segunda parte o capítulo, bajo el título "La adopción de los propios hijos ilegítimos en el Derecho comparado", se van examinando sucesivamente: el Derecho italiano, del que se recogen las leyes y doctrina sobre la materia, primero durante la vigencia del Código civil de 1865, después según el Código civil de 1942 y, en fin, se trata de la Ley renovando el Derecho de familia, de 8 de marzo de 1975; el Derecho francés se estudia en su evolución después de publicado el Código civil, en las sucesivas reformas de 1923, 1939-1941, 1958, y se recoge la actual regulación francesa de la adopción, que data de la Ley de 11 julio 1966 y de los Decretos de 2 de diciembre del mismo año y 12 enero 1967, con las reformas introducidas por la Ley de 22 diciembre 1976; bajo el epígrafe "Otros Derechos europeos, se trata del Derecho de la República Federal Alemana, del Derecho suizo, del Derecho belga y del Derecho portugués, y, en fin, bajo la rúbrica "Países hispanoamericanos", se hace referencia a los de Argentina, Colombia y Costa Rica.

El último capítulo de la obra, al que se le han dedicado la mitad de las páginas del libro, trata del Derecho español. Comienza recordando su evolución histórica, para pasar al estudio de la vigente Ley de 1970. Respecto de esta Ley, se da cuenta muy detallada de su elaboración. Después, se comentan las disposiciones de dicha Ley, examinando su

ámbito subjetivo y objetivo en general y en la especial problemática de la adopción del propio hijo natural reconocido; dedicando especial atención a los efectos de la adopción, de los no patrimoniales (apellidos, patria potestad, tutela y licencia para el matrimonio) y de los derechos sucesorios, analizando con cuidado y pormenor los artículos 179 y 180 del Código civil.

Termina el libro con una "Bibliografía", en la que puede comprobarse la amplia información sobre la doctrina española y extranjera utilizada por el autor.

R. E. D.

LACRUZ BERDEJO, José Luis: «Manual de Derecho Civil», precedido de una Introducción al Derecho, Barcelona, 1979, 815 págs.

1. Un saber problemático como es el Derecho requiere una reflexión y crítica permanente. Es ésta la tarea diaria del buen profesor que en el diálogo cotidiano con los alumnos —en el aprendizaje conjunto de que repetidamente ha hablado el maestro GARRIGUES— cuenta, entre otros elementos, con el inapreciable apoyo de la obra científica.

Esta obra, en cuanto dirigida a los alumnos, puede agruparse, a mi juicio, en torno a dos grandes polos: el Manual y las Lecciones. El primero, en su significado tradicional, expone problemas y soluciones firmes, más que soluciones originales del autor o cuestiones aparentemente coyunturales. Es obra con pretensión de objetividad, o mejor aún, de neutralidad, de ordinario seca y árida. Las segundas son más personales, evitan la generalización del *status quaestionis* de todos los temas y centran la atención sobre las líneas generales e instituciones de mayor interés (1).

Como consecuencia de ello, los «textos» tradicionales han recibido diversas críticas y en ocasiones diametralmente opuestas; así, el exceso de homogeneidad, la fuerte personalidad del autor que deja en la penumbra opiniones diversas en puntos opinables y el que en el mejor de los casos lo informativo desplaza a lo formativo. «El mejor manual —se ha concluido— podrá no mortificar el espíritu crítico del estudiante; pero es cierto que no lo promoverá» (2).

2. Las insuficiencias e inconvenientes anteriores, cuando han sido llevados a sus extremos, ha dado lugar a los intentos de superar aquellas

(1) Con otras pretensiones y en ocasiones superando las críticas que seguidamente se hacen en el texto aparecen el Tratado, Curso, las Instituciones, las Nociones... Hasta es posible un estudio comparativo entre diversos países. En esta línea OLIVENCIA RUIZ (pensando en la doctrina mercantilista, pero que estimo cabe generalizar), ha escrito: «La técnica alemana del *Lehrbuch* no alcanza el nivel de perfección que ha conseguido la técnica latina en los libros de texto» (en RDM, 1959, núm. 73, pág. 196). Acerca de los manuales italianos, v. SACCO, R., *Il manuale per le matricole*, en Riv. Dir. Civ., 1975, núm. 3; págs. 322-349.

(2) Cfr. MANCINI-ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, Bologna, 1971, págs. 10 ss. y RODOTA, S., *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971.

contrapuestas concepciones. Se ha abierto paso, así, una línea expositiva que no es apologetica —modo tradicional del manual jurídico— ni «neutral», sino valorativa, que explica las contradicciones del sistema cuando existen y que se anticipa a la codificación de la norma, porque la norma está en permanente creación. Un estilo en suma que si abre la duda debe de conducir, a mi juicio, a la creación y no al escepticismo.

3. En esta última perspectiva se sitúa la obra de que damos noticia, fruto de madurez de uno de nuestros mejores civilistas, autor de una importante y continuada obra (3) y creador de una pujante escuela (4). El que sus destinatarios iniciales sean universitarios no juristas —«en particular, aunque no exclusivamente, los estudiantes de Ciencias Económicas, Empresariales y Políticas»— permite y exige del autor no sólo una amena exposición (5), sino el desentrañar la función económica y la mecánica de las instituciones (cfr. a título de ejemplo las de la promesa de venta o del arrendamiento de inmuebles en los países de economía capitalista, en págs. 692 y 699, respectivamente) con una aportación metodológica de indudable valor.

4. La obra se estructura en torno a seis grandes partes, que tratan respectivamente de lo que se suelen considerar los problemas fundamentales de la ciencia del Derecho (su delimitación; las ramas en que se manifiesta; las fuentes y la interpretación, aplicación y eficacia de la norma), «los conceptos generales del Derecho privado», «persona y familia», «derechos reales», «obligaciones» y «herencia».

(3) Limitándonos a las «obras generales» cabe recordar entre las más recientes, junto a la que es objeto de recensión, a los *Elementos de Derecho Civil* (T. I. *Parte general*, Barcelona, 1974; T. II, *Derecho de Obligaciones*. Vol. 1.º: *Parte general. Delito y cuasidelito*, Barcelona, 1977. Vol. 2.º: *Contrato y negocio jurídico «inter vivos»*, Barcelona, 1977. Vol. 3.º: *Contratos y cuasicontratos*, Barcelona, 1979. T. III. *Los Derechos reales*. Vol. 1.º: *Poseción y Propiedad*, Barcelona, 1979. Vol. 2.º: *Derechos reales limitados. Comunidad. Bienes inmateriales*, Barcelona, 1980. Además, junto con F. SANCHEZ REBULLIDA, *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1977; *Derecho de familia*. Vol. 1.º: *Matrimonio*, Barcelona, 1978. Vol. 2.º: *Filiación y tutela*, Barcelona, 1975, y *Derecho de sucesiones*. Vol. 1.º: *Parte general y sucesión voluntaria*, Barcelona, 1976. Vol. 2.º: *Sucesiones legales*, Barcelona, 1973.

(4) Forman parte de la misma SANCHEZ REBULLIDA, F., catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Navarra; LUNA SERRANO, A., catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Barcelona; DELGADO ECHEVARRÍA, J., profesor agregado de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, y RIVERO, F., profesor agregado de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

(5) En tal sentido, escribe a propósito de los préstamos: «Según el artículo 1.755, no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado. Con todo, el préstamo mutuo suele ser retribuido: el único préstamo sin interés que queda hoy es el clásico «sablazo» (cuya condición de préstamo es muchas veces discutible, por falta de ánimo de recuperar y de intención de restituir), o el mutuo entre familiares o entre amigos muy íntimos (que frecuentemente dejan de serlo desde entonces)... Los intereses no siempre han tenido buena prensa. El Derecho canónico los prohibió, por considerarlos pecaminosos, quedando la profesión de prestamista «a usuras» (sin ellas no es una profesión, sino una desgracia) para los judíos...» (pág. 719).

Resulta claro que no es posible ofrecer una síntesis de lo que es en sí síntesis de «saber» y «problemas». No obstante ello, conviene dejar constancia de la originalidad o firmeza de argumentos con que se expone o defiende el punto de vista del autor (aun cuando en ocasiones haya sido adelantado en otros trabajos) sobre cuestiones siempre de interés como las siguientes, espigadas entre otras muchas: la irrelevancia de la *opinio iuris* para la calificación de los usos (pág. 68), su defensa, en materia de interpretación, de la «voluntas legislatoris» —y no de la «voluntas legis»—, entendida como medio de conservar el efecto práctico esencial de la norma, dejando pues en el precepto «sólo una jerarquía de fines o la solución de un conflicto de intereses» (pág. 80), las nuevas perspectivas abiertas a los Derechos civiles históricos tras la Constitución (pág. 121), los problemas que surgen de las asociaciones sin personalidad y de los fondos de suscripción (pág. 205), la progresista interpretación que hace del art. 108 C. c., en materia de demostración de la no paternidad, la defensa del criterio del *numerus clausus* en orden a nuevos derechos reales (pág. 288), la perspectiva de la impronta de normas de Derecho público (más adelante estudiará los contratos administrativos: págs. 668 ss.) en materia de límites y limitaciones de la propiedad, propiedad urbana y propiedad rústica y en otras propiedades especiales (en las que sintetiza aportaciones de GARCÍA DE ENTERRÍA, MARTÍN MATEO, MARTÍN BLANCO y GUAITA), «propiedades» cuya importancia y existencia no excluyen que continúe teniendo sentido un concepto unitario —quizá residual, pensamos nosotros— de propiedad (págs. 350-351); su interpretación acerca del significado del otorgamiento de la escritura respecto de la tradición (art. 1.462-2.º C. c.), que en su opinión, más que suplir ésta, viene a sustituirla («la escritura sustituye a la entrega... con lo que no es exigible, para la transmisión de la propiedad, que el transferente tenga la cosa en su poder —mediata o inmediatamente— al prescindirse del todo de la entrega de la cosa, sustituida ahora por la escritura pública como modo transmisivo distinto y equivalente», pág. 321); la correcta delimitación de la obligación (distinguiéndola del deber jurídico y de la carga); el relieve que da al significado de la categoría genérica del contrato (pág. 463) o al error acerca de la normativa del mismo (pág. 89); las distinciones que hace ante cuestión tan compleja como el «sobresimiento» distinguiendo entre iliquidez, insolvencia y ruina (pág. 559) o el estudio que hace del Derecho de familia (con particular invocación a las aportaciones de SANCHEO REBULLIDA en materia de institución matrimonial), donde junto a las situaciones legales analiza con particular cuidado las de hecho (págs. 213-217).

5. Si la obra sería merecedora de reconocimiento por el esfuerzo de síntesis que representa, lo es más, a mi juicio, por la renovación metodológica que supone, no sólo a nivel de exposición, sino sobre todo de técnica interpretativa, lo que hace que la aparición y el significado de la obra trascienda a su inicial destino.

En esta línea cabe destacar los siguientes aspectos:

a) La preocupación por aprehender la tipología de la realidad y las necesidades del moderno tráfico. Se destaca así cómo surge un Derecho «práctico», que raya en ocasiones en el fraude a la ley (v. en particular pá-

ginas 90 y 97) —y que a veces es «no Derecho», como demostró CARBONNIER— o que desemboca en el extendido fenómeno de la atipicidad de los contratos —o en terminología de JORDANO los contratos con tipicidad social—. Pero ello no le hace olvidar cuestiones tradicionales (así, advierte, tiene sentido estudiar la cuestión de la potestad doméstica de la mujer casada y no la del hombre casado, pág. 231). Con todo nos parece que el autor es sensible a un Derecho civil codificado, el interpretado y el que se está formando; de aquí que en su exposición las nuevas realidades primen, según creo, sobre los antecedentes históricos de las instituciones (cuyo último significado trata siempre de puntualizar) y así contemple la permuta en una importante aplicación práctica hoy como es «la transferencia de un solar edificable a cambio de pisos o locales en el edificio a construir sobre aquél» (pág. 695) o el arrendamiento a través del leasing (pág. 699).

b) La preocupación por el significado último de las instituciones. En tal sentido cabe destacar la excelente síntesis sobre el desarrollo histórico de la propiedad (págs. 342 ss.), la función de la posesión (págs. 291 ss.) o de la libertad de testar (págs. 782 ss.). En la misma línea cabe situar la crítica que formula a la legislación arrendaticia urbana (págs. 702, 703 y 708).

c) La convicción de la misión moral que compete al Derecho, como «realización de unos valores de justicia» (págs. 10-12). De aquí que subraye el «carácter de leonino» que puede tener la cláusula de reserva de dominio (pág. 694) o critique la solución dada por el C. c. a la aportación del socio industrial (pág. 725) o defienda la familia (pág. 217), sin desconocer sus problemas actuales, como antes se ha dicho. El autor no rehúye, pues, una definición ideológica que se encuadra en una raíz profundamente cristiana.

d) La valoración de la Constitución (págs. 32 ss.), en cuanto innova cualitativamente en el orden jurídico y hacia la que se desplazan los principios directivos del ordenamiento y las últimas garantías jurídicas. Ello requiere superar los códigos (sin mengua del juicio favorable que le merece el Código civil frente a la crítica que formula a los apedazamientos posteriores faltos de técnica, *ibi*, págs. 103-104) y las leyes especiales, en la búsqueda de aquellos principios directivos. Para ello, el autor tiene en cuenta los proyectos legislativos en curso y siempre una jurisprudencia expuesta según el método del caso, y a la que en ocasiones critica con justicia (así, en la materia de la negación de la repetición de lo dado por causa torpe, páginas 682-683).

e) Una plena superación de la distinción entre Derecho público y Derecho privado (tradicionalmente mantenida teniendo en cuenta los intereses en juego, lo que se traducía en diferentes técnicas —liberal o autoritaria—, según se tratase de una regulación conforme a Derecho privado o al Derecho público) para desembocar en un Derecho privado del tráfico (las referencias del C. de c. son frecuentes).

f) La convicción de los límites del Derecho, sin llegar a su desmitificación. En esta línea, junto a la alusión a la tradicional tensión seguridad jurídica-seguridad del tráfico (pág. 305) o a la puesta de relieve de la disar-

monía del teórico sistema (págs. 722-723, a propósito de la copropiedad que está en la base de la sociedad civil), el autor destaca el alcance y significado de la argumentación jurídica (pág. 83) y la importancia de asegurar el ejercicio de los derechos (págs. 149 ss.), con una implícita conexión derecho-acción.

6. La obra supone en suma toda una renovación del contenido y sentido del Derecho civil (a cuyos problemas alude, pág. 103), que el profesor LACRUZ no sólo profesa formalmente, sino que vive en la docencia y práctica diaria; mas supone una constante preocupación metodológica. Todo ello ha de ser motivo de reflexión para el jurista en general y el mercantilista en particular.

JESÚS BLANCO CAMPAÑA

LOPEZ AYALA, Manuel, "Cuestiones de competencia". Editorial Montecorvo, Madrid, 1979, 305 págs.

El libro reseñado habrá de interesar especialmente a los profesionales dedicados a la práctica del Derecho. Su autor, que fuera magistrado y después abogado en ejercicio (1), puede ser consejero y guía segura para los letrados que hayan de iniciar un pleito.

Estamos ante una obra típica de Derecho procesal, pero ella habrá de interesar también al especialista en Derecho privado, ya que siempre, como cuestión previa inevitable para decidir una cuestión de competencia, habrá de ser calificada la acción que se ejercita, pues en su base se determinará el Juzgado competente. Conexión entre la naturaleza de la acción y el hecho indicador de la competencia, que impone al autor ocuparse de cuestiones extrañas al Derecho procesal, y el que examine, interprete y dé consejos sobre la interpretación y aplicación de normas civiles.

La problemática concreta de las cuestiones de competencia, título de la obra, se estudia en el capítulo XXVII, con el comentario de los artículos 72 al 115 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; siendo de especial interés las consideraciones hechas en torno al artículo 92 de la Ley, y al supuesto en que no se da lugar a contiendas de competencia. Antes de dicho capítulo, con el que se cierra la obra, se trata de las competencias en general y de los distintos supuestos de competencia, conforme a la materia de la contienda. Sobre los hechos que determinan la competencia, se examinan los tipos de domicilio; respecto al domicilio de la mujer casada se critica la "discriminación machista" del párrafo primero del artículo 64 de la Ley rituarial y se trata de su concordancia con el artículo 58 del Código civil, reformado en 1975. En esta parte, se echa de menos una consideración del concepto de domicilio, de la residencia y del domicilio de hecho en relación al domicilio legal; también se nota

(1) La obra, se nos dice, es fundamentalmente la que obtuviera el premio "Juan Such", instituido por el Colegio de Abogados de Málaga, ahora completada y puesta al día.

la falta de referencia al tratarse de la "prorrogatio fori", de aquellos casos en que el uso de éste se encuentra limitado o no está permitido, y todavía el que no se trate de los supuestos en que la demanda haya de presentarse directamente a la Audiencia (2).

Completa la obra una serie de formularios respecto a la declinatoria y a la inhibitoria, que han de ser de gran utilidad a quienes comiencen el ejercicio de la abogacía. Ofrece también un Índice de las sentencias del Tribunal Supremo y Audiencias citadas, ordenadas por materias. En el Sumario hay una referencia a "Alusiones a otros autores realizadas en este libro", citando la pág. 304; pero en la que el lector sólo encuentra la continuación de la lista de sentencias citadas.

R.

SUSTAETA ELUSTIZA, Angel: «Propiedad y urbanismo». (Lo urbanístico como límite del Derecho de propiedad). Prólogo del profesor Manuel Gitrama González. Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1978, 497 págs.

El movimiento codificador que se iniciara con la Revolución francesa. limpia la institución de la propiedad de la tupida e intrincada maraña de adherencias, vínculos y limitaciones que se le habían acumulado desde la Edad Media. En los últimos años, el absoluto Derecho de la propiedad, en dirección contraria, ha venido a relativizarse, a medida que viene creciendo el poder de esos nuevos señores feudales que ocultamente manejan la fuerza siempre en crecimiento de la Administración.

El autor, formado en el estudio del Derecho privado, colaborador en la docencia iuscivilista, como se nos informa en el Prólogo, redactado por el catedrático de Derecho civil, don Manuel Gitrama, considera el Derecho urbanístico no como una manifestación normal de la potestad administrativa, sino como un problema, del que surge una colisión en el ejercicio del Derecho de propiedad del suelo entre lo público y lo privado, entre lo comunitario y lo individual (pág. 18). Planteando estas preguntas: «¿Hasta qué punto y de qué forma puede ser la propiedad limitada en aras del interés social? ¿Dónde empieza y dónde acaba este interés para que sirva de base a las limitaciones que se fijan para la misma?» (pág. 19). Enfoque de las cuestiones, que hace hayan de ser consideradas con el interés que ellas merecen.

(2) A la detallada serie de supuestos contemplados por el autor, puede añadirse el de la cuestión de competencia planteada en ejecución de sentencia. El Tribunal Supremo ha tenido que decidir el caso de una cuestión de competencia alegada oportunamente por inhibitoria, que por retraso injustificado del órgano judicial ante el que se plantea, llega ante el Juzgado requerido después de dictada sentencia de remate. El Tribunal Supremo, por Sentencia de 29 de noviembre de 1979, hubo de declarar competente al Juzgado que planteara la cuestión, advirtiéndole que en lo sucesivo no demore la tramitación de las inhibitorias. Lo que importaba especialmente en el caso, por la brevedad de los plazos fijados por la ley para la oposición al juicio ejecutivo.

La obra examinada comienza tratando de fijar conceptos. Ante todo el de «lo urbanístico» que ha dejado de ser el que se puede llamar «urbanismo-calle», hasta pasar a pretender, nada menos, que ocuparse de la ordenación del territorio nacional. Después de referirse al concepto doctrinal, legal y jurisprudencial del urbanismo, se hace una reflexión digna de ser destacada. «El urbanismo en el que es consustancial el «tejer y destejer», cual tela de Penélope, no admite descanso, pero tampoco improvisación de la naturaleza que fuese; son los intereses de la comunidad los que tiene que resolver, pero teniendo en cuenta que ésta a su vez se compone de individuos y familias dignas de protección en sus respectivas esferas» (p. 41).

El capítulo segundo trata del Derecho de la propiedad, recogiendo opiniones de autores, datos históricos y de Derecho comparado, tendencias, crisis y diversas concepciones sobre la misma.

El siguiente capítulo, sobre puesta en relación de lo urbanístico y el Derecho de propiedad, se refiere a los sistemas francés, italiano, alemán e inglés.

Bajo el epígrafe «Ensamble de lo jurídico con las realidades sociales», se considera el suelo como objeto del Derecho, en dos aspectos fundamentales: el del posible uso antisocial del suelo por parte del propietario, condenable como abuso del derecho y el de la «publicización» del Derecho o socialización del suelo, que especialmente ha sido consagrada en la Ley del Suelo. Tendencia invasora de la Administración, esta última, que el autor comenta diciendo: «Un Estado de Derecho como el nuestro exige una agilidad en el actuar, pero responsabilizada a todo nivel, sin diferencias en cuanto al infractor y con posibilidad y facilidad de exigencia por parte del lesionado por aquél» (pág. 148). Termina este capítulo cuarto con una referencia a dos elementos que acrecientan el valor del suelo: el asustante crecimiento de la población humana y el llamado «colosalismo» en las construcciones urbanas.

Como complemento del estudio del suelo se considera su proyección en el vuelo y en el subsuelo y su posibilidad de separación en las figuras del Derecho de superficie, con especial consideración del artículo 17 de la Ley del Suelo, de la enfiteusis y otros censos, del Derecho de elevación y de la propiedad horizontal, concluyendo con una referencia a lo que llama propiedad «volumétrica» o propiedad vertical.

Como es debido, se consagra una muy especial atención al Plan de Ordenación, como principio básico del llamado Derecho urbanístico. Su eficacia se define diciendo que, aprobado el Plan definitivamente, merece la calificación de ser un acto administrativo general, productor de normas jurídicas objetivas (pág. 219). Del estudio realizado puede destacarse la advertencia, implícitamente hecha, respecto a los resultados antijurídicos que en la práctica producen o pueden producir los Planes, en virtud de las facultades omnímodas que ellos otorgan a los municipios y a determinados órganos del Estado, siempre a costa de la seguridad jurídica y, en ocasiones, de las exigencias de la justicia. En especial pueden destacarse las siguientes observaciones:

Conforme a la Ley del Suelo, los Planes, Normas complementarias y Subsidiarias, Programas de Actuación Urbanística, Estudios de Detalle, pro-

yectos, normas, ordenanzas y catálogos serán inmediatamente ejecutivos, una vez publicada su aprobación definitiva (art. 56), y la aprobación de los Planes de ordenación urbana y de polígonos de expropiación implicará la declaración de utilidad pública de las obras y la necesidad de ocupación de los terrenos y edificios correspondientes a los fines de expropiación o imposición de servidumbres (art. 64). A consecuencia de este efecto general e inmediato del Plan, la protección creada en favor del adquirente de buena fe por el Registro de la Propiedad desaparece, y «menguada quedará la persona» que adquiera un bien afectado creyéndose amparado por el Registro, teniendo únicamente a su favor la sanción a que se refiere el artículo 62,4 de la Ley del Suelo (pág. 234). Careciendo de relevancia que el adquirente no tenga conocimiento de las circunstancias creadas por el Plan, en razón de que el conocimiento se le impone «ex lege», por la ficción de ser declarados «públicos» los Planes y proyectos (pág. 236).

Además, la variabilidad del Plan hace que «la propiedad de los inmuebles esté siempre pendiente de la espada de Damocles de un cambio de Plan: un edificio ajustado al ordenamiento puede quedar mañana fuera de ordenación». De modo que «el edificio de la Telefónica puede convertirse mañana en zona verde, y no tener la Compañía derecho a indemnización», ejemplo recogido de Pastor Ridruejo (Félix) por el autor (pág. 240). Además, los edificios e instalaciones erigidos con anterioridad a la aprobación del Plan, quedan «congelados» mientras no se les aplique el Plan, sin poder realizarse obras en ellos (art. 60 L. S.) (1).

La publicidad de los Planes, mínima garantía para el derecho de los ciudadanos, es notoriamente insuficiente; es verdad que se dispone que sean públicos y que cualquier persona podrá consultarlos e informarse de los mismos en el Ayuntamiento del término a que se refiere (art. 55 L. S.); pero la tal publicidad es tan sólo informativa, sin vincular a la Corporación Municipal informante, con lo que «el administrado corre el riesgo de ser víctima propiciatoria de la errónea información recibida, sufriendo en su patrimonio los errores ajenos de no difícil producción, dada la proliferación de planes, proyectos y ordenanzas que hacen más interesante esta expedición, calificada de 'detectivesca' por algún autor» (pág. 244).

La Ley del Suelo dispone que la ejecución de los polígonos establecidos en el Plan se realizará por los sistemas de compensación, cooperación o expropiación (art. 119), a elección discrecional del Ayuntamiento. Facultad que se comenta recogiendo esta frase de González Pérez, quien nos dice que la doctrina «estima que en justicia y buena lógica no sea ello admisible, al menos en los países en que todavía (y esperamos que por mucho tiempo) creemos en los principios de libertad, respecto a la propiedad y subsidiariedad de la intervención pública; pues bien, tales principios resultan abiertamente vulnerables por el alegre empleo de la potestad expropiatoria» (páginas 246-247).

El libro reseñado prosigue considerando los límites y limitaciones «urbanísticas» del Derecho de propiedad, especialmente respecto del «jus aedifi-

(1) Para no hacer más extensa todavía esta reseña, me permito a remitirme a lo que el autor dice en págs. 252-253, 262, 267-268.

candi» (capítulo VII), de las clases y limitaciones urbanísticas de la propiedad del suelo (capítulo VIII) y de dichas limitaciones de índole objetivas (capítulo IX). Cierra la obra el capítulo X, que bajo el epígrafe «Seguridad jurídica y urbanismo», estudia la normativa jurídica en este respecto y llama la atención sobre la resultante falta de seguridad jurídica de las titularidades sobre inmuebles y de seguridad del tráfico sobre dichos bienes (2).

El lector de esta reseña habrá visto especialmente destacadas las observaciones del autor sobre «la desconsideración» con la que la Ley del Suelo trata a la propiedad. Ha parecido justo y oportuno el subrayarlas, pues es muy de apreciar una postura crítica respecto al llamado Derecho urbanístico.

La Ley del Suelo ha sido objeto de encendidos elogios. Los merecería si hubieran de tenerse en cuenta sólo los buenos propósitos. Desgraciadamente se articula sobre una base utópica, sin tener en cuenta la realidad social. Su principal error consiste en haber atribuido poderes discrecionales a unas personas (políticos, técnicos, funcionarios), para que manejen ingentes intereses económicos; poderes que no están sometidos a un efectivo control y cuyo mal uso no se sanciona adecuadamente. De modo que ha podido decirse, no sin motivos, que los Planes crean a menudo cotos reservados de caza a beneficio de financieras, constructoras y urbanizadoras.

La ideología planificadora, aun la que no sirve intereses bastardos, puede llevar a conculcar derechos humanos, atentando a la propiedad, a la paz y tranquilidad de la persona, a la estabilidad del domicilio o al arraigo de la explotación familiar. Valores que todavía hoy han podido estimarse superiores a la revaloración económica, como pudo verse en el movimiento popular que se conociera como «la guerra de los hotelitos».

R. E. D.

(2) Pueden consultarse págs. 417-418, 424, 426-431, 435, 439, 445, 448, 452, 455-456 y 460.

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José Ramón Antón Riesco

CRISTOBAL MONTES, Angel: «Ideas generales sobre la sucesión contractual aragonesa». R. D. P. Noviembre 1978, págs. 957 a 968.

A través de cinco grandes apartados se nos lleva a tener una idea de esta institución y sus peculiaridades dentro del Derecho aragonés.

En efecto, tras unas consideraciones preliminares, se adentra el autor en la institución propiamente dicha, sigue con la configuración del supuesto en la codificación del Derecho aragonés, nos hace una génesis del artículo 99 de la compilación y concluye con un examen de los pactos sucesorios permitidos. En la primera parte de este estudio, se centra principalmente en consideraciones de tipo doctrinal que abarcan desde la propia permisibilidad de la figura de la sucesión contractual, pasando por los tipos de códigos que admiten la figura, hasta los tipos de códigos que la repudian como nuestro Código civil, no sin antes detenerse en la evolución histórica de la misma, desde la época del Derecho romano de Justiniano hasta los derechos modernos de nuestros días.

En la parte segunda del trabajo se dedica a configurar y matizar las diferencias entre el Código civil y los distintos derechos forales españoles, a base de las consideraciones sociológicas de unos y otros, que implican la necesidad de la diferente regulación, marcando de modo solemne la opinión de Roca Sastre sobre la institución y las ventajas que la misma comporta desde este punto de vista.

No deja de citar tampoco la opinión de otros autores que se han referido a la institución como Lacruz Berdejo, Castán Vázquez, Martín Ballesteros e incluso la opinión de Gil Bergés en la exposición de Motivos del viejo Apéndice de Aragón en el Proyecto de 1904.

En lo tocante a la codificación del Derecho aragonés se examinan, entre otros, el proyecto de Apéndice de 1889, el de 1904 antes citado en cuanto se recoge la opinión de su mentor, el texto del artículo 34 del apéndice de 1925, no mostrándose partidario de la opinión de Pelayo Hore sobre la materia, en cuanto afirma que la sucesión contractual nunca tuvo en Aragón vida propia, sino dependiente del matrimonio, reflejada en capitulaciones e integrando, por tanto la materia de la sociedad conyugal paccionada. La génesis del actual artículo 99 se encuentra en el anteproyecto de compilación, en su artículo 55. El autor en este punto nos relata con sucinta y clara exposición las diferentes fases, estudios y vicisitudes por las que el citado precepto hubo de pasar con toda la gama de enmiendas a favor y en contra del mismo.

Finalmente, se estudian por el profesor Cristóbal Montes los diferentes pactos permitidos por el Derecho sucesorio aragonés, distinguiendo toda la amplia gama de figuras que van desde el heredamiento más o menos perfectamente configurado hasta el contrato de institución o el de renun-

cia, no sin antes examinar propiamente los del propio articulado 99, relativos a los que con carácter personalísimo se convengan, etc.

ROCA GUILLAMON, Juan: «Notas sobre los artículos 45-50 del Código civil».
R. D. P. Noviembre 1978, págs. 969 y ss.

La justificación del tema viene impuesta por la nueva regulación dada al artículo 1.315 del Código civil, debido a que deja abierta la posibilidad de que los cónyuges puedan otorgar o, en su caso, modificar capitulaciones matrimoniales, con posterioridad a la celebración del matrimonio.

A juicio del autor puede surgir un problema fáctico debido a que el sistema de los artículos 45-50, considerado generalmente como sancionador, si su efectividad pudiera ser eludida, si los esposos al amparo del nuevo 1.315, pactaran un nuevo régimen matrimonial distinto al de separación de bienes distinto al que se impone si se ha contraído matrimonio contraviniendo las prohibiciones del artículo 45.

La licencia familiar ha sido considerada siempre como presupuesto del matrimonio de menores juntamente con el deber de pedir consejo que fue suprimido en la reforma de 24 de abril de 1958, si bien a la promulgación del código únicamente tenía como sanción la de tipo penal, pero nunca la de índole civil.

El apartado III, titulado «Las bases ideológicas del requisito de la licencia familiar para contraer matrimonio», lleva al autor a una serie de disquisiciones de tipo sociológico que sirven para aderezar desde este punto de vista, la postura de su tesis y para dar o mejor dicho tratar de dar una visión realista del problema. Los orígenes históricos de la normativa del código son estudiados a continuación, dando una iluminada visión del problema que nos acerca a una mejor comprensión del mismo.

Cita como dato curioso el que hasta las leyes de Toro, el requisito del consentimiento estuvo dedicado a la mujer con excepción del Fuero de Daroca, existiendo en este punto un paralelismo con la legislación francesa. Enumera en este punto otra serie de cuerpos legales como el Fuero Real, la Pragmática de Carlos III, el Proyecto de 1851, y la ley de 20 de junio de 1862, llamada del disenso paterno, lo cual hace que hasta nuestros días este sistema sea considerado como sanción, lo cual hace decir al autor que es una cosa curiosa de que un régimen igual haga sentirse orgullosos a los catalanes.

Da el autor una serie de conclusiones personales sobre la materia objeto de este estudio y en relación para cada uno de los supuestos y termina dando su idea sobre el régimen de publicidad que corresponde al sistema pactado, que a juicio del mismo será el de la indicación hecha al margen de la inscripción del matrimonio.

NOVALDOS Y PEREZ-ACEVEDO, Manuel: «Fuentes materiales como elementos integradores de la ley». R. D. P. Diciembre 1978, págs. 1056-A y ss.

Dividido el estudio en tres grandes apartados, se dedica a dar una visión bastante completa de cada uno de los temas y capítulos en que el mismo se divide. Así se dedica una primera parte a examinar los principios generales del Derecho, partiendo en primer lugar de la exposición de motivos del decreto que da lugar a la nueva redacción del título preliminar del Código civil. Afirma que los principios generales del Derecho son tomados como fuente subsidiaria de segundo grado, recogiendo las opiniones de los autores más admitidos por la doctrina jurídica patria, como son Castro, Albaladejo, Puig Peña, Díez-Picazo y estableciendo tres grandes grupos, de principios generales: 1) Principios jurídicos por una decisión general legislativa de ultravalidez de leyes anteriores definidoras de los mismos. 2) Principios generales del Derecho reconocidos y formulados por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en su misión especial de verificar la fijación de los mismos, y 3) Principios generales del Derecho no incorporados todavía al ordenamiento jurídico.

La segunda parte del trabajo se dedica al examen y estudio de la analogía, lo cual hace que se divida en cinco apartados que tratan de dar un concepto, el alcance y significación del tema, las funciones que realiza la analogía, el examen de la figura concretamente en relación con el Derecho español y las conclusiones personales del autor en relación con el tema. Acaso los apartados más interesantes sean desde el punto de vista práctico el del alcance y significación, así como el de las funciones que la analogía realiza. Por lo tocante al primero hemos de decir que es necesario para que se pueda aplicar la analogía que se trate de un caso no previsto en la ley ni en la costumbre y además que entre el caso previsto y el no previsto haya identidad sustancial a los efectos de la regla o principio que se trate de aplicar.

Por lo que se refiere a las funciones que realiza la analogía se encuentran enmarcadas dentro de una clasificación cuatripartita constituida por el completamiento del orden jurídico, el descubrimiento de la plena forma del Derecho, la integración del Derecho y el método de la construcción jurídica.

Finalmente, por lo que atañe a la equidad, después de dar un concepto doctrinal propio del autor, se dedica a enumerar los supuestos en que la misma se menciona en el Derecho español, así como los casos en que la jurisprudencia lo admite, señalar a continuación la función propia de la misma, establecer y examinar las cuestiones doctrinales en torno a ella y concluir el estudio y el trabajo con el examen de las conclusiones desde el punto de vista personal.

ALGIBEZ CORTES, José Luis: «*Algunas consideraciones en torno al concepto jurídico de los APAS*». R. D. P. Diciembre 1978, págs. 1068-A y ss.

En realidad lo que se trata de decir con las siglas del título es las AGRUPACIONES DE PRODUCTOS AGRARIOS que como una de las más importantes medidas ha sido recogida por la Ley de 22 de julio de 1972, para el fomento de la agricultura asociativa.

El autor manifiesta que se echa de menos en nuestro Derecho la falta de una norma que regule la agricultura asociativa con todas sus consecuencias, lo cual agrava aún más el problema de la agricultura en nuestra patria. El problema de la presente ley es que regula estas figuras como una parte del todo y con carácter sectorial y parece más bien una ley de carácter administrativo o fiscal que una norma tratando de regular la agricultura de grupo.

La definición que da la ley es muy corta y limitada y se refiere a los productores agrarios agrupados en alguna forma asociativa, pero este concepto y su encuadramiento dentro de la Organización sindical con todo el campo legislativo que se ha desarrollado en España ha quedado profunda y ampliamente rebasado. Se ha recogido además el término de productor agrario dejando de lado otros como el de agricultor, empresario o cultivador directo que tienen más sentido en el propio Derecho agrario.

En cuanto a la estructura asociativa, el autor hace suya la clasificación de Sanz Jarque recogiendo las sociedades civiles, las comunidades de bienes, las sociedades mercantiles agrarias, las asociaciones de empresas, la acción concertada con la administración para fines concretos, las agrupaciones sindicales de naturaleza agraria y las aparcerías múltiples; sin embargo echamos de menos la tipología llevada a cabo por Lucas Fernández, que estimamos más completa que la anteriormente enumerada y desarrollada.

Los fines de la agrupación u objetivos que persiguen estas figuras un tanto desconocidas por los legisladores posteriores se centran principalmente en la concentración de la oferta, la tipificación, concebida como la clasificación de la producción en grupos o lotes, según la normalización establecida por norma legal o práctica comercial, y la gestión de venta. Se especifica igualmente que las APAS podrán realizar en común cualquier otro servicio de comercialización y transformación de los productos agrarios regulados.

SAPENA TOMAS, Joaquín, CERDA BANULS, Jerónimo, y GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «*Las garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores*». R. D. N., núm. XCII. Abril-junio 1976, págs. 67 y ss.

El presente estudio es la ponencia presentada por el notariado español al tema 3.º del XIII Congreso Internacional del Notariado Latino.

Es una plasmación práctica de los conocimientos de una profesión en los que se combinan teoría y práctica que dan como resultado este mag-

nífico y documentado trabajo que sirve para dar una muestra más de la competencia y autoridad de un cuerpo que tantas muestras viene dando de ello a lo largo del tiempo.

Consta el trabajo de siete grandes apartados con unas conclusiones finales, en las que se revela la serie de posibles actuaciones ante una materia y una problemática que son vitales en todo el mundo, pues la vivienda es uno de los temas más controvertidos en los momentos actuales.

Acaso, uno de los apartados más importantes es el que los autores dedican a examinar los diversos supuestos de las diversas figuras jurídicas que dan origen a la construcción y creación de toda la casuística moderna.

Se enumera de esta suerte, las siguientes figuras: la construcción para la venta, el caso del falso promotor, la construcción en comunidad, el promotor de comunidades, la falsa comunidad, la cesión del suelo para vivienda, la sociedad para la construcción, las cooperativas de viviendas; a continuación se realiza un estudio detallado de los peligros y garantías que abarcan no sólo el examen de los peligros materiales, sino también los daños jurídicos y las garantías más importantes que pueden adoptarse ante las diversas situaciones que se creen.

Las garantías se dividen a su vez en dos grandes grupos: las reales y las legales, así como al final se realiza una enumeración de las garantías notariales, entendiéndose por ellas la actuación del notario a través de los distintos casos y diversas actuaciones, aludiendo a la imparcialidad, la justicia, el deber inexcusable de consejo y la propia responsabilidad del notario, así como a su responsabilidad.

Entre las garantías reales examinan dos grandes apartados que son el Derecho real y el título de adquisición y la configuración urbanística.

Por lo que atañe a las garantías legales se estudian la configuración jurídica del contrato, la problemática del Código civil a través del mismo y los aspectos registrales del supuesto, todo ello en cuanto se refiere a la venta de pisos en construcción, como asimismo se estudian las garantías de la Ley de 27 de julio de 1968, concluyendo este apartado con la compra-venta de piso en edificio terminado y el examen de las leyes protectoras de la construcción.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: «La función del notariado y la seguridad jurídica». R. D. N., núm. XCII. Abril-junio 1976, págs. 203 y ss.

Conferencia pronunciada por el autor en Rosario. Es en síntesis una opinión personal del maestro del Derecho, que como él mismo dice en la introducción, es un repaso de unas cuantas ideas generales de lo que históricamente a su juicio, es el Notariado Latino y que debe servir para buscar las bases firmes que han de resolver la problemática que, con ligeras diferencias y matices, se viven en esta época tan repleta de novedades y tan acelerada.

Comienza Vallet planteando la pregunta de ¿qué caracteriza al notario latino? Y partiendo de la función, afirma que ésta tiene dos vertientes, una autenticadora y la otra conformadora.

La segunda parte de este trabajo se dedica a estudiar la educación y formación del notario. Afirma que la educación del notario tiene que ser la precisa para ser un buen artesano del Derecho en nuestra tarea, es decir, en aquel aspecto del arte de lo justo que constituye la función de traducción y configuración jurídicas.

En consecuencia, y ello es lo más importante, el Notario, en cuanto tal, debe conocer las leyes de la naturaleza y las leyes humanas.

El notario se halla inserto, además, en una sociedad y en un Estado. De la formación y desarrollo histórico del notariado se deduce el deber de imparcialidad y que además de todo ello sea un jurista. Esto constituye a su juicio uno de los caracteres claves del notariado latino, basado principalmente en una concepción biológica de la sociedad, contrapuesta a toda concepción mecanicista.

La seguridad jurídica, soporte imprescindible de la justicia, presenta dos caras, una atiende al aspecto dinámico de toda vida contractual y la otra cuida de las situaciones estáticas. La función engarza la doble finalidad de salvaguardar armónicamente la seguridad jurídica, en sus aspectos dinámico y estático. La función del notario debe precaver la seguridad jurídica, así como igualmente el lado dinámico de la seguridad jurídica es de nuestra responsabilidad.

Finalmente, en cuanto a la función social de los notarios y los problemas de la prioridad, Vallet manifiesta que los notarios representan un sistema de artesanía jurídica, que consiste en guiar, vigilar y conducir el negocio del principio al fin. Una de las cualidades fundamentales, para ello necesarias, es el aguzado sentido de la justicia respecto de cuanto en concreto corresponde a nuestra función. Su sentimiento ha de regir nuestro arte.

SANS URANGA, Francisco: «La nueva importancia del artículo 811 del Código civil». R.D.N., núm. XCII. Abril-junio 1976, págs. 379 y ss.

La ley de 2 de mayo de 1975 que no modificó para nada el artículo 811 del Código civil, ha modificado, sin embargo, otros artículos que están íntimamente ligados con aquéllos, como el 1.315 y el 1.320. Se puede pensar que estas modificaciones han sido consecuencia de un giro muy español, que han variado de blanco a negro y de norte a sur y que se ha esfumado un fantasmón histórico bimilenario, la prohibición de mudar el régimen económico-matrimonial que en los últimos siglos había impuesto su dominio en los dos tercios de España, la del Sur, aunque nunca había sido totalmente admitida en el tercio restante, el del Norte.

Tras este drástico cambio legislativo, la facultad de pactar que concedía desde 1889 el artículo 831, puede ejercitarse antes del matrimonio o durante el mismo.

Esto es muy importante, pues se amplían enormemente las posibilidades de aplicación del precepto. Dice igualmente el autor que este precepto, a pesar de tener buena prensa en la doctrina, sin embargo, era de muy escasa aplicación práctica.

Enumera la opinión de algunos autores, en especial la de Seco Caro, así como la de Manresa y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Se estudian a continuación los problemas de índole práctica que el precepto puede plantear en toda su extensión, a través de cinco apartados que contribuyen a dar una idea bastante aproximada de la función que en lo tocante a esta materia le quede por cumplir al artículo 831.

En efecto, un primer apartado se refiere a la catalogación sistemática de la figura, donde recoge la opinión de Lacruz y afirma que se trata de una institución fiduciaria del Derecho de familia, en el que manifiesta su eficacia, pero no en el momento de la partición, sino en el de la delación.

Los requisitos del pacto son los contenidos en el propio artículo, es decir, que se haga en capitulaciones matrimoniales, aventurando la idea que se ha de entender por ellas incluso tan sólo aquéllas que únicamente se hagan por el propio motivo del artículo 831. El contenido del pacto paladinamente plantea la cuestión del plazo, por lo tocante a si cabe fijación del mismo o en su defecto revisión, y si cabe la aplicación del Derecho sucesorio foral en esta materia, como Derecho supletorio. Otras cuestiones son la posibilidad de que se dispense de la viudez al cónyuge que haya de ejercitar la facultad del 831, posibilidad de pactar con relación a los nietos. ¿Qué facultades son las que debe ejercitar el cónyuge? ¿Son las de partir solamente? o ¿contempla la posibilidad de que actúe un tercero?, etc.

Finalmente, el autor se plantea la pregunta de si la vida escandalosa o el concubinato notorio, así como la viudez alegre pueden tener influencia en el tema.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «Causa y tipo en las cooperativas agrarias». R.D.P. Noviembre 1979, págs. 989 y ss.

Manifiesta el autor en el planteamiento del tema que detectar la especialidad de las cooperativas agrarias tiene hoy día en nuestro Derecho la relevancia dogmática y la importancia de no verificar la hipótesis de la mercantilidad de algunas figuras entre las que no se encuentran estas cooperativas, así como comprobar la efectividad de que existen en nuestro Derecho personas jurídicas imperfectas e igualmente nos lleva a determinar el concepto técnico de la actividad agraria.

Entrando directamente en el tema se da una definición de que el negocio jurídico plurilateral y de formación sucesiva por el que una cooperativa agraria se funda, es un supuesto típico de la categoría funcionalmente unitaria de los contratos agrarios y que su elemento esencial que lo tipifica como agrario es la causa genérica y específica del mismo.

Se enumeran a continuación las notas de la no mercantilidad de la cooperativa agraria y el objeto social de las cooperativas, con lo que se va tipificando de modo claro y rotundo lo que verdaderamente se debe entender por lo que es una cooperativa, para dar seguidamente una clasificación de estas figuras, partiendo unas veces del objeto social de las mismas y otras de la terminología y la técnica italiana dividiendo a éstas en cooperativas para la empresa y cooperativas de la empresa.

Recoge el autor a continuación la clasificación vigente; según él, afirma del artículo 46 del reglamento de 1971 y que es una clasificación cuatripartita.

Más adelante se estudia la personalidad jurídica imperfecta de las cooperativas, a través, en primer término, de la permeabilidad de la personalidad jurídica, la comunicabilidad de la misma y lo que el autor da en llamar porosidad de la personalidad jurídica.

A continuación se dedica a dar o mejor dicho tratar de introducir otros criterios de especialidad, como son el de la estructura interna de las cooperativas, el criterio de la mutualidad de la cooperativa agraria y el de la agrariedad de la cooperativa «per se». Trae a colación la dogmática del Derecho francés en este punto, examinando detenidamente la ordenanza de 1967, así como igualmente la ley de 1972.

De todo ello se infiere y deduce el autor que las cooperativas configuran un supuesto típico en nuestro ordenamiento positivo, el que forma parte por ello del sistema interdisciplinario de institutos del Derecho agrario español. Teniendo como especial importancia, como consecuencia práctica, el sistema legal de fuentes aplicables a la institución.

GIORGIANNI, Michele: «La causa del negocio jurídico. Estudio de Derecho comparado y del Derecho italiano». R.D.N., núm. XCIII-XCIV. Julio-diciembre, pág. 65.

El trabajo que se publica bajo la traducción de Luis Díez-Picazo y está escrito para el Centenario de la ley del Notariado en sus publicaciones.

Cuenta a lo largo de once apartados los temas de más actualidad en lo tocante a la materia de la causa, que abarcan especialmente la doctrina italiana bajo el Código de 1865 y la influencia de las teorías francesas durante esa época.

Hay otros temas más salientes entre las que se pueden citar la progresiva reducción del área de la causa en casi todo el Derecho europeo, con una especial referencia al Derecho francés y el alemán, así como al anglosajón y al ruso.

No obstante, es digno de mención el estudio de la nulidad del contrato traslativo por falta de causa. El principio de la transmisión consensual de la propiedad provocó una revolución fundamental en el sistema contractual tradicional. En este punto el examen se convierte en agotador y eso unido a un tema siempre tan confuso como es el de la causa hace que haya de desarrollarse un especial y continuado interés para poder comprender las tesis del autor. El autor hace un detenido examen de la teoría alemana de la causa, afirmando que la doctrina alemana del siglo XIX recibió con bastante rapidez el principio voluntarista: tanto que llevó a cabo la admirable construcción del negocio jurídico, pero no perdió nunca las huellas del antiguo formalismo.

De todo ello el autor deduce, con opinión eminentemente personal, que tanto Alemania como Francia han permanecido fieles a la tradición romana y de la elaboración de la causa en el Derecho intermedio.

Desarrolla a continuación las analogías y diferencias entre ambos siste-

mas, especialmente afirmando que ambos sistemas distinguen entre causa y motivos.

Seguidamente se examinan las teorías del Derecho italiano, con especial detenimiento en el Código italiano del año 1942. Se ve perfectamente cómo se pasa de la teoría objetiva a la teoría de lo que se ha denominado la del tipo negocial, con lo cual o se habla de causa remota o bien de causa de la atribución patrimonial. Por otro lado, la jurisprudencia ha continuado hablando de la causa de la obligación o de la prestación y aceptando la tesis de que se hace coincidir la causa del negocio con su función.

La opinión personal del autor con el examen de la problemática del negocio abstracto, así como la ilicitud de la causa, llevan al autor a concluir el estudio afirmando que viene a ser como el *vestmentum* que cubre la desnuda manifestación de la voluntad, permitiéndola aparecer en el mundo del Derecho.

PEREZ SANZ, Antonio: «La situación jurídica de la mujer casada, derechos y deberes de los cónyuges». R.D.N., núm. XCIII-XCIV. Julio-diciembre 1976, pág. 131.

El presente estudio es el tema I de las Jornadas Notariales de Poblet, organizadas por el Colegio Notarial de Albacete el año 1976.

Consta de seis grandes apartados que abarcan respectivamente los siguientes títulos: justificación y bases de la reforma, la ley de 2 de mayo de 1975, la situación jurídica de la mujer casada, la situación personal de la mujer casada, los derechos y deberes de los cónyuges y la capacidad de obrar de la mujer casada.

La justificación y bases de la reforma es analizada y estudiada con una ponderación digna de elogio en todos sus ámbitos, en efecto, partiendo de una consideración clásica, se afirma que la mujer se encuentra limitada por el hecho mismo del matrimonio y por la concepción tradicional de la familia cristiana sometida a la jerarquía del marido, necesitada la familia de una dirección unitaria. Circunstancia que hace a veces y no sólo en el orden jurídico esa sumisión que se plasma desde el punto de vista positivo en la esfera personal y en la esfera patrimonial igualmente. Dentro de esta línea se examinan las situaciones anteriores a la reforma, al mismo tiempo que se señalan las líneas generales de ella, así como las tesis sostenidas en el Derecho comparado más importante.

Se estudian en segundo término los precedentes de la ley de 2 de mayo de 1975, los principios que informan la legislación, la vigencia y retroactividad de la misma, así como el ámbito de aplicación territorial. Seguidamente en el punto de estudio relativo a la situación de la mujer casada que obedece en la realidad práctica a tres principios, que son: igualdad de los cónyuges, supresión de la autoridad marital y predominio del interés familiar.

En lo relativo a la situación personal de la mujer casada se examinan materiales, tales como la nacionalidad, el domicilio, la emancipación por matrimonio y lo que de esta situación se deriva como administración, gravamen y disposición de bienes inmuebles y comparecencia en juicio.

El capítulo V se refiere a los derechos y deberes de los cónyuges para dar paso seguidamente al último y más amplio del presente trabajo titulado «La capacidad de obrar de la mujer casada».

Este capítulo marca un hito en nuestro Derecho desde el punto de vista teórico y es de una construcción y claridad perfecta, desde el momento que en innumerables artículos posteriores sobre la materia viene a ser considerado como punto de partida por la mayoría de los autores que tratan del tema. Se relacionan en éste todas las materias que se pueden tratar y que a título de ejemplo se pueden enumerar desde las limitaciones al régimen económico-matrimonial, la capacidad de la mujer casada en todos sus aspectos tanto anormales como normales.

GARRIDO PALMA, Víctor Manuel: «Las capitulaciones matrimoniales y los regímenes económico-matrimoniales después de la reforma del Código civil de 2 de mayo de 1975». R.D.N., núm. XCIII-XCIV. Julio-diciembre 1976, pág. 7.

Este estupendo trabajo, que es una muestra más de la preparación de su autor ha sido la ponencia número II de las Jornadas Notariales de Poblet, organizadas por el Colegio Notarial de Albacete, el año 1976.

Abarca un total de cinco grandes apartados, dedicados respectivamente a los sujetos intervinientes y la capacidad capitular, las prohibiciones para otorgar las capitulaciones matrimoniales, la forma y publicidad de las mismas, el contenido de las capitulaciones y concluye con el estudio específico de la sociedad de gananciales.

El autor se centra especialmente en los puntos IV y V, que son los que se refieren al contenido de las capitulaciones matrimoniales y al estudio específico de la sociedad de gananciales.

En el contenido de las capitulaciones matrimoniales se detiene especialmente en el examen de lo que se puede y no se puede pactar en ellas. Así en ellas se puede pactar un régimen económico-matrimonial, conteniendo diversas y distintas estipulaciones acerca del mismo, mejoras y promesas de mejorar, e incluso cuantos actos se refieran o puedan hacerse en documento público, aunque sean extraños al régimen económico matrimonial. Analiza una visión panorámica de la institución y afirma que estos pactos son el vehículo para establecer el régimen económico matrimonial, pueden tener un contenido sucesorio, mencionando especialmente a una norma que se ha convertido en tipo, como es el artículo 831 del Código civil. También pueden tener un contenido ajeno a lo meramente patrimonial o sucesorio, como pueden ser normas que se refieran a reconocimientos de hijos naturales o de deudas con toda la problemática que ello plantea.

Las limitaciones que se pueden imponer son examinadas a continuación, en especial las contenidas en los artículos 1.316 y 1.317. Señala como límites los derechos ya adquiridos por terceros, incluidos los límites legitimarios, por un lado y por otro, los terceros registrales, y concluyendo esta parte

afirma que los cónyuges deben tener una norma como orientación, que es el actuar siempre en interés de la familia.

La parte dedicada al estudio de las normas económicas se realiza de forma exhaustiva y completa, tal es el caso de una crítica sobre la sociedad de gananciales desde una postura constructiva, antes de la reforma de 2 de mayo de 1975, después de la misma, la renuncia la sociedad de gananciales y las capitulaciones matrimoniales. ¿Cabe la misma vigente la sociedad de gananciales? La aplicación de las reglas de la sociedad civil y su influencia y aplicación en las capitulaciones matrimoniales, los bienes privativos, los gananciales y la presunción del 1.407.

Concluye su documentado trabajo con el examen de la responsabilidad, administración y la disolución.

PUIG BRUTAU, José: «El seguro a favor del adquirente de bienes inmuebles en los Estados Unidos». R.D.N., núm. XCIII-XCIV. Julio-diciembre, páginas 247 y ss.

Se divide este trabajo en dos grandes apartados: uno, dedicado a examinar los antecedentes, concretamente los actos de disposición de bienes inmuebles en Inglaterra, y el otro que se dedica a esta misma materia en los Estados Unidos.

Afirma el autor que el Derecho inglés, en lo tocante a enajenación de los bienes inmuebles, tiene un origen feudal, tanto que la persona que no estaba adscrita a una relación señorial carecía de status en la Edad Media. Su condición personal dependía de la tenencia de alguna tierra hasta el punto que la palabra status quedó referida a la situación objetiva de la que dependía su condición personal. Desapareció la estructura feudal, pero la normativa del Derecho inglés conservó la misma estructura conceptual. Analiza el autor los sistemas de transmisión de la propiedad en el Derecho inglés, que van desde la «libery of seisin» o entrega de la investidura material que revelaba el cambio de propiedad, más tarde su degeneración en rutina, hasta que en 1677 fue promulgado el estatuto de «of frauds», que exigió forma escrita para que los Tribunales reconocieran eficacia a un acto de disposición sobre inmuebles.

Más tarde se crea el Land Register, que no resuelve nada desde el punto de vista de la legislación y la perspectiva histórica.

La legislación inglesa de 1925 introduce una gran simplificación y en parte hace desaparecer la diferencia entre bienes inmuebles y muebles.

En lo referente a la legislación de Estados Unidos se hacen una serie de apartados que se refieren a la recepción y adaptación del Derecho inglés, al fracaso de las tentativas de adaptar el sistema Torrens a esta nación, ya que la mayoría de los Estados siguen el sistema de registración de documentos. En realidad lo que existe en USA es un sistema de recording, que no quiere decir que sea tal sistema, sino más bien una carencia de él, bastando que se tome razón en un registro, lo cual hace que sea tan importante y tenga tanta vigencia e importancia el seguro de títulos.

Analiza el sentido histórico del sistema afirmando que se debe en prin-

cipio a una sentencia de 1867, debido a un caso ocurrido en Filadelfia, donde se pusieron de manifiesto los graves defectos del sistema, lo que dio origen a la creación de la primera compañía dedicada al seguro de títulos, llamada la «Real Estate Title Insurance Company».

La naturaleza del sistema se debe a lo defectuoso del mismo; en realidad cubre un riesgo que la transmisión no asegura en su totalidad debido a lo malo del sistema.

A continuación se estudian el seguro de título y el seguro hechos fortuitos, los problemas derivados de los préstamos y el seguro del título y la problemática del intrusismo profesional.

ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis: «La concentración de empresas y la legislación anti-trust». R.D.N., núm. XCIII-XCIV. Julio-diciembre 1976, páginas 271 y ss.

El trabajo es la ponencia de la Delegación española en el tema 4.º del XIII Congreso Internacional del Notariado, celebrado en Barcelona el año 1975.

Con un deslinde del tema aclarando que la cuestión se complica en cuanto a la terminología, al concepto y a la clasificación. La terminología en la materia es confusa en grado sumo, optando por el término de concentración que comprende tanto la integración como la concentración en sentido estricto para calificar respectivamente la fusión propiamente dicha, los grupos de ententes y las empresas.

Alude a algún autor, como Champaud, que distingue dos tipos de concentración de empresas: una de tipo primario, cuando las operaciones tienen por finalidad el aumentar sensiblemente el tamaño y la potencia de las empresas individuales, y la de crear ententes con sus filiales. Sin embargo, esta concepción no ha sido aceptada por todos los autores. Esta parte llega a ser, sin necesidad de nada más, un auténtico examen completo de la materia, lo que hace llegar a un poco extenuado a otras partes del estudio, pues quedan además por dilucidar las opiniones de autores, como Vico, Salandra, Uría, Cámara, entrando a reglón seguido en las pretendidas definiciones de normas legales, como la ley española de prácticas restrictivas de la competencia, como la de 20 de julio de 1963, no sin esperar a recoger opiniones, como la de Perpiñay y la de Garrigues.

Examina la legislación de diversos países antes de entrar en el problema concreto de la legislación antitrust y la competencia, señalando cuáles son los diversos sistemas para la regulación de la materia, hace referencia a los problemas que se presentan en las legislaciones y en los organismos supranacionales y una alusión a la concentración del poder por encima de las fronteras nacionales, lo cual implica un examen de las llamadas multinacionales y el campo de influencia de las mismas a la hora de tomar decisiones importantes, incluso de índole política y sobre todo de competencias en cuanto a materias primas y cómo pueden ser órganos de decisión. Se ha detenido también en la legislación española desde el punto de vista del fomento de estas concentraciones de empresas.

Por último, se hace notar la intervención del notario en la materia y su forma de actuar, ya bien a través de las reservas y advertencias legales, ya bien a través de los problemas que plantean diversas figuras que sirven de cobertura a estas uniones, así el caso de la fusión, de concentración de empresas, la creación de grupos de empresas o grupos de sociedades, los límites de participación según los casos, el dominio de los llamados grupos de control, la participación que puede ser, según los casos, radial, piramidal y circular; examina la legislación extranjera y el futuro de estas figuras.

SERICK, Rolf: «Cuestiones de nacionalidad y problemas de Derecho concursal en las personas jurídicas internacionalmente conexas y controladas». R.D.N., núm. XCIII-XCIV. Julio-diciembre 1976, pág. 396.

Este trabajo del profesor de Heidelberg y que ha sido traducido por Carlos Melón Infante, fue escrito para las publicaciones del Centenario de la Ley del Notariado.

Consta de cinco grandes apartados dedicados al planteamiento de la cuestión, la nacionalidad, la competencia de un tribunal concursal nacional con respecto a una persona jurídica extranjera, la inclusión del patrimonio unipersonal en el procedimiento concursal del socio exclusivo.

Son materias más importantes las cuestiones relativas al estatuto personal, el reconocimiento y la nacionalidad.

Examina la nacionalidad de las personas jurídicas según el Código civil alemán, desde el punto de vista de Derecho consagrado en la Constitución y el dato del control; por otro lado se refiere a este mismo problema en el Derecho francés, Derecho belga, y los mismos problemas con relación al Derecho anglosajón y dentro de éste se subdistingue a su vez en el Derecho americano, inglés y canadiense.

La parte tercera se somete especialmente a la cuestión de la competencia de los tribunales extranjeros, deteniéndose especialmente en el artículo 238 de la ordenanza concursal cuando señala que sólo abarca el patrimonio que se encuentra en el territorio nacional.

En Suiza, el procedimiento concursal no es tampoco un concurso separado del establecimiento mercantil, sino un concurso total de la sociedad extranjera que abarca todo su patrimonio nacional.

Estudia estas mismas cuestiones en otras legislaciones como la francesa, belga, inglesa, Canadá y los Estados Unidos de América.

Hace después una valoración de todo el conjunto y estudia seguidamente el problema de la inclusión del patrimonio de una sociedad unipersonal en el procedimiento concursal del socio exclusivo. Aquí se detiene especialmente en la capacidad jurídica ilimitada y las consecuencias jurídicas que se producen antes de entrar en el examen de lo que el autor llama la capacidad jurídica consentida.

El estudio termina con las nuevas referencias completísimas como todas las del trabajo a los distintos derechos comparados que ya hemos mencionado, es decir, el anglosajón en sus diversas muestras, el francés y el belga en sus distintas normas y distintas consecuencias que el propio autor valora después en cuanto normas de conjunto.

GOMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael: «La escritura de adopción: sus otorganes». R.D.N., núm. XCIII-XCIV. Julio-diciembre 1976, pág. 487.

Unas consideraciones generales sirven de base e introducción a este estudio de indudable acierto práctico, donde a modo de precisión se sostiene que se trata de una institución o mejor aún de un negocio jurídico familiar, según sostiene numerosa doctrina patria, que hoy no puede alterarse el contenido de la adopción una vez que se han suprimido los pactos sucesorios, y que fundamentalmente, hay tres fases en la adopción que son la judicial, la notarial y la registral.

El autor, después de recoger las opiniones más señaladas en la doctrina, aboga por un estudio de la cuestión, afirmando la necesidad de un examen completo y de revisión de la materia, a través del estudio del artículo 173 del Código civil, examinando separadamente los requisitos y las partes intervinientes en la escritura de adopción.

En efecto, en primer término se puede hablar de adoptantes en el caso de adopción conjunta, debiendo necesariamente concurrir el adoptante en la escritura de adopción, sin que esta asistencia a juicio del autor pueda ser objeto de representación. Examina a continuación el sentido que se debe dar al consentimiento del cónyuge del adoptante e igualmente la intervención que ha de tener el adoptando mayor de catorce años, el cual necesariamente ha de intervenir en la escritura de constitución de la adopción, que es un elemento esencial en el iter negocial de esta figura. En este supuesto se distinguen las distintas modalidades de intervención, que abarcan casos de mayor de catorce años y capaz con clasificación triple según sea mayor o emancipado, mayor de catorce años, pero menor de edad no emancipado, o mayor de catorce años e incapaz.

Examina de forma incidental la cuestión relativa al cónyuge del adoptando y entra de lleno en el tema relativo al consentimiento del padre y la madre, conjuntamente o por separado del adoptando menor de edad, sujeto a patria potestad.

Igualmente se estudian las cuestiones que plantea el supuesto de menor sujeto a tutela, cuando el tutor concurre al otorgamiento de la escritura con autorización del consejo de familia si la tutela estuviese constituida; pero hemos de hacer constar que en el caso de los padres se hacen unas distinciones que estimamos completas, distinguiendo según los casos entre padres que hubiesen sido privados de la patria potestad, padres de menores abandonados y padres de menores de edad sujetos a patria potestad. No obstante, no se plantea el problema de si en algunos casos debe comparecer el Juez o acaso el Ministerio Fiscal, según han propuesto otros autores. El autor sienta al final del trabajo las conclusiones personales pertinentes.

C L A V E D E A B R E V I A T U R A S

ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).

AD = Anuario de Derecho (Panamá).

AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.

AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).

- AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.
 BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.
 BCD = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).
 BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
 BIR = Bolletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
 CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
 CLJ = The Cambridge Law Journal.
 CLQ = Cornell Quartely (Ithaca, Nueva York).
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).
 ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
 F = El Foro (Méjico).
 EG = Foro Gallego (La Coruña).
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
 IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
 IJ = Información Jurídica (Madrid).
 IM = Ius (Milán).
 IR = Iustitia (Roma).
 JF = Journal do Foro (Lisboa).
 L = La Ley (Buenos Aires).
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburg).
 MLR = The Modern Law Review (Londres).
 NC = The North Carolina Law Review.
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlin).
 NR = Nuestra Revista (Madrid).
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).

- RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
RCD = Revista Cubana de Derecho (Habana).
RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
RDC = Revista del Diritto Commerciali e del Diritto Generali Delle Obligazioni (Milán).
RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
RDES = Revista de Dereito e de Estudos Sociais (Coimbra).
RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und internationalen Rechtsprobleme (Berlín).
RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
RS = Rivista delle Società (Milán).
RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (París).
RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).
RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
ZRV = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
CHICO ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

Procede practicar el asiento de cancelación de hipoteca si la escritura, además de contener cláusula de carta de pago o de estar reintegrado del préstamo el acreedor, incluye la expresión de que esté cancelada la hipoteca, sin que se requiera ninguna fórmula sacramental expresa de solicitar o consentir el asiento de cancelación. (Resolución de 22 de agosto de 1978; «Boletín Oficial del Estado» de 9 de septiembre.)

Hechos.—Por escritura otorgada en Puente la Reina el 27 de enero de 1978 ante el Notario don Pedro Soler Dorda, con el número 14 de protocolo, la Caja de Ahorros de Navarra, representada por don Manuel Osés Astiz, declaró estar reintegrada de un préstamo que en su día concedió la expresada entidad y, en consecuencia, canceló la hipoteca que garantizaba el pago de aquél.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Pamplona primera copia de la referida escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción, por observarse el defecto, que se estima insubsanable, de no prestar el acreedor el consentimiento que, para la práctica de la cancelación, exige el artículo 82 de la Ley Hipotecaria y reitera el 179 del Reglamento para su ejecución».

El Notario autorizante de la escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca interpuso recurso gubernativo contra la nota de calificación denegatoria de la inscripción y alegó: Que los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 179 de su Reglamento no exigen al acreedor hipotecario que manifieste su voluntad cancelatoria utilizando ineludiblemente las mismas palabras empleadas por el legislador; que en la escritura calificada se refleja el consentimiento formal del acreedor hipotecario, en el sentido de que aparece clara, inequívoca, rotunda e incondicionada su voluntad de cancelar; que diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado ponen de relieve que la voluntad cancelatoria no requiere fórmulas especiales, y así la de 8 de octubre de 1886 estimó válida, a estos efectos, la manifestación por la que se declaraba totalmente extinguida la hipoteca; que igualmente válidas fueron declaradas las expresiones de que se entendiera liberada la finca gravada con la hipoteca (Resolución de 10 de diciembre de 1889) y la de que «Cancela y deja sin ningún valor ni efecto de hipoteca constituida a su favor sobre la misma finca» (Resolución de 28 de junio de 1909); que la escritura calificada no se limita a dar carta de pago, sino que el representante de la entidad acreedora manifiesta su voluntad cancelatoria, es decir, ni calla respecto a la cancelación, ni dice «no cancela», sino que el representante dice «cancela», con lo que exterioriza la voluntad de cancelar; que el artículo 178, párrafo 3.º del Reglamento Hipotecario

establece que podrán practicarse las cancelaciones otorgadas exclusivamente por menores emancipados, no empleando el legislador aquí la palabra «consiente», sino que habla sólo de cancelaciones otorgadas; que el artículo 213 del mismo Reglamento dice que «los herederos podrán cancelar...», de donde se deducirá, siguiendo el razonamiento del Registrador, que el heredero del titular registral es de mejor condición que éste, puesto que podrá emplear indistintamente las fórmulas «consiente la cancelación» (artículo 82 de la Ley Hipotecaria), o bien simplemente «cancelo» (artículo 213 del Reglamento Hipotecario), mientras que, según la nota resumida, el titular registral sólo puede emplear la expresión «consiento la cancelación»; que los artículos 6 de la Ley Hipotecaria y 39 de su Reglamento abonan la tesis del recurrente.

El Registrador informó que en ningún momento ha exigido el empleo de las mismas palabras utilizadas por el legislador, sino que, de una forma u otra, el acreedor dé su conformidad o exprese su consentimiento para que el Registrador extienda el asiento de cancelación, lo que es distinto a la simple manifestación de cancelar la hipoteca; que si la hipoteca quedase cancelada por esta lacónica declaración de voluntad del acreedor hipotecario, holgaría la extensión del asiento de cancelación; que en la práctica notarial, las escrituras de cancelación de hipoteca contienen una declaración de voluntad relativa a la práctica del asiento de cancelación; que en la escritura calificada se aprecia la existencia de una declaración de voluntad de cancelar, pero, en cambio, no figura ninguna dirigida a consentir el asiento de cancelación, que son cosas totalmente distintas; que las Resoluciones invocadas por el Notario recurrente son anteriores al término inicial de vigencia del artículo 179 del Reglamento Hipotecario invocado por el informante en la nota de calificación, fragmentarias en cuanto a su cita, y no encajan perfectamente en el caso del presente recurso; que, por el contrario, es de destacar la Resolución de 23 de agosto de 1900 en la que se declara que el simple pago no puede producir la cancelación de la Hipoteca en el Registro, siendo necesario para ello obtener el consentimiento expreso del acreedor hipotecario, el cual podía deducirse de los términos del acuerdo tomado por la entidad acreedora para interponer el recurso, pero que, por causas que se desconocen, se abstuvo dicha entidad de consignar que consentía expresamente en tal cancelación; que el modelo XV, anejo al Reglamento Hipotecario, relativo a la cancelación extensa de hipoteca, dice que «la inscripción de crédito hipotecario se cancela totalmente por haber satisfecho el deudor al acreedor el capital con sus intereses, y consentir éste expresamente en la cancelación», que la alegación por el Notario recurrente de los artículos 178, párrafo 3.º, y 213 del Reglamento Hipotecario es improcedente a los efectos del presente recurso por cuanto que en ellos se regulan cuestiones de capacidad, pero nada se dice en ellos sobre la forma en que las personas que cita deberán prestar su consentimiento para la cancelación, siendo así que en la nota resumida no se discute un problema de capacidad o de autorización para cancelar, sino que sólo se sostiene la falta de consentimiento; que de igual manera es improcedente la alegación del artículo 6 de la Ley Hipotecaria y 39 de su Reglamento.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador aduciendo

que si bien es cierto que una cosa es la extinción de la hipoteca por el pago del préstamo al que sirve de garantía, y otra su traducción registral mediante la cancelación, y que ésta no puede ser hecha por el acreedor, pues sólo puede consentir a que la practique el Registrador, es también verdad que el propio legislador no sigue esta última distinción, según se demuestra en los artículos 178, párrafo 3.º, y 213 del Reglamento Hipotecario; que el verbo cancelar, dentro del campo jurídico, tiene un sentido inequívoco referido siempre a la extinción de un asiento registral, que, por tanto, la expresión «cancelar» tiene un significado claro tendente a obtener en el Registro dicha extinción, corroborado en este caso por la posterior presentación de la escritura en el Registro con tal fin; que el objeto perseguido por las normas hipotecarias en que se basa la nota denegatoria, al que hay que estar de conformidad con el artículo 3.º del Código Civil, es la constancia de la declaración de voluntad del acreedor de poner fin al asiento que le favorece y este propósito resulta patente de las palabras empleadas, cualquiera que sean los reparos terminológicos que puedan ponerseles.

Interpuesta apelación por el Registrador contra el auto presidencial, la Dirección General acordó confirmar el auto apelado que revocó la nota del Registrador, en base a la siguiente doctrina.

Doctrina.—«El problema planteado en este recurso se concreta a dilucidar si la expresión empleada en la escritura motivadora del mismo por el representante de la entidad acreedora de que «da carta de pago, es decir, declara estar reintegrada del préstamo... y, en consecuencia, cancela la hipoteca» es suficiente como expresión del consentimiento del acreedor exigido para la cancelación por los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 179 de su Reglamento.»

«Ninguno de estos dos artículos exigen en su cumplimiento formalidades de carácter sacramental, sino sólo la constancia en la correspondiente escritura de la voluntad del acreedor de extinguir o poner fin a la garantía hipotecaria.»

«Los preceptos de referencia no aluden a la forma del consentimiento por lo que la expresión recogida en la escritura calificada, y ahora discutida, viene a constituir una modalidad de prestación del mismo.»

«Una interpretación teleológica, abonada por el artículo 3.º del Código Civil, conforme al cual las normas se interpretarán... atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllos, permiten llegar a la conclusión de que la utilización de la expresión «Cancela la hipoteca» suministra al Registrador una base suficiente para apreciar el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 82, por cuanto con ella se cumple el objetivo perseguido por el legislador de que en escritura conste la voluntad de la persona a quien perjudica la cancelación, dirigida a la consecución de ésta.»

«La cancelación, en Derecho Inmobiliario Registral, tiene un significado preciso y concreto, referido a obtener la extinción de un asiento registral, y por eso la escritura denominada de «carta de pago y cancelación de hipoteca» con la expresión discutida y contenida en ella ha de entenderse en tal sentido y no en otro.»

«Estas afirmaciones vienen avaladas por las expresiones que el propio legislador utiliza en los artículo 178, párrafo 3.º, del Reglamento Hipotecario,

que alude a las «cancelaciones otorgadas por los menores», 213 del mismo texto legal, que establece que «los herederos podrán cancelar...», o en el artículo 46, párrafo 3.º, de la Compilación Catalana: «la mujer podrá cancelar...».

Consideraciones críticas

Todo el problema que plantea, pero no resuelve, la presente Resolución es si para poder practicar un asiento de cancelación de hipoteca es suficiente un «*consentimiento formal*» o con el posible «*consentimiento material*» basta para cancelar y considerar extinguida la hipoteca. Es el viejo problema de la distinción doctrinal del consentimiento sustantivo, causal, y la posibilidad o no de un consentimiento formal, dispositivo y abstracto. Yo creo que no se resuelve el problema, pues a lo más que se llega es a presumir que las palabras que califican a la escritura como de «carta de pago y cancelación de hipoteca» y la expresión interior de la cláusula en la que la entidad acreedora da «carta de pago, es decir, declara estar reintegrada del préstamo... y, en consecuencia, cancela la hipoteca», son base suficiente para que el Registrador considere cumplido el requisito del «consentimiento» que exige el artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Esta argumentación, quizá ajustada a la justicia del caso concreto, es peligrosísima, pues la fórmula en la cual el acreedor hipotecario en forma unilateral preste su consentimiento «formal» para cancelar, puede servir de base al Registrador para entender que ha existido una causa de extinción de la hipoteca (pago, renuncia, etc.). Así las cosas, habrá que tratar de descubrir desde el campo de la doctrina lo que la Resolución no resuelve: si es o no suficiente el consentimiento formal para la cancelación o son necesarios mayores requisitos y, sobre todo, si reflejado un consentimiento material, se debe o no exigir además el formal. Distingamos.

A) *El consentimiento cancelatorio*

Parecindiendo de posibles antecedentes históricos del artículo 82 de la Ley Hipotecaria parece claro admitir que para cancelar inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escrituras públicas será necesario «otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su *consentimiento* para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiese hecho la inscripción o anotación...». Lo que el artículo no dice, ni puede decir, es si este consentimiento tiene que ser material, formal, dispositivo, abstracto, inducido, expreso, tácito, etc. Pero sí resulta evidente que el consentimiento tiene fuerza de *requisito sustancial* para que la cancelación se opere. Queda a cargo del Registrador el apreciar si el requisito se ha cumplido o no.

La nota de calificación no puede ser más ajustada a la legalidad vigente, ya que en ella el Registrador estima que el acreedor no ha prestado el consentimiento para la cancelación y, por ello, el defecto debe ser considerado como insubsanable. O los términos que resumen el escrito notarial que interpone el recurso son excesivamente sucintos y resumidos o de lo contrario en ellos hay un inicial y evidente contradicción: ni el artículo 82, ni el 179

del Reglamento, exigen al acreedor hipotecario que *manifieste su voluntad cancelatoria*, agregando a continuación que «en la escritura calificada se refleja el consentimiento formal del creador hipotecario, en el sentido que aparece clara, inequívoca, rotunda e incondicionada su *voluntad de cancelar*». Y uno se pregunta, ¿si el artículo 82 de la Ley y el 179 del Reglamento no exigen la *voluntad* cancelatoria, para qué de la escritura hay que deducir clara, inequívoca, rotunda e incondicionada la *voluntad* de cancelar? El argumento lo repite el Notario recurrente en forma reiterada, pareciendo deducirse que toda su razón reside en que se precisa «la voluntad de cancelar» manifestada o inducida de un «consentimiento formal».

El Registrador, en su informe elude meterse en ese campo de las cláusulas de estilo, pero, sin embargo, plantea un tema tremendo que le va a costar perder el recurso: no es lo mismo la existencia de una voluntad de cancelar que la dirigida a consentir el asiento de cancelación, cosas que para él son diametralmente distintas. Pesa sobre esta afirmación un poco las especulaciones notariales en torno al artículo 178, 3.º, del Reglamento Hipotecario que habla de que «podrán practicarse las cancelaciones», cosa que no innova nada respecto al artículo 82 de la Ley y 179 del Reglamento, pues que se puedan practicar las cancelaciones no quiere decir que se puedan hacer en contra o de forma distinta de lo que establece la Ley. El mismo argumento se utiliza con el artículo 213 del Reglamento Hipotecario y la misma contestación debe dársele a la especulación. A mi entender *consentir una cancelación* (requisito imprescindible para que ésta se produzca) es exteriorizar o manifestar una voluntad en este sentido. Deslindemos, sin embargo, campos pues la exteriorización o manifestación de voluntad se puede deducir, inducir o descubrir de la voluntad que se refleja en el instrumento público y, en el caso concreto, aparte del problema del otorgamiento de la carta de pago se decía que el acreedor se declaraba reintegrado de su préstamo... y, en consecuencia, que cancela la hipoteca. Si se cancela es porque se consiente y se tiene legitimación para ello, cosas que el Registrador luego reconoce al centrar en su justo punto la doctrina que parece emanar de los artículos 178,3 y 213 del Reglamento Hipotecario que regulan problemas de capacidad y no de consentimiento.

El Presidente de la Audiencia sigue la vía fácil de la interpretación de los artículos 178,3 y 213 del Reglamento Hipotecario que no hablan más que de facultad para cancelar, sin tener en cuenta que el precepto clave del asunto no es el Reglamento, sino la Ley en su artículo 82, ratificado posteriormente por el mismo Reglamento en el artículo 179, cosa que para nada se cita. Creo que el tema es muy semejante al de la donación que sólo se perfecciona por el consentimiento o aceptación del donatario. Si consta la *aceptación*, se inscribe, si no se supedita a que el negocio quede perfecto por la misma. El acreedor hipotecario con verse pagado de su crédito ya es suficiente y es al deudor al que de verdad le interesa que el acreedor le otorgue el consentimiento para cancelar, pues él por mucho pago que haya hecho no puede cancelar si no es en virtud de acudir a los Tribunales para que estos suplan la voluntad del acreedor en materia de cancelación, ya que la inscripción de hipoteca es constitutiva y constitutiva es su cancelación.

La Dirección General, aparte del peligroso argumento que utiliza y que al

generalizarse puede dar lugar a interpretaciones muy diferentes al espíritu que parece reflejar la letra de la Ley, ya que el argumento a «contrario sensu» es fácil de emplear, comete el tremendo error de seguir la línea del Presidente de la Audiencia y la marcada por el informe del Notario y en el último considerando confunde lo que es capacidad de «cancelar» o legitimación para ello, con lo que es requisito esencial para que se produzca: el menor y el heredero podrán cancelar, pero *si consienten* en ello. Tampoco es acertado el argumento de la Dirección al hablar de que no es preciso el empleo de «formalidades de carácter sacramental», pero sí de la constancia de la voluntad de extinguir la garantía hipotecaria. No es a la fórmula a la que se refiere el artículo 82 de la L. H., sino a la fuerza constitutiva de la inscripción de la hipoteca y a la repercusión que la fuerza publicitaria puede tener para terceros, por lo que se exige el consentimiento, ya que si el pago se verifica, pero no se consiente (expresa o tácitamente) en la cancelación, la hipoteca puede seguir perjudicando al tercero que adquiera confiado en las apariencias. Uno de los trabajos más importantes en torno al consentimiento cancelatorio es el de Díez Picazo («El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación», R. Cr. Dr. Inm., 1967, pág. 1284), en el cual se dice estas frases sintomáticas: «Respecto de aquellos derechos reales, como la hipoteca, para los cuales la inscripción es constitutiva, debe entenderse que la cancelación es constitutiva también. El carácter constitutivo de la cancelación comporta dos consecuencias en el terreno en que ahora nos movemos. La primera es que cancelado el asiento, el derecho queda extinguido. La segunda es la inversa de la anterior: sólo se extingue el derecho por su cancelación. Esta afirmación plantea el problema de determinar qué contenido tiene el derecho real de hipoteca subsistente en el Registro cuando el derecho de crédito garantizado ha sido plenamente satisfecho, en cuanto al principal, intereses y costas. Es claro que entre las partes se trata de una pura entidad hipotecaria vacía de contenido, pero parece posible imaginar que frente a los terceros protegidos por el artículo 34 es una entidad hipotecaria capaz de despertar los efectos de la fe pública registral».

B) *Carácter del consentimiento*

Bajo la gran influencia del Derecho alemán la doctrina española ha insistido mucho en la diferenciación entre el llamado consentimiento material o sustantivo y el formal. Sin intentar en este momento aportar el concepto del consentimiento sustantivo, sí conviene precisar que en el Derecho alemán se distingue entre un negocio de carácter obligacional o acto causal y un negocio dispositivo (acuerdo de transferencia) dirigido exclusivamente a la modificación real, desligado de la causa y constituyendo un contrato real y abstracto, que consta de dos elementos: el acuerdo de voluntades y la inscripción. Este principio de consentimiento parece que ni desde el punto de vista civil, ni desde el hipotecario tienen cabida en nuestro sistema, ya que en el primero rige la teoría del título y el modo y en el segundo se respeta la tradición civil y los asientos tienen carácter causalista, no permitiéndose el acceso de un acto o contrato abstracto.

Los términos generales de las afirmaciones anteriores pueden reflejar el

común sentir de la doctrina española en este punto. Es decir, no cabe la mecánica de la legislación alemana y a lo sumo que puede llegarse es a la admisión del principio del consentimiento «formal», sobre la base de distinguir el proceso material de adquisición del derecho y el formal de inscripción. Y aquí la doctrina, en forma casi unánime, y arrancando de Don Jerónimo González va admitiendo el supuesto del artículo 82, 1.º, de la Ley Hipotecaria como un caso claro de *consentimiento formal*. Roca Sastre (Derecho Hipotecario, Barcelona, 1968), Sanz Fernández (Instituciones de Derecho Hipotecario, Madrid, 1953), Chico-Bonilla (Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral, Madrid, 1967), Lacruz Berdejo (Lecciones de Derecho Inmobiliario registral, Zaragoza, 1957), etc. Tomando como común opinión de todos la sostenida por este último, reproducimos sus palabras: «En Derecho español, la modificación del Registro mediante la simple manifestación formal del titular afectado se halla restringida al caso del artículo 82 de la Ley. Según dicho autor, las inscripciones pueden cancelarse, si no mediante una declaración ante el Registrador—lo que constituiría la forma estricta del consentimiento formal—, sí, al menos, a través de la escritura o documento auténtico en los cuales se dé cumplimiento a los requisitos establecidos».

Conforme a este criterio se hace de todo punto necesaria la *expresión del consentimiento formal* para que pueda llevarse a cabo la cancelación. Es decir, se asimila la fórmula ritual del *acepto* de las donaciones al supuesto del consentimiento. La Dirección desvía el tema y centra toda la fuerza de la Resolución en si la fórmula empleada puede suponer el cumplimiento de lo que dispone el artículo 82, 1.º, como «una modalidad del mismo». De esta forma la Dirección General rectifica su doctrina mantenida en la de 23 de agosto de 1900, en la que teniendo la posibilidad de deducir de un acuerdo municipal la posible voluntad de cancelar, entiende que el consentimiento ha de ser *expreso* y no inducido, no siendo suficiente la carta de pago. Igualmente se suelen citar las Resoluciones de 27 de septiembre de 1924 y 25 de octubre de 1932, entendiéndose derogadas por lo que dispone el artículo 179 del Reglamento Hipotecario—clarísima aplicación de lo que dispone la Ley—las que el Notario utiliza para apoyar su tesis: 8 de octubre de 1886, 10 de diciembre de 1889 y 28 de junio de 1909.

Así las cosas en la doctrina, se registra un replanteamiento del principio del consentimiento en su aspecto formal. Díez Picazo (El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación, Rv. Cr. Dr. Inm., 1967) trata de desmontar los tres mitos que adornan al consentimiento del artículo 82: que es formal, que es abstracto y que es dispositivo. El autor citado, al aportar la trayectoria histórica del artículo 82, entiende que con el recuento de esos antecedentes se puede llegar a la conclusión de que el artículo no refleja la idea rectora del llamado principio del consentimiento formal. Termina afirmando que en el párrafo primero del citado artículo deben incluirse solamente de modo necesario los supuestos de voluntario extinción del derecho, que son únicamente las hipótesis de renuncia y de convenio extintivo (redención, etc.), mientras que, en cambio, todos los demás casos de extinción de los derechos reales tienen la posibilidad de encontrar cabida en el párrafo segundo del referido artículo. De ahí que estime que la extinción por pago lo es en base de una causa «*ope legis*». Al referirse al carácter abstracto entiende que no

cabe la cancelación de un derecho si éste no está extinguido, aun y a pesar del juego del artículo 97 de la Ley Hipotecaria. El consentimiento escriturado entra en la presunción del artículo 1277 del Código civil. Solamente cuando la cancelación de un derecho se apoya en una causa de extinción podría hablarse de un negocio dispositivo.

En la línea de aportaciones doctrinales al tema hay que recoger la de Zumalacárregui, en dos trabajos («Meditaciones en torno a la cancelación», Rv. Cr. Dr. Inm., 1967 y «Causa y abstracción causal en el Derecho civil español». Tesis doctoral, Madrid, 1977) que siguen la misma línea: reconocer que el artículo 82, 1.º, de la Ley Hipotecaria exige un consentimiento formal y criticar dicha postura, que puede llevar a la admisión de la extinción de una hipoteca por decisión unilateral del titular registral. De la Cámara Alvarez («Meditaciones sobre la causa», Rv. Cr. Dr. Inm., julio y agosto 1978) sigue la línea del autor de la tesis y considera innecesario un consentimiento especial para la cancelación. Ni la crítica que Vázquez Bote («La causa de unas meditaciones», Rev. Cr. Dr. Inm., noviembre-diciembre 1979) hace a la teoría de la causa que reflejan las notas de La Cámara, ni por supuesto ni aséptica forma de recensionar el libro de Zumalacárregui (Rev. Cr. Dr. Inm., número 529, pág. 1361, 1978) alteran en nada lo sostenido por el autor.

Ante todo, este panorama doctrinal la problemática del supuesto de hecho se complica, ya que lo que de verdad se debería haber discutido si es o no necesario un consentimiento formal o basta con el sustantivo causal que provoca la extinción del derecho y lo que se resuelve es que con las palabras empleadas se entiende cumplido el artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Por ello vamos a intentar llegar a unas conclusiones.

C) Conclusiones

Creo que el tema que debe resolverse es si basta con el consentimiento formalmente expresado en una escritura para poder cancelar la correspondiente inscripción de hipoteca. Había en la doctrina española una opinión que sustentaba La Rica, quien al comentar el artículo 38,2 de la Ley Hipotecaria y las acciones contradictorias de bienes inmuebles o derechos reales, decía que dicho precepto, además de dotar a la inscripción de cierta sustantividad, la configura como algo independiente del derecho a que se refiere y condiciona su destrucción para aniquilar el derecho que en ella alienta. ¿Estaremos también tocando el mismo tema al hablar de ese consentimiento del artículo 82, 1.º, de la Ley Hipotecaria?

Si verdaderamente se parte de la existencia de dos mundos, el extrarregistral y el registral, hay que admitir la existencia de derechos tabularmente vigentes aun cuando en la realidad hayan dejado de existir y derechos que existen, pero que registralmente deben ser considerados como inexistentes. En ese mundo tabular de terceros adquirentes y de presunciones favorecedoras, a la presunción de la existencia de derecho hay que admitir la presunción de la extinción del mismo por la práctica de una cancelación. Es decir, la inscripción cobra así un sentido de independencia, sustantividad, frente al derecho que refleja o que se presume extinguido. Pero lo importante no es eso, sino la forma y manera de que pueda salvarse, para la práctica de las

mismas, el escollo que significa el principio de calificación. ¿Puede un Registrador cancelar una hipoteca con la sola expresión en escritura pública del *consentimiento cancelatorio* de que habla el artículo 82, 1.º, o será preciso que se refleje la causa por la que se emite dicho consentimiento? Lo que no cabe duda es que cancelado y admitida como válida una escritura de consentimiento de cancelación entrará en juego el artículo 97 que presume extinguido el derecho.

A mí el argumento de la Dirección de inducir la existencia de un consentimiento de una manifestación de voluntad de cancelar me da pie para volver el argumento a la inversa y entender que sobre la base de un consentimiento formal puede deducirse o inducirse la existencia de una causa cancelatoria, sobre todo teniendo en cuenta la presunción de la existencia y validez de la causa de que habla el 1.277 del C. c. ¿Pero esto puede admitirse?

Tirso Carretero (comentario a esta Resolución en la Rv. Cr. D. Inm., septiembre-octubre, 1979, págs. 1103 y ss.) entiende todo lo contrario y estima que el artículo 97 de la L. H. resulta absurdo con su presunción cuando se trata de una escritura de cancelación que tenga por único contenido la cláusula de consentimiento formal, entendiendo que dota de un arma de lucha que nunca se le debió de dar, pues está claro que en el clima de nuestro sistema y dada la escasa frecuencia de dichas escrituras de consentimiento formal, el silencio en el documento cancelatorio sobre la extinción del derecho y sobre la causa del consentimiento formal de cancelación del asiento deberá ser base de una presunción de subsistencia, más que de una presunción de extinción. Igualmente aduce en favor de su tesis el artículo 144 de la misma L. H., del cual se deduce un criterio antiformalista y permite suponer que la cancelación debe servir ante todo para hacer oponible a tercero la extinción del derecho que se cancela. Para dicho autor, ante la casi imposibilidad de una escritura «pluscuamperfecta» en la que se acredite el pago, comparezcan deudor, acreedor y personas interesadas, se consienta en la extinción del derecho y se consienta expresamente en la cancelación del mismo, hay que optar por estas siguientes direcciones: 1.º) Que la simple cláusula de carta de pago sin ninguna referencia al derecho real de hipoteca ni a su extinción debe estimarse insuficiente. 2.º) La que contenga sólo cláusula de consentimiento formal en principio tampoco puede ser admitida. 3.º) La que contenga cláusula de consentimiento material suficientemente expresiva con un principio de causalización, por escaso que sea, debe estimarse suficiente, aunque el consentimiento formal resulte meramente implícito.

Habría que pensar un poco que la cancelación de hipotecas elimina el principio de «accesoriedad» de la hipoteca, ya que la justificación del pago del crédito que asegura la hipoteca no sirve como documento para su cancelación. Así se deduce del artículo 82, 1.º de la Ley Hipotecaria y del 179 del Reglamento Hipotecario apoyados por la Resolución anteriormente citada de 23 de agosto de 1900. Sólo se registran en la legislación hipotecaria los supuestos de la indeterminación del titular de los títulos endosables o al portador, así como el de la hipoteca cambiaria, en los que la justificación del pago de la deuda permite la cancelación. ¿Por qué en los demás se exige el consentimiento? Siempre que surge el problema del consentimiento para

la modificación del contenido registral es necesario citar el principio de la salvaguardia de los Tribunales bajo los que está dicho contenido y bien se ordena por estos la alteración o debe consentir en ella el titular registral. Por eso estimo que el simple *consentimiento formal* expresado en una escritura, perfectamente puede ser inscrito y eso no quiere decir que califiquemos de abstracto a dicho consentimiento, pues es claro que si no responde a una causa podrá ser impugnado y rectificado en virtud de ejecutoria judicial, destruyendo la presunción de extinción del derecho de que habla el artículo 97 de la Ley Hipotecaria.

En el último caso en el que solamente exista un consentimiento material o sustantivo que exprese la causa del derecho, habría que descender caso por caso para estimar la justicia del caso concreto, camino éste que es el que parece haber recogido la Resolución comentada, la cual debió aclarar este punto y no generalizar su doctrina. Sobra, por supuesto, el último considerando que confunde lamentablemente el acto de cancelar, el consentimiento para ello, con el problema de la capacidad y legitimación para verificarlo y da que pensar al lector que si la interpretación teleológica que se invoca para deducir la existencia del consentimiento está basada en las mismas deducciones que las de las expresiones «cancelaciones... de menores» y de «los herederos podrán cancelar», puede quedar sin fuerza—ni siquiera por la justicia del caso concreto—toda la argumentación de la Dirección.

Aunque el artículo 116 del Reglamento Hipotecario permita al Registrador rectificar, en todo o en parte, la calificación recurrida, al evacuar el informe que preceptúa el artículo 115 del mismo, esto no le permite rectificar la nota en el sentido de añadir nuevos defectos antes no constatados, ni a cambiar su sentido con alteración de los términos con que se redactó. En tales casos no procederá entrar en el examen de la nota primitiva ni en el contenido de la nueva calificación que consta en el informe.

Los registradores, dentro de la independencia con que ejercen su función, deben tener en cuenta al calificar la doctrina del centro directivo sobre actos y contratos realizados por mujer casada en régimen de gananciales. (Resolución de 27 de septiembre de 1978; «Boletín Oficial del Estado» de 14 de octubre.)

Hechos.—Por escritura de compraventa autorizada en Madrid por el Notario recurrente, don Antonio Rodríguez Adrados, el 10 de octubre de 1975, don Juan Roth Hummer vende un piso a doña Lucila Prieto Sáez, mayor de edad, casada, y que comparece en la escritura en su propio nombre y derecho, declarando que retiene en su poder el importe actual de las hipotecas que gravan el piso que adquiere, subrogándose en los derechos y obligaciones derivados de las mismas y confesando el vendedor haber recibido de la compradora el resto del precio, por lo que le otorga la más completa carta de pago.

Presentada en el Registro número 1 de los de Madrid primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del documento que antecede, por carecer el cónyuge no administrador de capacidad de adquirir bienes para la sociedad de ga-

nciales, con evidente transgresión de los artículos 5, 59, 63, 1.315, 1.401-1.º, 1.407 y 1.441 del Código civil. Se ha tenido en cuenta lo preceptuado en el apartado c) del artículo 485 del Reglamento Hipotecario».

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que los artículos 5, 63 y 1.441 que se aducen en la nota no tienen ninguna relación con el supuesto que nos ocupa; que la tesis de la nota recurrida es que la mujer casada en régimen de gananciales, no administradora de la sociedad legal, no puede adquirir por compra mientras no pruebe la pertenencia privativa del precio, y ello de manera absoluta y radical, sin que el defecto pueda subsanarse, dado que la inscripción no se suspende, sino que se deniega; que el defecto obedece a una falta de capacidad; que esta posición tan radical, desconocida por la doctrina, ha sido planteada muchas veces en recursos gubernativos, siendo siempre rechazada, pudiendo citarse como ejemplo las Resoluciones de la Dirección de 4 de mayo de 1892, 1 de noviembre de 1963, y 4 de noviembre de 1969, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1967; que son numerosos los artículos del Código civil que abonan este último criterio jurisprudencial, así el 1.392 al hablar de las ganancias o beneficios obtenidos «indistintamente» por cualquiera de los cónyuges, coloca en igual situación en cuanto a adquisiciones a marido y mujer, y en igual sentido se manifiesta el artículo 1.401-1.º; que si la mujer casada en régimen de gananciales no pudiera comprar en absoluto, carecería de sentido que el artículo 1.458 le prohibiese comprar a su marido; que la Ley de 2 de mayo de 1975 persigue una mayor independencia jurídica de la mujer casada y una menor desigualdad entre marido y mujer, por lo que ha de entenderse que incluso los preceptos del Código civil que resultan inalterados por la misma han de ser interpretados conforme a la nueva concepción, y, por tanto, restrictivamente cuando lo contraríen; que esta Ley, al redactar de nuevo los artículos 60 a 65 del Código, suprime la licencia marital, desapareciendo con ello la única limitación que antes tenían las compras de la mujer casada; también quedan suprimidas las restricciones a las mujeres casadas para prestar consentimiento, al suprimirse el artículo 1.263-3.º, por lo que la mujer casada, al poder obligarse, puede comprar (artículo 1.457); que la nota calificadora se enfrenta claramente al artículo 62-1.º, que establece que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges; que en el ámbito hipotecario la doctrina que se ha expuesto ha sido la aplicada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, recogido en el artículo 95 del Reglamento Hipotecario; que la doctrina clásica de la Dirección entendía que las adquisiciones de bienes gananciales podían inscribirse, indistintamente, a nombre del marido o a nombre de la mujer (lo que evidencia que ésta podía adquirir), y que eran las circunstancias de tales adquisiciones las que imponían el carácter ganancial, no existiendo en nuestro régimen hipotecario extendidas expresamente a favor de la sociedad de gananciales como persona jurídica (Resoluciones de 9 de febrero de 1917 y 11 de octubre de 1941); que el artículo 95 del Reglamento Hipotecario regula las adquisiciones del marido y de la mujer sin establecer diferencias entre uno y otra, sin aludir para nada al cónyuge administrador y al no administrador de la sociedad, regulándose las adquisiciones de la esposa no administradora en el mismo plano que las

del marido, aun tratándose de bienes gananciales; que si antes de la Ley de 2 de marzo de 1976, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida por varias Resoluciones de la Dirección General de los Registros, las compras efectuadas por la mujer casada sin intervención del marido eran inscribibles haciendo constar en la inscripción la falta de licencia; actualmente, suprimida la licencia marital, dichas compras deben ser inscribibles sin ninguna salvedad.

Por cese de los tres titulares del Registro número 1, uno por jubilación y los otros dos por traslados, el nuevo Registrador de la Propiedad, designado, de conformidad con sus otros dos cotitulares interinos, informó que en la nota de calificación recurrida puesta por sus antecesores en el cargo se debió padecer un error al citar el artículo 5.º del Código civil, así como otro consistente en la omisión de las palabras «por sí sola» después de la palabra «capacidad», e igualmente que los artículos 63 y 1.441 del Código tampoco están directamente infringidos y que el defecto debe ser calificado de subsanable, por lo que, en uso de la facultad que confiere el artículo 116 del Reglamento Hipotecario, rectifican en parte y atenúan la calificación recurrida, quedando la nota redactada de la siguiente forma:

a) Que al no expresarse el régimen económico matrimonial de la compareciente compradora ni, en su caso, el carácter ganancial o privativo de la adquisición, ni el de la parte de precio ya pagado, ni el de la que se obliga a pagar la misma en los futuros vencimientos del crédito hipotecario que se subroga, faltan datos para una calificación e inscripción precisa; y

b) Que de presumirse, por tanto, que el régimen económico matrimonial es el de la sociedad legal de gananciales, según el artículo 1.315 del Código civil, y que tales dinero y adquisición son gananciales conforme al artículo 1.407 y que su administrador y facultado para obligarlos, en principio y mientras otra cosa no se demuestre, es el marido de la compareciente, según los artículos 1.412 en relación con el 59 y 1.416, todos del mismo cuerpo legal, es necesaria la intervención del marido, como presunto cónyuge administrador, o acreditar la causa que hace innecesaria su intervención.

Y considerando el defecto subsanable, se suspende la inscripción solicitada, de la que podrá tomarse anotación preventiva si se solicitare.

Se ha cumplido lo dispuesto en la regla c) del artículo 485 del Reglamento Hipotecario.»

Que al rectificarse en parte la calificación ha sido necesario redactar de nuevo la nota para precisar los motivos y alcance de la misma, haciendo factible la subsanación de los defectos y la protección de los derechos de los interesados mediante la posible anotación preventiva; que la nueva redacción de la nota está admitida por diversas Resoluciones de la Dirección; entre otras, por la de 4 de noviembre de 1968; y entrando en el fondo de la cuestión, indica que después de la reforma de 2 de mayo de 1975, según la cual puede celebrarse y modificarse las capitulaciones matrimoniales después de contraer matrimonio, la primera manifestación de un otorgante casado debe ser cuál es el régimen económico matrimonial, y en atención a la naturaleza de los bienes, privativos o gananciales, hace constar si tiene o no la administración de los mismos, así como el carácter que quiere dar a la adquisición, y, en su caso, la regionalidad que le corresponde, que natural-

mente puede determinar regímenes económicos diferentes; que en el caso de que la compareciente sea la mujer, la omisión de tales manifestaciones es un verdadero defecto de la escritura, ya que las presunciones legales indican que no es la administradora de la sociedad conyugal; que en el caso que nos ocupa la compradora ha dispuesto de bienes para el futuro al comprometerse a pagos aplazados que, además, ha garantizado en forma real subrogándose en dos hipotecas, todo ello sin que se acredite la necesaria intervención del marido o la causa por la que no es preceptiva la misma; que el Código civil, en sus artículos 1.412 en relación con el 59, así como en el 1.416, es de una gran claridad que no necesita interpretación, al determinar la necesaria intervención del marido como presuntó cónyuge administrador, o bien la necesidad de acreditar la causa por la que no es precisa; que la Ley de 2 de mayo de 1975 mantiene el sistema de unidad de dirección económica del matrimonio por el que uno solo de los cónyuges será el administrador, bien sea el marido o la mujer; que una vez suprimida la licencia marital debe entenderse derogado el artículo 94 del Reglamento Hipotecario e inaplicable la jurisprudencia a que dio origen; que admitiendo las adquisiciones de la mujer casada no administradora tendremos también que admitir las del marido cuando se haya pactado que no sea administrador, e incluso cuando haya sido privado de la administración por resolución judicial; que en el caso que estamos examinando el cónyuge administrador podrá oponerse a que se realicen los pagos aplazados con cargo a los bienes gananciales, y esto sin pedir la anulación de nada, siendo tal vez el vendedor o sus herederos o acreedores los que tengan que pedir la anulación del acto, con lo cual intervendrían terceros extraños a la relación familiar como serían los acreedores del vendedor o incluso la masa de una quiebra, y si se llegase a declarar ineficaz el acto, podría negarse a exigir responsabilidad a los funcionarios que admitieron su eficacia; que el recurrente parece sugerir la existencia de una ratificación tácita de la escritura por el esposo al referir que fue éste el que la presentó en el Registro, a lo que hay que oponer que no es admisible ni pudo tenerse en cuenta al calificar semejante forma de ratificación no cubierta por la fe pública notarial, ya que el Registro rechaza todo consentimiento inmobiliario que no se otorgue en documento público; que lo que parece demostrarse es que la falta de intervención del marido en la escritura no tiene ninguna justificación lógica por imposibilidad de hecho; que, como resumen puede decirse que la escritura es imprecisa por falta de datos para una adecuada calificación, y que si en vista de ello se acude a las presunciones establecidas por el Código civil la compareciente no está legitimada para los actos que realiza, siendo subsanable el defecto.

Con fecha 5 de junio de 1976 se traslada por la Secretaría de Gobierno de la Audiencia Territorial al Notario recurrente, a los efectos que pudiera proceder, la nueva nota que en sustitución de la originaria se había emitido, traslado que recibe el interesado el día 7 del mismo mes y año y con fecha 10 de junio el Presidente de la Audiencia confirma esta segunda nota redactada por los nuevos Registradores, por razones análogas a las expuestas por estos funcionarios, declarando que la rectificación parcial está permitida por el artículo 116 del Reglamento Hipotecario y es recogida por la doctrina de la Dirección General en varias Resoluciones, tales como la de 1 de febrero

de 1952 y la de 25 de abril de 1959; que los argumentos que se adicionan al corregir parcialmente la nota no agravan la calificación, sino que, por el contrario, la atenúan al declarar subsnable el defecto primitivamente considerado insubsanable, y que no se aducen en la nueva redacción de la nota distintas alegaciones fácticas ni sustancialmente diferentes motivaciones que pudieran haber producido la indefensión del recurrente.

El Notario se alzó de la decisión presidencial manifestando que al aceptarse en el auto la sustitución de la nota originada por una nueva nota se alteran fundamentalmente las bases del debate, produciéndose la indefensión del recurrente e incurriendo además en incongruencia; que el Registrador, al amparo del artículo 116 del Reglamento Hipotecario, que le permite rectificar la nota en todo o en parte en el sentido de conformarse con la petición del recurrente, tal como prevé el párrafo 2.º del mismo artículo, lo que no puede ser hacer una rectificación total consistente en sustituir la nota originaria por una nueva calificación ni hacer una rectificación parcial consistente en añadir nuevos defectos; que la litis queda definitivamente trabada con la nota del Registrador y con el suplico de interposición del recurso, y que, aunque en trámite no previsto, se le diera traslado al recurrente de la nueva nota, como con espíritu de justicia ha hecho el excelentísimo señor Presidente, la indefensión subsiste porque la normativa procesal del recurso gubernativo no establece forma y plazo para la impugnación de la nueva nota, que en el presente caso ha sido notificada un día 7, fallándose el siguiente día 10, sin tiempo ni posibilidad de presentar siquiera el acuse de recibo, y si el derecho de impugnación de la nueva nota se concediera al recurrente, se produciría la indefensión del Registrador; que este criterio de no señalar nuevos defectos es el mantenido expresamente por los artículos 117 y 127 del Reglamento Hipotecario, por lo que si la nota originaria le parecía al Registrador insostenible, tenía que haberla retirado, conformándose con la petición del recurrente (artículo 116-2.º), y presentada de nuevo en el Registro, podía haber consignado la nueva nota sin temor alguno a esa corrección disciplinaria que para evitar abusos establece el artículo 127, por ser distinto el Registrador que calificó al que tuvo que emitir su informe; que en este sentido se manifiestan, entre otras que cita, las Resoluciones de 1 de febrero de 1952 y 29 de abril de 1959; que en los casos en que se ha variado la nota, la nimiedad de la alteración introducida y la falta de oposición basta para explicar la abstención de la Dirección General (Resolución de 4 de noviembre de 1968); que no ocurre si en el presente supuesto —incluso el auto presidencial la denomina nueva—, en el que la primitiva contenía un solo defecto del más desafortunado y militante antifeminismo, y al que respondía la argumentación de su escrito —apartado cuarto—, mientras que la nueva contiene dos, uno el a) que ni directa ni indirectamente aparecería en la originaria y el otro el b), totalmente nuevo, ya que el problema suscitado era el de la incapacidad de la mujer, siendo indiferente la intervención del marido, porque aun con ella, en cualquiera de sus variantes, no tenía capacidad de adquirir bienes gananciales de la mujer casada; por el contrario, en la nota actual la mujer casada es capaz y puede adquirir gananciales que pueden figurar a su nombre, siempre que se cumpla el requisito que en la nota primitiva no aparecía ni podía aparecer: la intervención marital; que así, pues, en la

nueva nota no es que se atenúa el rigor de la primitiva —convirtiéndolo en subsanable—, sino que se consignan dos defectos distintos, aunque menos graves, pero que no por ello dejen de ser nuevos, y por eso se incluyen preceptos legales que no aparecían infringidos en la larga lista de la nota primitiva; que por todo ello se ha producido no sólo indefensión procesal del recurrente, sino también incongruencia, pues el auto confirma una nota que no fue la que se impugnó; que la nueva nota carece de virtualidad al no haber sido extendida en tiempo y forma, por lo que debe tenerse por no puesta que no obstante, y para el caso de que se estimase legalmente extendida entra en su examen, haciendo una serie de consideraciones acerca de que no existe en la escritura las imprecisiones a que alude la letra a) de la nueva nota, por no existir disposición legal alguna que pida su constancia, y que de exigirse las circunstancias señaladas, como se hace, sólo para la mujer, y no para el marido, sigue latiendo una tesis antifeminista; que en cuanto al defecto de la letra b) de ser necesaria la intervención del marido, tras apuntar la infracción del artículo 106 del Reglamento Hipotecario, por la imprecisión de que adolece, reitera toda una serie de argumentos que se contienen en otro de los recursos gubernativos que sobre esta misma materia tiene interpuesto.

Y la Dirección acordó que procede:

PRIMERO.—No entrar en el examen del contenido de la nota puesta en la escritura calificada, por haberla dejado sin efecto los tres titulares encargados del Registro de la Propiedad.

SEGUNDO.—No examinar el contenido de la nueva nota que consta en el informe, al no estar autorizados los mencionados funcionarios para ello.

TERCERO.—Que, como consecuencia de la reforma de determinados artículos del Código Civil introducida por la Ley de 2 de mayo de 1975, los Registradores de la Propiedad, dentro de la independencia con que ejercen la función, tengan en cuenta, al calificar los actos y contratos realizados por mujer casada en régimen de gananciales, la doctrina de este Centro sobre este particular y que aparece recogida, entre otras, en las Resoluciones de 8 de febrero de 1977 y 4 de mayo de 1978.

El precedente acuerdo se basa en la siguiente doctrina.

Doctrina.—«Cuestión previa al posible examen del fondo del recurso es la de resolver la cuestión procesal planteada por el Notario recurrente, que hace referencia a si era o no posible la rectificación de la nota en la forma realizada por los nuevos Registradores en el preceptivo informe que habían de emitir.»

«Las normas del Reglamento Hipotecario desarrollan la forma en que ha de resolverse el recurso gubernativo contra la calificación del Registrador presuponen que es la nota recurrida con los defectos que señala la que ha de servir de base para el debate establecido y la que fija el nudo de la cuestión, y por eso de una parte el artículo 117 no permite al recurrente plantear peticiones basadas en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma, y de otra, en el artículo 116 permite al Registrador

que pueda rectificar en toda su calificación —siempre que se conforme con la petición del recurrente— o sólo en parte, con supresión de alguno de los defectos señalados, pero lo que no autoriza el mencionado precepto es que se rectifique la nota en el sentido de añadir en el informe registral nuevos defectos antes no constatados o se cambie su sentido con alteración de los términos y fundamento con que se redactó, ya que entonces se producirá la anómala situación de que se resolvería no el debate planteado, sino una cuestión distinta de la que incluso no ha llegado a tener conocimiento el recurrente por haberse redactado la nueva nota en un ulterior escrito del Registrador.»

«En el presente caso, aunque se pretenda mantener que se ha suavizado, fundándose en el artículo 116 del Reglamento —con una rectificación parcial— la primitiva nota, al transformarse un defecto insubsanable en dos de carácter subsanable, el examen de la misma muestra con claridad que ha habido un total cambio en su contenido, ya que la primitiva alegaba la incapacidad del cónyuge no administrador para adquirir bienes para la sociedad de gananciales, y en la nueva —redactada al emitir el informe— se exige la constancia en la escritura calificada de una serie de datos y la necesidad de la intervención del marido para el acto realizado o la justificación de la causa que haría innecesaria su intervención.»

«Al no haber atendido los Registradores los argumentos y peticiones del Notario recurrente y admitido que los artículos 5, 63 y 1.441 del Código Civil, que sirven de fundamento a la nota discutida, no se encuentran infringidos, y en consecuencia la dejan sin efecto en la forma redactada, carece de interés el entrar en su examen, dada la coincidencia de pareceres de todos los interesados en el recurso acerca de su no admisión.»

«De accederse a resolver el recurso en los nuevos términos planteados, resultaría que la resolución definitiva haría referencia a una nota de calificación de la que no existe constancia en la escritura calificada, con lo que se produciría una total incongruencia entre la resolución adoptada y la materia que ha sido objeto de recurso.»

Consideraciones críticas

Son ciertamente importantes los dos temas o cuestiones que se abordan en la presente Resolución, afectando el primero de ellos al principio o facultad de la calificación y el segundo, dentro también del mismo principio, a la fuerza vinculante de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Creo que ambos suponen el gran matiz de lo que significa la calificación: la grandeza de su independencia. El primero supone la existencia sucesiva de dos mentes discutiendo sobre un mismo problema y el segundo la valentía de ir contra argumentos que para su manera de enfocar el problema no sirven. Ambos son una clara manifestación del principio de libertad jurídica por el que la calificación se rige. Esta nota, junto con otras muchas, es el gran argumento jurídico que demuestra hasta qué punto están totalmente equivocados aquellos que pretenden encuadrar en la categoría de *funcionarios administrativos* a los que reciben el

poder de calificación. Y como los dos puntos son los que debemos abordar, vamos a ir por sucesivas partes.

A) *La rectificación de la calificación en todo o en parte*

El título elegido es la literalidad de la frase que emplea el artículo 116 del Reglamento Hipotecario en su primera parte al contemplar el supuesto de emisión de un informe por Registrador que no sea el mismo que ha calificado. Dice dicho artículo que: «El Registrador a quien se pida el informe, sea o no el mismo que hizo la calificación, podrá RECTIFICAR ésta en todo o en parte...». Aunque el poder de rectificación es general para los dos supuestos que pueden darse: ser o no el mismo que calificó, aquí los hechos nos obligan a circunscribirnos al segundo supuesto: cuando son dos Registradores distintos los que califican. El otro caso entra ya en el desfigurado recurso de «reposición» que parece encubrir el artículo. Claro que el recurso de reposición en un país tan «sui generis» como el nuestro, en el que nadie quiere dar su brazo a torcer, nos lleva a una pérdida de tiempo enorme y a un desconocimiento de nuestra tozudez. Me gustaría manejar estadísticas que reflejasen las pocas veces en que ha prosperado favorablemente un recurso de reposición. Rectificar es de sabios, dicen, pero ir contra los actos propios puede ser también un buen principio.

Claro está que el artículo 116 del Reglamento no parece poder ser interpretado aisladamente, sino que es preciso relacionarlo con otros del mismo Reglamento, como pueden ser el 117 y el 127, que con su doctrina vienen a restringir los amplios caminos de la rectificación. En los hechos se nos dice que la calificación inicial del documento que se presentó a inscripción (una adquisición de mujer casada en su propio nombre y derecho, declarando que retiene en su poder el importe actual de las hipotecas que gravan el piso que adquiere, subrogándose en los derechos y obligaciones derivados de las mismas) recayó una calificación denegatoria en la que al carecer el cónyuge adquirente de poder para administrar bienes no puede tampoco adquirir para la sociedad de gananciales, existe una transgresión de los artículos 5, 59, 63, 1.315, 1.401, 1.407 y 1.441 del Código civil.

El Notario otorgante de la escritura, gran experto en ganar recursos sobre adquisiciones de mujer casada después de la reforma del Código civil, arremete contra el fondo de la cuestión planteada y a la serie de argumentos que utilizó en otras ocasiones añade algunos más, pero cuando a través de un escrito creyó ganado el recurso, cesan los tres titulares que habían puesto la nota calificadora, uno por jubilación y los otros por traslado, y aparecen en escena otros Registradores que, amparándose en el artículo 116 del Reglamento Hipotecario, reconocen el error sufrido por sus antecesores al citar los artículos 5, 63 y 1.441 del Código civil, aprecian la falta de una frase y atenúan la calificación recurrida, dejando la nota calificadora de la siguiente forma: faltan datos para una calificación precisa por no determinarse el régimen matrimonial; que aceptando el sistema ganancial es requisito la intervención marital o acreditar la causa de su no intervención y que esos defectos son subsanables. La rectificación de la nota se hace al amparo de la doctrina emanada de la Resolución de 4 de noviembre de 1968 y el fondo

de la cuestión está defendido con un conjunto de argumentos tan válidos jurídicamente como los que expone el Notario.

El Presidente de la Audiencia considera oportuna la nota nueva de calificación y ante la imposibilidad legal de aceptar una dúplica —que sería lo correcto— decide seguir el camino que marca la nueva nota calificadora apoyándose en dos Resoluciones de 1 de febrero de 1952 y 25 de abril de 1959. Ante todo ello el Notario apela el auto presidencial, ya que en el breve espacio de tiempo en que se le notifica la nueva nota y la fecha del auto presidencial (tres días naturales) apenas tiene tiempo para contestar a la nueva calificación, pero siempre le queda el recurso de la apelación. La Dirección General entiende que la primera nota queda sin efecto y que la segunda no puede ser considerada como válida al no estar autorizados los funcionarios que la emiten para ello. Se termina con la advertencia de que la doctrina de la Dirección debe ser tenida en cuenta en las calificaciones. Realmente resulta sorprendente todo ello.

Ante la solución que ofrece la doctrina de la Resolución es preciso reaccionar e intentar situar en su justo medio la facultad de rectificar en todo o en parte en su justa medida. El criterio de la Dirección es considerar que el Registrador que ha de emitir el informe, al ser distinto del que puso la nota, puede rectificar en todo o en parte «si se conforma con la petición del recurrente». Es decir, debe rectificar a gusto del recurrente, pero nunca en contra del mismo. Lo cual nos lleva a dar por inútil el párrafo primero del artículo 116 del Reglamento, ya que todo queda reducido al segundo. Queda, pues, sin efecto el principio de libertad de calificación, considerando al Registrador que interviene en el otorgamiento del informe como una especie de heredero que se subroga en la voluntad del causante, pero con la facultad de traicionarle si estima que se ha equivocado y que el que tiene la razón es el recurrente. La razón fundamental en que todo ello se apoya es que si al nuevo Registrador, o al antiguo, se le permitiera rectificar la calificación agravando la nota de su antecesor tendríamos una *notable indefensión* del recurrente, y a mí se me ocurre pensar que si lo que se trata de proteger es la posibilidad de defensa del recurrente debió concedérsele un nuevo plazo para contestar, aunque siempre lo tiene en la posible apelación ante la Audiencia, pero aun admitiendo esto, también hay que intentar salvar la condición de «mandado» del nuevo Registrador que debe quedar vinculado y sin posibilidad de defensa por la nota de su antecesor. Esto, que quizá sea un principio de economía procesal, se convierte en una notoria alteración del principio de igualdad jurídica de las partes ante una fase de alegaciones.

Creo que todo el gran equívoco que sufre la doctrina y la Dirección (y al hablar de doctrina me incluyo por la cita que luego haré) reside en que en ese artículo 116 deben destacarse dos casos, sin perjuicio de que puedan existir muchos más, claramente diferenciados:

a) El del Registrador que pone una nota y que visto el recurso que se le interpone, rectifica la misma y se allana a la demanda. Es el claro caso a que se está refiriendo el párrafo segundo de dicho artículo y que, al decir de la doctrina, no es más que una manifestación del recurso de reposición,

en la que se brinda la oportunidad a una persona de ir contra sus propios actos y hacer posible lo que antes decíamos: rectificar es de sabios.

También cabe que al rectificar lo haga sujetándose a los límites que establecen los artículos 117, 118 y 127 del mismo Reglamento, es decir, no añadir defectos nuevos, limitarse a dulcificar la nota, pero nunca agravarla.

b) El segundo supuesto es que el que informe sea distinto del que puso la nota. Ya aquí sería muy discutible que pueda hablarse de recurso de reposición, pues al tratarse de persona distinta (y cuidado que aquí no se trata de un funcionario que sustituya a otro, sino de una responsabilidad personal que sustituye a otra) ya no debe encajar mucho lo del recurso de reposición. Mis limitados conocimientos de la rama administrativa me hacen pensar en que estaremos ante un recurso de reposición cuando «se presenta ante la misma autoridad que dictó la resolución impugnada» (GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen III, Madrid, 1963). Y aquí es otra distinta que actúa en nombre propio, bajo su exclusiva responsabilidad y que nada le une con la anterior más que la del compañerismo y pertenecer a un mismo cuerpo. Es decir, no estamos en el campo administrativo.

A mi entender, por todo ello, creo que cuando el que emite el informe es otro Registrador puede perfectamente utilizar la facultad que le concede el párrafo primero y la rectificación puede tener una amplitud total o parcial, incluso puede allanarse a las pretensiones del recurrente. Es decir, respetando el criterio del 117 del Reglamento que marca los límites de la calificación en general y, si se me apura, el 127 que exige incluir todos los motivos de suspensión o denegación. ¿Qué es lo que hace el nuevo Registrador al emitir un informe sobre una calificación hecha? Someterse, según la Dirección, al criterio que le marca la nota sin poder añadir ni quitar nada que perjudique al recurrente, aunque en dicha calificación se hayan dejado olvidados o poco precisados otros motivos y aunque se le faculte para rectificar «LA CALIFICACION», no el informe, en TODO O EN PARTE.

A mí se me hace duro el criterio que se implanta, pero quiero aportar al lector la opinión autorizada de alguno de los que intervinieron en la Comisión de reforma del Reglamento que supone brindar lo que podríamos llamar intención del legislador. Me estoy refiriendo a La Rica («Comentario al nuevo Reglamento Hipotecario». Modificaciones, Madrid, 1949), quien sostiene una opinión muy en la línea de lo que dice la Dirección. «Esta nueva regla —se está refiriendo al nuevo artículo 116 del Reglamento— es del mayor interés. Viene a conceder al Registrador un derecho a «allanarse a la demanda», que antes no se le concedía. Con vista de la argumentación del escrito interponiendo el recurso, el Registrador puede reconsiderar el asunto y si aprecia que su primitivo criterio era erróneo, rectificarlo. Esto es tanto más importante, cuanto que el informe puede evacuarlo un Registrador distinto al que suscribió la nota de calificación, y su criterio jurídico, en los casos dudosos, puede ser diferente. (Sobre este punto, téngase en cuenta que según la jurisprudencia debe informar el Registrador que calificó, aunque haya pasado a otro Registro, pero en todo caso debe hacerlo el nuevo titular del registro en que se hizo la calificación, Resoluciones de 21 de noviembre de 1889 y 23 de marzo de 1926.) Claro es que la rectificación total o parcial de la calificación sólo tiene o puede **tener efectividad cuando la hace el Registrador que**

desempeñe al Registro en que aquélla se hizo (lo subrayado es mío), pues la hecha por el que cambie destino, no puede tenerla si sostiene íntegramente la calificación su superior. Por ello, el Reglamento expresamente se refiere a aquel funcionario, y aclara que «sea o no el mismo que hizo la calificación recurrida».

Añade dicho autor que la rectificación sólo se concibe en el sentido de no mantener todos o algunos de los defectos señalados, es decir, de atenuación de la nota, pero nunca en el sentido de agravación, fundándose en los conocidos términos de los artículos 117 y 127 del Reglamento.

Recorriendo el resto de la doctrina sólo se encuentran argumentos favorables a la tesis que mantiene la Resolución comentada. Roca Sastre («Derecho Hipotecario», Barcelona, 1968) se limita a centrar el tema hablando de un posible recurso de reposición; Sanz Fernández («Instituciones de Derecho Hipotecario», Madrid, 1953), sin embargo, no identifica el párrafo primero del 116 del Reglamento con el segundo, aunque al tratar del primero no analice el término rectificar en el sentido de no poder agravar la posición del recurrente. Nosotros (Chico-Bonilla, «Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral», Madrid, 1967) entendíamos restrictivamente dicho artículo y pensamos que la aparente facultad rectificadora quedaba limitada por la idea de no poder agravar la nota en ella. Tirso Carretero (comentario a esta Resolución en Rev. Cr. Dr. Inm., noviembre-diciembre 1979, pág. 1380 y ss.) hace un alarde de aportaciones doctrinales, jurisprudenciales y hasta históricas de los preceptos en juego, pero al construir su obra nueva brinda mucha arena. Es decir, se dirige al caso concreto de la Resolución y elude, como aconseja el sentido común, pronunciarse por una doctrina general. De todas formas hay base en sus razones para apoyar nuestra actual postura.

Resulta difícil extraer de la doctrina de la Dirección General una dirección unitaria que permita apoyar la decisión actual en una trayectoria histórica y repetida. Es bien cierto que existen ciertas resoluciones en las que se rechaza las alegaciones basadas en documentos que no fueron presentados en tiempo y forma, como las de 3 de diciembre de 1938, 9 de febrero de 1943, 25 de mayo de 1962 y 14 de febrero de 1965, pero hay otras en que se repite la cantinela de que el Registrador puede rectificar en todo o en parte y conformarse con la petición del recurrente, pero no puede modificar, ampliar o adicionar con nuevos defectos la calificación mientras no se decida el recurso, porque provocaría la indefensión del recurrente, aunque todo ello está dicho sobre la base de ser el mismo Registrador informante que él extendió la nota de calificación (Resolución de 1 de febrero de 1952). Igualmente cabe añadir la de 29 de abril de 1959, todas ellas manejadas por el recurrente y la Audiencia, con sentido abiertamente contrario, presupone una nueva calificación y unos nuevos motivos y, sin embargo, la Dirección entra en el fondo de la cuestión y no elude lo que en la presente ofrece.

Ante todo ello habría que sacar unas conclusiones de tipo general y también referidas al caso concreto que la Resolución plantea y que insólitamente queda sin resolver apoyándose en esa interpretación del artículo 116 del Reglamento Hipotecario:

1.^a Que no es lo mismo que la nota sea informada por el Registrador que la redactó y asumió, que la que puede redactar otro distinto, ya que en

el primer caso la doctrina de los actos propios sólo admite una rectificación de allanamiento ante las afirmaciones del recurrente, mientras que en el segundo el artículo 116 del Reglamento Hipotecario debe ser interpretado en forma amplia dando facilidades al nuevo Registrador para rectificar en todo o en parte la nota calificadora en base del principio de libertad y, sobre todo, del de responsabilidad.

2.ª El caso concreto que nos ocupa no supone una alteración sustancial de la nota calificadora—que pudiera ser válido si se acepta mi conclusión anterior—, ya que se confunde por la Dirección General lo que es añadir defectos nuevos y distintos y alteración de los términos con que se modifica la nota. Tirso Carretero, en este punto, es auténticamente preciso al referirse a que no resulta exacto en que la primera nota contuviese un defecto y la segunda dos, ya que en ambas había un defecto único que fue insubsanable en la primera y subsanable en la segunda. Y también el citado autor acierta al considerar que al redactar el segundo Registrador la segunda nota no deja sin efecto la primera, sino que lo que hace es rectificarla, suavizándola, cambiando el defecto insubsanable en subsanable y matizando los preceptos del Código civil de los que había que decidir su normativa sobre compras por mujer casada sin intervención del marido.

3.ª El haber eludido entrar en el fondo del asunto por esa serie de razones que se desprenden de los considerandos primeros de la Resolución y de los mismos acuerdos que preceden a la misma, demuestra una total indiferencia con el recurso que plantea el Notario frente a la decisión del Presidente de la Audiencia que en su auto da la razón a la nota del Registrador y aquí es donde el tema se hace polémico y donde se descubre la falta de rigor interpretativo de la doctrina. Se ha especulado mucho con la relación que existe entre los artículos 116, 117 y 127 del Reglamento Hipotecario, incluso se cita también el 118, pero a la hora de la decisión se olvida este último, ya que en el mismo se dice que la resolución, se refiere al auto presidencial, deberá ser clara, precisa y congruente con las pretensiones deducidas en el procedimiento, dictándose en forma análoga la resolución de la Dirección General, conforme dispone el artículo 123 del R. H. Ello supone un claro contraste entre la forma de interpretar restrictivamente unos artículos sobre la posibilidad de una «rectificación» y otros en los que se impone una rigurosa concreción. Era preciso, como dice Tirso Carretero, revocar «explícitamente» el auto presidencial y las notas en las que se apoyaba. Es sorprendente la reacción de la Dirección.

B) *Fuerza vinculante de las resoluciones*

A mí este tema me ha preocupado enormemente siempre, pues habiendo una doctrina emanada del Centro superior directivo parece, a primera vista, que debe ser tenida en cuenta en toda calificación. Pero no creo que pasen dichas resoluciones de ser un criterio orientador de la decisión registral, ya que el Registrador en el ejercicio de su función goza de plena libertad, sin que nadie—ni la autoridad judicial—pueda imponerle un criterio (artículo 136 del Reglamento Hipotecario).

Quizá sea importante destacar los cuatro grandes caracteres que adornan a las Resoluciones de la Dirección en ninguna de las cuales se destaca ese aspecto vinculante que parece pretender la que comentamos. Podríamos señalar que las Resoluciones de la Dirección General: 1) Impiden que pueda entablarse un nuevo recurso sobre el mismo asunto (Resolución de 21 de noviembre de 1889). 2) Ejecutorias (Resoluciones de 3 de mayo de 1890). 3) Causan estado en el orden administrativo (Resolución de 14 de enero de 1893) y 4) Tienen carácter definitivo (Resolución de 14 de febrero de 1957). De estas notas no se deduce que la recomendación que la Dirección General plasma en su tercera decisión que trata de justificar luego la Resolución sea vinculante, pues el decir que «los Registradores de la Propiedad, dentro de la independencia con que ejercen la función, tengan en cuenta, al calificar los actos y contratos realizados por mujer casada en régimen de gananciales, la doctrina de este Centro sobre el particular y que parece recogida, entre otras, en las Resoluciones de 8 de febrero de 1977 y 4 de mayo de 1978», no significa más que una recomendación que, de no cumplirla y por razones de ignorancia, podría dar lugar a una amonestación, pero nunca a una vinculación, ya que, si bien, no puede volverse sobre el caso particularmente juzgado, sí pueden apreciarse matices, motivos, razones, causas o supuestos distintos que hagan nuevo el recurso y que obliguen a una nueva decisión.

Por ello, en principio, esta recomendación me parece extemporánea, sobre todo cuando en la Resolución se abstiene la Dirección de resolverse el problema de fondo o sustancial. Si hubiera habido lugar a pronunciarse sobre este punto hasta estaría justificado una advertencia de este tipo, pero no entrando en el mismo entiendo que huelga... y huelga general. Menos mal que en esta opinión me secunda Tirso Carretero que, con su prudente y acertado criterio, califica de insólito el acuerdo de la Dirección. Los motivos pueden ser los constantes recursos sobre una materia que nacida torpemente del legislador ha provocado innumerables criterios diferenciales, pero no creo que ello justifique una salida de tono de la Dirección por la cuantía y reiteración de materias, tan ricas, de otra parte, en matices diferenciales. Pero no resulta disonante tal recomendación cuando la doctrina anterior que ofrece restringe, limita y subordina la voluntad calificadora a la posición favorable del recurrente.

También Tirso Carretero se hace eco de la cita incompleta de Resoluciones «a tener en cuenta» por el Registrador en su calificación, ya que sólo la Dirección se refiere a la de 8 de febrero de 1977 y 4 de mayo de 1978, cuando hay diversas más que parece no deben tenerse en cuenta. La de 1977 (8 de febrero) se refiere a un caso de adquisición de mujer casada sin administración y con precio confesado y la de 4 de mayo de 1978 resuelve el problema del precio aplazado en forma un tanto particular, ya que había separación de hecho, condición resolutoria y afirmación del precio parafernál. Luego hay la de 11 de febrero de 1977, 26 de febrero de 1977, 27 de septiembre de 1978 y 22 de noviembre de 1978. ¿También habrá que atender a estas últimas Resoluciones o sólo a las dos primeras que parecen resolver todos los problemas que la modificación del Código civil—precipitada y defectuosa—parecen dejar zanjados?

Quede así el comentario crítico de esta Resolución que sembrará dudas,

inquietudes y zozobras no sólo en el intérprete, sino en quien con toda grandeza y servidumbre ejerce la noble función de la calificación. Y la calificación no es una decisión caprichosa que trate de ir contra doctrinas o formas de entender el precepto, sino que es una calificación honrada, estudiada y jurídicamente formulada. Ella, en el fondo, no es más que la gran manifestación de esa forma de resolver problemas, construyendo figuras jurídicas a través de su admisión, velando por la legalidad vigente y aportando las bases de la llamada «jurisprudencia de problemas» que como meta ha rematado la de conceptos y la de intereses. A mi entender sujetarla de una parte a la posibilidad de tener que ajustarse a un criterio mantenido por quien extendió la primera nota calificadora, sin posibilidad de ejercer el derecho de rectificación que el artículo 116 le concede y, de otra, vincularse a un criterio doctrinal mantenido por la Dirección General —que a veces varía en su trayectoria histórica— es negar la libertad e independencia de la noble función calificadora, aparte de reducir el campo vivo del Derecho a casos específicamente contemplados. Es, en suma, la negación de una posible «jurisprudencia de problemas».

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

1. LA ACTUALIZACION DE UNA PENSION DE ALIMENTOS

*(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo
de 16 de noviembre de 1978)*

SUMARIO: 1) El caso de autos y las decisiones de los Tribunales.—2) La posición interpretativa del Tribunal Supremo respecto al artículo 147 del Código civil.—3) La naturaleza jurídica de la deuda de alimentos.

1. *El caso de autos y las decisiones de los Tribunales*

En un matrimonio canónico, con tres hijos menores de edad, la esposa se ve obligada a solicitar la separación conyugal ante el Tribunal Eclesiástico, el cual, declara al esposo culpable, por lo que se ponen a los tres hijos bajo la potestad, protección y custodia de la madre, según ha de confirmar el Juzgado de Primera Instancia.

Durante el trámite del procedimiento canónico durante el año 1974, se toman las medidas provisionales por el Juzgado y se concede a la esposa, además de la guarda y custodia de los menores, una pensión alimenticia de 135.000 pesetas mensuales, más 5.000 pesetas al mes por honorarios de profesores particulares a los niños, con independencia de los gastos de colegio.

En el año 1976, al quedar sin efecto las medidas provisionales de separación, la esposa demanda la elevación de la pensión alimenticia para sí y sus hijos a 350.000 pesetas mensuales, en proporción a las necesidades de los alimentistas, con arreglo al nivel social y económico que les corresponde y a los ingresos (confesados) del esposo y padre demandado, Notario de Madrid, que en el año anterior habían alcanzado los doce millones de pesetas anuales. Además, que dicha cantidad por alimentos se revise periódicamente, cada dos años, con arreglo a las variaciones que experimente el índice del coste de vida.

El Juez de Primera Instancia dicta Sentencia el 18 de mayo de 1976 y estima la demanda, sin costas. Apelada la sentencia por el esposo ante la Audiencia Territorial, ésta dicta Sentencia el 2 de mayo de 1977, revocando en parte la apelada y concediendo a la actora y sus hijos la suma de 200.000 pesetas mensuales, sin la estabilización bianual pedida, confirmando el resto de los pronunciamientos.

La esposa plantea recurso de casación por infracción de ley ante el Tribunal Supremo, el cual, en su Sentencia de 16 de noviembre de 1978, lo rechaza, en base a los considerandos siguientes: "Que la desestimación de los motivos primero y segundo de casación formulados por la recurrente... referida a la actualización de las pensiones alimenticias... alega interpretación errónea de la doctrina legal consagrada por esta Sala sobre la cláusula de estabilización y la cláusula *rebus sic stantibus*, tendente a corregir los efectos de la devaluación del dinero en el pago de las deudas, es consecuencia de que, en materia de alimentos y en orden a su incremento o disminución, no entran en juego las reglas genéricas de actualización, estabilización y correcciones de valor dinerario, entre sí sólo apreciables, sino la norma específica, sancionada por el artículo 147 del Código civil, que en cuanto previene que los alimentos... "se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiese de satisfacerlos", está proclamando, sin duda alguna, que lo a tener en cuenta al respecto no es meramente las alteraciones del valor monetario, sino el de las necesidades del que los recibe y del que haya de abonarlos, de conformidad con las alteraciones que al respecto periódicamente se produzcan, mediante también la concreta y periódica declaración judicial al respecto, de no producirse acuerdo entre las partes, a cuyo efecto ciertamente han de ser susceptibles de tomar en cuenta, entre otras circunstancias, las que puedan emanar de actualizaciones que provengan de estabilizaciones y devaluaciones monetarias, pues, no entenderlo así tanto significaría el mantenimiento de situaciones inseguras e indeterminadas, puesto que, ante la falta de acuerdo, las apreciaciones emanantes de aquellas específicas circunstancias precisan evidentemente de una constatación y adecuada decisión judicial que con fundamento en aquélla establezca el módulo revisor correspondiente a la asignación alimenticia que se reconozca."

2. *La posición interpretativa del Tribunal Supremo respecto al artículo 147 del Código civil*

Con esta Sentencia, el Tribunal Supremo se mantiene dentro de una línea tradicional interpretativa respecto al contenido específico que entraña el artículo 147 del Código civil, en cuanto a sus presupuestos subjetivos y objetivos, al lograr y poner en evidencia el alcance de los mismos respecto a la finalidad justa y equitativa que se quiere impartir respecto a las personas interesadas.

Si los presupuestos subjetivos han sido siempre la base determinante sobre la que se llega a la concreción de la pensión alimentaria —las "necesidades del alimentista" y la "fortuna del que hubiera de satisfacerlos"—, en cambio, carecían de relevancia aquellas otras circunstancias objetivas externas, o riesgos, como la de las leves alteraciones monetarias, las cuales apenas eran repercutibles, dada su escasa variación en el poder adquisitivo del dinero.

No obstante, cuando estas alteraciones monetarias se hacen bruscas y relevantes de una manera muy singular y repercuten en el alcance del poder adquisitivo de una cantidad de dinero, rebajándola drásticamente, de modo que dicha suma o cantidad monetaria determinada deje ya de cumplir la finalidad para la cual se había concretado por las partes o judicialmente, no cabe duda que contribuye a modificar las "necesidades del alimentista", como también la fortuna o ingresos del que hubiere de satisfacerlas; ahora bien, si para el alimentista, ante la inflación, se rebaja el poder adquisitivo de la suma que recibe por alimentos, para el alimentante también repercute en sus ingresos, si permanecen los mismos, dejando de ser así cuando se aumentan y prosperan.

En la deuda de alimentos, cuando la prestación no es material o asistencial por parte del obligado, "recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos" (art. 149), sino valorativa y equivalente, "pagando la pensión que se fije" en dinero (art. 149), tal como sucede en el caso de autos, los efectos de la depreciación y devaluación de la moneda resultan muy evidentes en cuanto a la disminución del poder adquisitivo de la cuantía estimada con anterioridad.

En un caso análogo, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de valorar, concretamente, los efectos de la devaluación del poder adquisitivo de la moneda como consecuencia de la inflación habida dentro de un período concreto, como fue el de 1962 a 1973, que afectaba particularmente a la cuantía de una pensión por alimentos. Entonces, la Sentencia de 14 de febrero de 1976 (1), hacía patente cómo "la devaluación del poder adquisitivo de la moneda, como consecuencia de la inflación... no puede menos de ser incluida entre las causas que deben tenerse en cuenta por los Tribunales para producir la elevación de las pensiones a que se refiere el artículo 147 del Código civil, porque al indicarse en éste que tal hecho dependerá del aumento que sufran las necesidades del alimentista, no es posible interpretar la frase entrecomillada en un sentido unilateral y estricto". Además, abundaba que "la *ratio legis* del artículo 147 no se cumpliría de no actualizarse el *quantum* de la pensión en armonía con la erosión que el dinero hubiera sufrido, puesto que de otra forma se obligaría al alimentista a disminuir, reducir o dejar de atender a alguna de ellas, rebajando su condición social".

Un año más tarde, la Sentencia de 5 de octubre de 1977 (2), en otro caso análogo, prefería mantenerse dentro de los condicionamientos literales del artículo 147 del Código civil para su interpretación, sin referirse a la invocación que hacía la demandante en cuanto a la insuficiencia de su pensión por la devaluación monetaria y consiguiente pérdida del poder adquisitivo de la cuantía de su pensión; por eso, simplemente, ponía como fundamento de la actualización de una deuda de ali-

(1) Entonces, mi comentario: *La pensión de alimentos ante la depreciación monetaria*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXX-3 (1977) páginas 716 y ss.

(2) También, mi comentario: *La elevación de la cuantía de los alimentos provisionales*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXX-4 (1978) págs. 869 y ss.

mentos "las variaciones de las necesidades del alimentista y de la fortuna del que hubiera de satisfacerlos", añadiendo que eran "factores que cuando se alteran a través del transcurso del tiempo, han de poder concordarse, según la letra del artículo 147 del Código civil, y así lo ha reconocido la jurisprudencia de este Tribunal, en las Sentencias, entre otras, de 25 de marzo de 1906 y en la más reciente de catorce de febrero de 1976".

En la presente Sentencia de 16 de noviembre de 1978 debe destacarse la valoración conjunta que hace de ambos aspectos, o mejor dicho, de las dos causas de alteración (la subjetiva o personal de las partes y la objetiva o externa de la inflación) que deben tomarse en cuenta para la modificación de la pensión alimenticia. Efectivamente, si la pensión alimentaria ha de reducirse o aumentarse proporcionalmente, según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlas, lo que se toma en cuenta al respecto no son meramente las alteraciones del valor monetario, sino fundamentalmente las necesidades del que la recibe. De este modo, la Sentencia sopesa ambas causas, por lo que concluye que "ciertamente han de ser susceptibles de tomarse en cuenta, entre otras circunstancias, las que puedan emanar de actualizaciones que provengan de estabilizaciones y devaluaciones monetarias".

Sin embargo, la Sentencia matiza que una alteración monetaria, en sí misma considerada, no sería una causa idónea para el aumento o disminución de la cuantía de la pensión alimenticia. Y ello es verdad, porque si se trata de una desvalorización de la moneda, o ya de una depreciación de la misma, tanto afecta al alimentista como al alimentado la pérdida del poder adquisitivo de la moneda que se deba dar y recibir. Ahora bien, cuando la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, sus efectos, se limitan a una sola de las partes, el alimentado, como sucede en el caso de autos, mientras se soslaya aquella pérdida por el alimentista, que obtiene mayores ingresos y recursos, la causa general de la igualdad por alteración monetaria deja de incidir en ambas partes para afectar a una sola de ellas, el alimentado, que sólo cuenta con unos recursos fijos. Es, entonces, al quedar destruida la proporcionalidad del objeto de la prestación o cuantía en la deuda de alimentos, cuando se evidencia la disminución de la pérdida del poder adquisitivo de la suma o cuantía fijada como alimentos.

Menos convincentes son los argumentos empleados por la Sentencia en su primer considerando, al responder y rechazar las confusas alegaciones de la recurrente acerca de la doctrina legal de las "cláusulas de estabilización" y de la "cláusula *rebus sic stantibus*", tendentes a corregir los efectos de la devaluación del dinero en el pago de las deudas. A mi juicio, no es suficiente haber respondido según hace la presente Sentencia, que "en materia de alimentos, y en orden a su incremento o disminución, no entran en juego las reglas genéricas de actualización, estabilización y correcciones de valor dinerario, en sí sólo apreciables, sino la norma específica sancionada por el artículo 147 del Código civil", porque, si bien es cierto que la norma concreta de aplicación al caso

de autos es la establecida preceptivamente por el Código civil, no obstante, ella va ligada a otra, también de necesaria aplicación, como es la que prescribe el modo de prestar los alimentos (art. 149), o sea, mediante el pago de la pensión que se fije o determine; y, el modo de fijar la pensión se hace a través de una cuantificación en dinero, mediante el pago de una suma o cantidad equivalente al valor patrimonial debido como alimentos, los cuales, componen el objeto inmediato de la prestación alimentaria, pero que, opcional y finalmente son pagados en dinero.

Ante el carácter facultativo de esta normativa, se hace necesario insistir sobre la naturaleza jurídica de la deuda de alimentos con el fin de determinar sus efectos concretos cuando se ha elegido para su cumplimiento el pago de una cantidad o suma de dinero.

3. La naturaleza jurídica de la deuda de alimentos

Cuando el alimentante ha optado, o el Juez ha decidido, que el cumplimiento de una pensión alimenticia se haga en dinero, su cuantía debe alcanzar una suma que permita satisfacer todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia"; además, "los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad" (art. 142 del Código civil).

Ahora bien, ante una instancia judicial, la determinación de la cuantía de los alimentos es una cuestión de hecho, por lo cual, si bien las partes presentan sus pretensiones, es el Juez o Tribunal quien la fija o resuelve (S. 24 mayo 1934); o sea, que las manifestaciones de los litigantes no son actos auténticos que sirvan para combatir en casación el criterio del juzgador respecto a la cuantía de los alimentos (S. 8 diciembre 1933). Constituye doctrina legal (3), pues, que la determinación de la cuantía de los alimentos corresponde al prudente arbitrio del Tribunal sentenciador, cuyo criterio no pueden sustituir las partes eficazmente con el suyo propio y personal, al efecto de impugnar aquél en casación, mientras no se demuestre infracción legal, se desconozca la naturaleza y alcance de la obligación, según la define el artículo 142, o se prescinda para fijar su importe de los elementos de juicio y bases de proporcionalidad que establece el artículo 146.

La fijación de la cuantía dineraria de una deuda de alimentos que realizan el Juez o el Tribunal de Instancia superior, en cuanto cuestión de hecho, ha de atenerse al caso particular en conflicto y de acuerdo con los condicionamientos personales concretos que establecen los artículos 142 y 147 del Código civil.

Esta operación de fijación de la cuantía dineraria en una deuda de

(3) Sentencias 15 diciembre 1896, 11 octubre 1899, 5 junio 1900, 28 junio 1901, 30 mayo 1903, 30 enero 1904, 5 diciembre 1911, 29 marzo 1916, 6 junio 1917, 20 febrero 1925, 26 junio 1930, 20 diciembre 1934, 6 y 17 febrero 1942, 20 diciembre 1942, 24 junio 1946, 13 abril y 28 junio 1951, 24 febrero 1955, 14 enero 1956, 12 marzo 1958, 14 abril 1962, 7 octubre y 2 diciembre 1970 y 16 noviembre 1978.

alimentos, según advirtió ya Ascarelli (4), implica dos cuestiones fundamentales: Una, la que se refiere a la determinación del valor que constituye el objeto de la prestación de la deuda; otra, la que tiene por objeto la liquidación de tal valor o su conversión en una suma de dinero de curso legal.

La deuda de alimentos, pues, viene constituida por un débito cuyo objeto de su prestación es un valor patrimonial complejo, tal como lo determina el artículo 142 del Código civil, al comprender y abarcar todo aquello que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, la educación e instrucción. Ahora bien, la valoración de ese conjunto de necesidades vitales debe ser realizada de acuerdo con los términos legales, es decir, “según la posición social de la familia”; se trata, así, de un criterio relativo, adecuado, realista y liberal, que viene confiado al arbitrio judicial.

Por tanto, una primera nota característica de la deuda de alimentos, que revela su particular naturaleza jurídica, es la referente al objeto de su prestación, que se concreta en un valor patrimonial o económico que no es fijo, sino determinable *in natura* o en dinero. Para ello, la ley recoge las dos maneras que existen para dar satisfacción al acreedor o acreedores de una deuda alimenticia: “recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”, o, “pagando la pensión que se fije” (art. 149 Código civil).

La primera manera de dar los alimentos nos confirma que el objeto de la prestación es satisfacer una serie de necesidades que implican una asistencia y servicios concretos, aunque relativos en cuanto a su proporción, el estado y las condiciones de la persona y del hogar en que han de satisfacerse por el obligado.

La segunda manera de proporcionar alimentos entre las personas que se los deben resulta cuando las relaciones de convivencia aparecen amenazadas por la discordia, la incompatibilidad de caracteres o por mantener tan sólo su independencia; entonces, el legislador prevé esta segunda opción para que el dador de alimentos pueda ejercerla mediante el pago de una suma de dinero. La cuestión se plantea al no ponerse de acuerdo respecto a la suma debida, en cuanto resultado de la valoración de las prestaciones debidas.

De cualquier modo que sea, el resultado de la cantidad de dinero por alimentos, se advierte cómo de su prestación *in natura* se pasa a su prestación por el equivalente o *tantundem* de una suma de dinero. Ante dicha transformación, ¿puede decirse que ha cambiado la naturaleza de la deuda y que de una obligación de dar y hacer se ha transformado en una obligación pecuniaria?

El profesor Ascarelli, como después la mayor parte de la civilística (5), han caracterizado a la deuda de alimentos como una “deuda de

(4) ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie* (art. 1.277-1.284). Bologna-Roma, 1959, págs. 170 y 509.

(5) ASCARELLI, *Op. cit.*, pág. 172. Entre nosotros, LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia*, II (Barcelona, 1975), pág. 232; ARECHEDERRA, *Elevación de la cuantía de una pensión alimenticia establecida en pacto* (Sen-

valor" y no como una deuda pecuniaria, precisamente, porque el contenido del objeto de su prestación es un valor patrimonial o económico concreto que el deudor ha de prestar a su acreedor, bien de una manera específica o mediante su conversión a dinero; el que la fijación de la pensión se haga en dinero, se dice, obedece a criterios prácticos, como ocurre cuando la prestación del objeto debido se hace imposible, incómodo o molesto para darlo en especie, por lo que se plantea así y se resuelve la segunda cuestión de convertibilidad y liquidación en una suma de dinero de curso legal.

La deuda de valor, aunque resulte una deuda monetaria final, conserva su naturaleza originaria y esencial, tal como le ocurre a la deuda de alimentos; el contenido de su prestación inicial es siempre el satisfacer un conjunto de necesidades relativas y variables, por lo que no queda anclada definitivamente a una suma de dinero, que tan sólo es un medio o equivalente inmediato de realizarla. Mientras que en una deuda monetaria simple, o pecuniaria, la cantidad de dinero debida se hace invariable y fija nominalmente hasta el momento de su extinción y cumplimiento, en la deuda de valor el objeto de su prestación es un valor económico que, aunque es concreto y determinado inicialmente, puede ser determinable posteriormente en los sucesivos momentos de su pago, si han cambiado las circunstancias que lo predeterminaron. La deuda de valor, ya sea motivada por un solo acto, como el resarcimiento de un daño o la indemnización de perjuicios, o bien suponga una obligación de tracto sucesivo, como los alimentos, la jurisprudencia viene considerando como el momento más idóneo para la conversión de su valor patrimonial a dinero de curso legal el del "día de la ejecución de la sentencia" o aquél que el juzgador considera más equitativo al caso juzgado.

En la deuda de valor el objeto de su prestación resulta compuesto por un valor patrimonial concreto, por eso se dice por la doctrina que éste entra *in obligatione*, mientras que si es liquidado en dinero, tan sólo éste entra *in solutione*; el dinero es aquí la modalidad de ejecución por la que se satisface una parte periódica de la deuda, si bien el contenido de la deuda permanece como aquel valor patrimonial debido que no se agota con la suma de dinero entregada hasta que se extinga totalmente. En la deuda de alimentos cabe, así, la liquidez del *quantum* alimentario por la entrega de una suma concreta de dinero mientras no se modifiquen las circunstancias o presupuestos que la componen (art. 147 Código civil), ya que "los alimentos se reducirán o aumentarán proporcionalmente". Según advierte con acierto Arechederra (6), el dinero cumple aquí la función de medio de pago, la expresión numérica de la cuantía, ya que cumple una función de liquidación y no de transformación de una deuda de valor en una deuda pecuniaria, pues, lo debido en ella no es una cantidad cifrada como tal, sino la satisfacción de una necesidad

tencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1976), en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 517 (1976), págs. 1462 y ss.

(6) ARECHEDERRA, *Op. cit.*, pág. 1462.

que implica un valor económico debido, eso sí, evaluable y transformable en dinero.

Esta naturaleza jurídica de la deuda de alimentos en cuanto deuda de valor es reconocida por la jurisprudencia española, aunque incidentalmente, a propósito de otra figura obligatoria (un contrato de seguro), en la Sentencia de 27 de febrero de 1945, al hacer una simple referencia a ella, sin que, posteriormente, a pesar de haber tenido ocasiones concretas para declararlo, lo haya puntualizado concretamente, como pudo ser en las Sentencias de 14 de febrero de 1976, 5 de octubre de 1977 o, en la presente que comentamos, de 16 de noviembre de 1978.

Por lo que se refiere a estas últimas sentencias, al pretender la elevación o actualización de la cuantía de la deuda de alimentos, quizá el intérprete ha preferido poner de relieve los propios presupuestos y condicionamientos subjetivos que recoge la norma positiva (art. 147 del Código civil), sin necesidad de acudir a las posiciones teóricas o dogmatizantes en cuanto a la naturaleza jurídica de la distinción entre las deudas de valor y las deudas pecuniarias, actualmente discutida y puesta en entredicho por el profesor Von Maydell (7).

En estas tres últimas sentencias del Tribunal Supremo hay que destacar los justos límites a que ha sometido el papel que juegan las alteraciones monetarias, al sancionar su efecto indirecto en cuanto a la deuda de alimentos que se ha de pagar en dinero. De aquí que sea acertado el basarse en la *ratio legis* del art. 147 para la actualización del *quantum* de la pensión, así como en la erosión que sufre el poder adquisitivo del dinero (S. 14 febrero 1976). En cambio, no parece muy acertado invocar razones de analogía para la elevación de la pensión, con su doctrina legal establecida para las cláusulas de estabilización, tal como ahora hace en la presente Sentencia de 16 de noviembre de 1978, ya que no son necesarias ni adecuadas, por lo que es claro este *obiter dicta* que oscurece su propia y esmerada doctrina anterior.

José BONET CORREA

(7) V. MAYDELL, *Geldschuld und Gelwert. Die Bedeutung von Änderungen des Geldwertes für die Geldschulden*. München, 1974, pp. 92 ss.

2. EJECUCION DEFECTUOSA DE LA OBRA INMOBILIARIA.—RESPONSABILIDAD DEL PROMOTOR.—LEGITIMACION DE LOS SUBADQUIRENTES DE PISOS EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.—LEGITIMACION DEL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS.

(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979)

SUMARIO: I. Los hechos.—II. La Sentencia del Tribunal Supremo.—III. Consideraciones críticas: A) Referencia general a los problemas que se plantean. Plan de exposición. B) La legitimación del presidente de la Comunidad de Propietarios. C) La legitimación de los subadquirentes de pisos en régimen de propiedad horizontal para exigir indemnización por daños derivados del defectuoso cumplimiento de obligaciones dimanantes del contrato de obra. D) Las consecuencias jurídicas que motiva la existencia de vicios ocultos en los pisos, que no determinan su ruina. E) La consideración del promotor como vendedor y contratista.

I. LOS HECHOS

Un promotor puso en venta numerosos pisos, que fueron adquiridos por determinadas personas (1) a partir del año 1965, fecha en que fue concluida su edificación (2). Cuatro años después aparecieron visibles determinados vicios de construcción, que surgieron por no ser adecuado el mortero utilizado y por no haberse colocado correctamente el mismo. Estos vicios de construcción motivaron el desprendimiento de los azulejos de las terrazas de los pisos, afectando a su aspecto exterior y poniendo en grave peligro la integridad física de las personas que circulasen bajo las terrazas (3).

Ante semejante situación, la Comunidad de Propietarios de los citados

(1) Según consta en el Considerando segundo de la Sentencia, el recurrente señala que no ha sido probado que los actuales propietarios de los pisos fuesen los originarios compradores. Nuestro Tribunal Supremo admite la posibilidad de que algunos de los compradores transmitiesen su titularidad dominical a terceras personas (subadquirentes de los pisos).

(2) En la contestación a la demanda, que aparece en el Resultando segundo de la Sentencia, se afirma que la construcción quedó íntegramente terminada en el año 1965. A partir de este año el promotor procedió a la venta de todas las viviendas, y posteriormente otorgó las correspondientes escrituras de compraventa en favor de los adquirentes.

(3) Esta circunstancia debió ser tenida en cuenta por la Comunidad de Propietarios al demandar al promotor. Nótese que, según el artículo 1.907 del Código civil, el propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias.

pisos comunicó al promotor, por medio de cartas y por conducto notarial, los vicios de construcción observados, a fin de que éste los subsanase. Debido a que el citado promotor hizo caso omiso a estos requerimientos, la Comunidad de Propietarios adoptó, en Junta Extraordinaria, el acuerdo de demandarle judicialmente (4). La demanda fue interpuesta por su presidente, que actuó como representante de la Comunidad de Propietarios. Surgió así un juicio declarativo de menor cuantía.

El Juez de Primera Instancia dictó Sentencia, condenando al demandado a satisfacer al actor la cantidad de 260.400 pesetas, más los intereses legales devengados a partir de dicha resolución, sin imposición de costas. Apelada esta Sentencia por ambas partes litigantes, la Audiencia Territorial de Sevilla dictó Sentencia, condenando al demandado a pagar al actor la cantidad de 454.053 pesetas, y desestimando el pedimento relativo al pago de los intereses legales. Contra esta Sentencia, el promotor interpuso recurso de casación por infracción de ley, apoyado en diversos motivos, que aparecen mencionados en la Sentencia del Tribunal Supremo. Este recurso no prosperó, al confirmar nuestro Más Alto Tribunal la Sentencia de la Audiencia Territorial.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Considerando 1.º: «Que frente a la Sentencia pronunciada en el segundo grado jurisdiccional que, revocando parcialmente la apelada, condenó a la entidad «Vivienda H.» a satisfacer a la actora, en su carácter de presidente de la Junta rectora de la «Comunidad de Propietarios RCB, SF», la cantidad de cuatrocientas cincuenta y cuatro mil cincuenta y tres pesetas en concepto de resarcimiento por los defectos en la construcción determinantes del desdormimiento de los azulejos que alcanza a la totalidad de las terrazas del edificio, anomalía que comporta grave riesgo para los viandantes y que viene provocada por la inadecuación del mortero utilizado en la obra y su incorrecta aplicación, se alza el motivo primero del recurso que, por el cauce del número primero de mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia interpretación errónea del artículo mil doscientos cincuenta y tres del Código sustantivo producida, según se alega, al tener por acreditada la legitimación de doña I. A. C. para accionar como lo hace a pesar de que no probó documentalmente su titularidad dominical sobre alguno de los pisos que integran la mencionada situación de propiedad horizontal; impugnación que no puede prevalecer, pues según reiterada doctrina jurisprudencial, recogida entre otras en las Sentencias de veintidós

(4) El presidente de la Comunidad de Propietarios demanda exclusivamente al promotor. En la Sentencia no se plantea la posibilidad de que otros profesionales de la construcción (contratistas, arquitectos, etc.) fuesen responsables de la existencia de vicios en los pisos. Es interesante comprobar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1977, que comentamos en este ANUARIO (año 1978, fascículo III, págs. 667 y siguientes), declara responsable al contratista y exonera de toda responsabilidad al promotor que había vendido los pisos defectuosos.

de abril y quince de noviembre de mil novecientos setenta y siete y once de marzo de mil novecientos setenta y ocho, el punto referente a la existencia o inexistencia del enlace preciso y directo sobre el hecho demostrado y el que se pretende deducir a través de las presunciones viene encomendado a la libre apreciación del Tribunal sentenciador, sin que la conclusión obtenida sea censurable en casación, salvo que manifiestamente resulte ilógica, absurda o inverosímil, circunstancia que en modo alguno cabe apreciar en el caso de que se trata, pues la Sala de instancia, partiendo de la innegable realidad de que la sociedad promotora enajenó la totalidad de los pisos, cuyos respectivos dueños han pasado a formar dicha propiedad compartida, y de que está «justificado en las actuaciones que la demandante ostenta la representación de la comunidad en cuyo nombre acciona como presidente que es de la misma, concluye con toda lógica que tal cargo lleva presupuesta *ex lege* la condición de propietario por imperativo del artículo doce de la Ley de veintiuno de julio de mil novecientos sesenta, tanto más que no consta un solo elemento demostrativo en contrario, y tampoco puede olvidarse que la actuación representativa presidencial, colocada por su naturaleza en una zona intermedia entre la representación orgánica y la puramente voluntaria, «lleva implícita la de todos los titulares en juicio y fuera de él, con lo que se resuelve el delicado problema de la legitimación», en palabras del preámbulo de la citada ley, mayormente cuando el órgano ejecutivo se atuvo rigurosamente a la voluntad de la Junta de propietarios, según esta Sala tiene declarado en Sentencias de diecinueve de junio de mil novecientos setenta y cinco y cinco de junio de mil novecientos setenta y nueve.

Considerando 2.º: «Que por la misma vía aduce el motivo segundo del recurso infracción por violación de los artículos mil noventa y uno y mil doscientos cincuenta y siete del Código civil y de la jurisprudencia que invoca relativa a los límites subjetivos de la fuerza vinculante del contrato y la inoperancia de lo pactado en cuanto a los terceros, como regla general, preceptos y doctrina que se dicen quebrantados al haber sido acogida la acción de aquella comunidad de propietarios a pesar de que no ha sido probado el dato de que los actuales propietarios de las viviendas son los originarios contratantes; alegación improsperable, pues los derechos y obligaciones dimanantes del contrato trascienden a los causahabientes a título particular que penetran en la situación jurídica creada mediante negocio celebrado con el primitivo contratante, según señalan las sentencias de doce de noviembre de mil novecientos sesenta, veintisiete de junio de mil novecientos sesenta y uno, nueve de febrero y cinco de octubre de mil novecientos sesenta y cinco y veinticinco de abril de mil novecientos setenta y cinco, citadas por la recurrente, a las que cabe añadir la de primero de abril de mil novecientos setenta y siete, y por lo que concierne al contrato de ejecución de obra la legitimación activa del subadquirente de un piso en régimen de propiedad horizontal para entablar las acciones por prestación defectuosa o vicios en la cosa viene reconocida, con diverso fundamento, por la doctrina de los autores y ha sido proclamada por la Sentencia de cinco de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

Considerando 3.º: Que argumentos de la misma índole conducen a la ineficacia del motivo tercero, amparado igualmente en el ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal y basado en la aplicación indebida de los artículos mil ciento uno y mil ciento cuatro del Código civil, mencionados por el Tribunal *a quo* para la justa decisión de la *litis* y cuya inatención se ocasiona, al decir de la recurrente, por cuando no ha sido demostrado que los ahora integrantes de la «Comunidad de Propietarios RCB» son los directos adquirentes de la promotora demandada, lo que les priva de la acción indemnizatoria surgida del vínculo negocial, distinta de la específica regulada en el artículo mil quinientos noventa y uno como inherente a la titularidad del edificio; pero dicho queda que también pasan al comprador las acciones que asisten al comitente en el contrato de obra para combatir la ejecución defectuosa en cuanto protectoras del derecho transmitido al subadquirente, y no existen razones válidas para propugnar un régimen diferente respecto de la legitimación según se trate de vicios causantes de ruina o defectos que no la entrañen, pero signifiquen prestación irregular y como tal desprovista de efectos liberatorios por no ajustada a las reglas del arte, antes por el contrario habrá de entenderse que una y otra responsabilidad del empresario obedecen esencialmente a presupuestos de la misma naturaleza y presentan fundamentación no discrepante.

Considerando 4.º: Que en el campo del contrato de obra y con referencia al caso de ejecución defectuosa por no ajustada a la pericia profesional exigible, es claro que tal hipótesis, no prevista en la parca regulación del Código civil para evento distinto del aludido en el artículo mil quinientos noventa y uno, determinará la consiguiente responsabilidad del contratista con relación al comitente o su sucesor a título universal o particular, obligada como efecto de ese cumplimiento irregular o inexacto, derecho al resarcimiento que se actuará bien mediante la reparación *in natura* si así es postulada, realizando las obras de corrección necesarias, incluso a costa del contratista (artículos mil noventa y uno y mil noventa y ocho del Código civil), bien a través del cumplimiento por equivalencia (artículo mil ciento uno), siempre, claro está, que los vicios de la obra no revistan tal grado de imperfección que por hacerla impropia para satisfacer el interés del dueño permita el ejercicio de la acción resolutoria con arreglo al artículo mil ciento veinticuatro, soluciones las aludidas que vienen autorizadas por los principios generales de la responsabilidad contractual de correcta aplicación al tema, dada la carencia de preceptos concretos que contienen los modernos ordenamientos foráneos, según tiene declarado esta Sala en Sentencias de treinta de enero de mil novecientos setenta y cinco y quince de marzo de mil novecientos setenta y nueve, y se desprende del criterio ya mantenido por las de diez de noviembre de mil novecientos setenta, primero de febrero y veintiuno de noviembre de mil novecientos sesenta y uno y diecisiete de enero de mil novecientos setenta y cinco, resolviendo sobre resarcimiento por defectuosa ejecución de la obra; con lo que, por el mismo cauce de los anteriores, plantea la infracción por violación de los artículos mil cuatrocientos ochenta y cuatro y mil cuatrocientos noventa del Código civil, a

todas luces ajenos a una controversia que no se disciplina mediante la pauta de las acciones edilicias propias del contrato de compraventa, y si bien algún sector de la doctrina científica ha contemplado la posibilidad de aplicar las normas por vicios ocultos establecidas para esa modalidad contractual proyectándolas al arrendamiento de obra, ni tal parecer ha sido recibido por la jurisprudencia, ni sus propugnadores con reservas dejan de admitir las grandes dificultades que ofrece la solución, principalmente por la brevedad de los plazos que se seguirían para descubrir en tan escaso tiempo los defectos ocultos de lo edificado.

Considerando 5.º: Que el corolario de lo expuesto es la desestimación del motivo quinto del recurso, que aduce indebida aplicación de los artículos mil ciento uno y mil ciento cuatro del Código civil; cuando es patente que mal puede sostenerse que no ha sido demostrada la negligencia de la recurrente en la ejecución de la obra ni la inobservancia de la *lex artis*, siendo así que la Sentencia impugnada, a la vista de los rotundos informes periciales practicados afirma, sin que su valoración probatoria haya sido combatida en forma, que el origen de los daños cuya reparación se postula se encuentra en la inadecuación del mortero utilizado, así como la incorrecta forma de colocación del mismo.

III. CONSIDERACIONES CRITICAS

A) Referencia general a los problemas que se plantean. Plan de exposición.

La Sentencia que comentamos plantea una serie de interesantes problemas jurídicos de naturaleza diversa. Esta circunstancia hace necesario que los analicemos de una manera autónoma.

A nuestro juicio, son cuatro los problemas jurídicos fundamentales que suscita la lectura de esta Sentencia. En el Considerando primero se aborda el problema de la legitimación del presidente de la Comunidad de Propietarios para ejercitar una acción contra el promotor, que ha vendido unos pisos que presentan vicios. En los Considerandos segundo y tercero se plantea la debatida cuestión de la legitimación de los subadquirentes de pisos para entablar acciones por la existencia de vicios en éstos. El Tribunal Supremo se refiere al principio de la relatividad del contrato, y, principalmente, a la posición jurídica del causahabiente a título particular. De sumo interés es el Considerando cuarto. En él se perfila el régimen jurídico de los vicios ocultos no determinantes de la ruina de la obra inmobiliaria construida. El Tribunal Supremo niega la aplicación analógica de las normas del Código civil sobre el saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida. Se establecen las formas de reparación del daño causado. Es muy importante señalar que nuestro Más Alto Tribunal da a entender claramente que el promotor tiene la condición de contratista.

Todos estos problemas giran entorno a un fenómeno jurídico que ha alcanzado una extraordinaria importancia práctica. La venta de pisos y locales al poco tiempo de haber sido terminada la construcción (la venta

«llave en mano»). Es una de las formas más frecuentes de constitución del régimen de propiedad horizontal en nuestro país (5). Se caracteriza por la intervención del nuevo protagonista de la construcción: el promotor. La importancia de este fenómeno jurídico se ha reflejado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En los últimos años son numerosas las Sentencias que se enfrentan con problemas relativos al mismo (6). La Sentencia que comentamos se sitúa en esta línea. También es curioso comprobar que, en casi todas estas Sentencias, se plantea el problema de la legitimación de los subadquirentes de los pisos y locales para exigir responsabilidades por presentar éstos determinados vicios o defectos.

B) *La legitimación del presidente de la Comunidad de Propietarios.*

1. Ante el Juzgado, la Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo, se discute si el presidente de la Comunidad de Propietarios está legitimado para actuar en representación de ésta, y demandar judicialmente al promotor, alegando la existencia de vicios que no determinan la ruina de los pisos vendidos. El problema surge porque, según el promotor, no ha sido probado que el presidente es propietario de alguno de los pisos que integran la Comunidad (motivo primero del recurso de casación).

En contra de la alegación del promotor, la Audiencia Territorial de Sevilla declaró que «el alegado de doña I. A. C. (presidente de la Comunidad de Propietarios) no aporta título alguno justificativo de su condición de propietaria de un piso de los que forman la Comunidad, resulta carente de significación, pues, de una parte, de la recta conjugación de lo que dispone el artículo 1.253 del Código civil y el artículo 12 de la Ley de 21 de julio de 1960, habrá de llegarse a la conclusión de que está acreditado por vía de presunción, que la accionante ostenta la titularidad dominical cuya falta de justificación acusa la parte demandada». Prosigue diciendo la Audiencia Territorial de Sevilla que en realidad la cuestión sería inoperante, ya que justificado en los autos que el demandante ostenta la representación de la Comunidad en cuyo nombre acciona, si en el nombramiento de la misma como presidente de la Comunidad se hubiese producido un quebrantamiento de la normativa legal, haciéndolo a favor de persona que no ostentara la propiedad de un piso, esta problemática afectaría exclusivamente al régimen interno de los comuneros, que no a terceras personas que ningún efecto a su favor puedan hacer derivar de aquella ilegalidad (7).

(5) En este sentido, véase FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, Madrid, 1962, pág. 196, y DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO, *Modalidades en la constitución de los regímenes de división de la propiedad urbana*, en Ponencias presentadas a los Congresos Internacionales del Notariado Latino, volumen 2.º, Madrid, 1975, pág. 895.

(6) Cfr. Sentencias de 11 y 17 de octubre de 1974, ampliamente comentadas por CADARSO (*La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, págs. 239-240); 1 de abril de 1977, que comentamos en este ANUARIO, año 1978, fascículo III, págs. 667 y siguientes, y 28 de abril de 1974, en *Repertorio Aranzadi*, núm. 4.041.

(7) Estas consideraciones aparecen en el primer motivo del recurso de casación (Cfr. Resultando quinto de la Sentencia).

En el Considerando primero el Tribunal Supremo afirma que este motivo del recurso no puede prosperar, porque el punto referente a la existencia o inexistencia del enlace precio y directo sobre el hecho demostrado y el que se pretende deducir a través de las presunciones, viene encomendado a la libre apreciación del Tribunal sentenciador, sin que la conclusión obtenida sea censurable en casación, salvo que manifiestamente resulte ilógica, absurda o inverosímil, circunstancia que en modo alguno cabe apreciar en el caso de que se trata. El Tribunal Supremo llega a esta conclusión porque está justificado en las actuaciones que la demandante ostenta la representación de la Comunidad en cuyo nombre acciona como presidente de la misma. Tal cargo lleva presupuesta *ex lege* la condición de propietario por imperativo del artículo 12 de la Ley de 21 de julio de 1961, tanto más que no consta un solo elemento demostrativo en contrario.

2. La raíz del problema se encuentra en el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, que establece que sólo puede ser nombrado presidente uno de los propietarios singulares del edificio, no pudiendo, por tanto, serlo un extraño. El citado artículo dispone con claridad que «los propietarios elegirán *entre ellos* un presidente». A mayor abundamiento, señala FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (8), limitando, como limita la Ley, la intervención de la Junta a los propietarios de pisos o locales, resultaría un contrasentido que la misma pudiera ser convocada y presidida por quien no tuviera tal carácter. Por su parte, FUENTES LOJO (9) precisa que ello, además, resulta lógico dadas las funciones que se encomiendan al presidente de la Junta de Propietarios.

No nos parece, por tanto, acertada la interpretación que la Audiencia Territorial de Sevilla hace del mencionado artículo, cuando dice que si se produce un quebrantamiento de la normativa legal, designando como presidente a persona que no ostente la propiedad de un piso, el problema no afecta a terceras personas, que ningún efecto a su favor pueden derivar de aquella ilegalidad. A nuestro juicio, el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal exige imperativamente que el presidente sea propietario de uno de los pisos que se gozan en Comunidad; de ello se deduce que la persona que detente un interés legítimo, sea o no componente de la Comunidad de Propietarios, puede alegar que carece de legitimación para actuar como representante de la misma quien se atribuye la cualidad de presidente, sin tener la condición de propietario de alguno de los pisos o locales del edificio en Comunidad.

Nos parece, pues, indudable que el promotor está perfectamente facultado para alegar la excepción de falta de legitimación del presidente, por no ser propietario de alguno de los pisos o locales en Comunidad.

3. Así, pues, es necesario probar que el presidente es propietario de alguno de los pisos o locales que forman la Comunidad. Si esto no es posible, falta un requisito esencial de legitimación, como ha entendido el Tribunal Supremo en la Sentencia de 6 de diciembre de 1969 (10). ¿Quién

(8) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Op. cit.*, pág. 602.

(9) FUENTES LOJO, *Suma de propiedad por apartamentos*, I, Barcelona, 1969, pág. 757.

(10) En *Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 667.

debe probar este hecho? En esta Sentencia, el Tribunal Supremo afirma que la persona que actúa como presidente de la Comunidad de Propietarios y como demandante, debe acreditar dicha titularidad dominical (Considerando 1.º).

A nuestro juicio, esta solución es acertada. En la Sentencia que comentamos, el promotor demandado opuso la excepción de falta de legitimación, por no haberse demostrado que el presidente demandante tiene la condición de propietario de alguno de los pisos vendidos. La excepción interpuesta por el promotor se apoya en que el demandante no sólo debe probar su condición de presidente de la Comunidad de Propietarios (*cfr.* artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sino también que es propietario de alguno de los pisos vendidos. En efecto, de acuerdo con los principios que rigen la carga de la prueba en nuestro Derecho, el presidente debe probar la circunstancia señalada, porque pesa sobre el demandante la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión o necesarios para que nazca la acción ejercitada. Lo contrario obligaría al promotor, que actúa como demandando, a probar un hecho negativo: que el presidente no es propietario de alguno de los pisos vendidos.

Según el Tribunal Supremo, el cargo de presidente lleva presupuesta *ex lege* la condición de propietario por imperativo del artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, tanto más cuanto que no consta un solo elemento demostrativo en contrario.

De los hechos expuestos sólo se ha demostrado que el demandante ha sido designado presidente de la Comunidad de Propietarios, y que, por ello, ostenta su representación en juicio. Pero pensamos que, del hecho de detentar este cargo, es problemático deducir que se es propietario de alguno de los pisos o locales en Comunidad. Es perfectamente imaginable que haya sido nombrada presidente una persona que no tenga esta condición. Varias Sentencias de nuestros Tribunales han rechazado la demanda del presidente de la Comunidad, por no haber demostrado que es propietario de alguno de los pisos o locales en Comunidad (11). Por no constar un elemento que pruebe que el presidente no es propietario, no puede deducirse claramente que lo es. En puridad, tampoco existe ningún elemento que lo pruebe. No es, sin embargo, necesario probar documentalmente la cualidad de propietario, como parece entender el recurrente en el primer motivo del recurso. Esta cualidad puede probarse por cualquiera de los medios admitidos en Derecho. Pero, repetimos, es muy dudoso que tan sólo por actuar como presidente de la Comunidad de Propietarios, pueda concluirse que se es propietario, porque la experiencia de los Tribunales demuestra que esto a veces no sucede en la realidad. Es dudoso que, como ordena el artículo 1.253 del Código civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, exista un enlace preciso y directo entre la cualidad de presidente de la Comunidad y la condición de propietario de uno de los pisos o locales. Creemos que

(11) *Cfr.* Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1969, ya citada; Sentencia de la Audiencia Territorial de Santa Cruz de Tenerife de 31 de enero de 1971, y Sentencia del Juzgado núm. 8 de Barcelona de 13 de julio de 1970. Citadas por FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Código de la Propiedad Horizontal*, Madrid, 1976, págs. 177-178.

han de darse otros hechos que puedan determinar la existencia de un enlace preciso y directo, como exige el citado artículo y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

C) *La legitimación de los subadquirentes de pisos en régimen de propiedad horizontal para exigir indemnización por daños derivados del defectuoso cumplimiento de obligaciones dimanantes del contrato de obra.*

En la Sentencia que comentamos, el Tribunal Supremo legitima a los subadquirentes de los pisos, por considerarles causahabientes a título particular. Para el Tribunal Supremo los derechos y las obligaciones dimanantes del contrato, con excepción de las que tienen carácter personalísimo, trascienden a los causahabientes a título particular.

Nos parece acertado estimar que los causahabientes a título particular reciben los derechos que están en íntima conexión con la cosa que han adquirido, pues con ésta se transmite también el interés para ejercitar éstos. Por ello, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1961 (12) ha declarado que los subadquirentes de los pisos reciben todas las acciones que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad (Considerando 1.º). En este sentido se pronuncian numerosos autores (13) y la jurisprudencia (14), que superan así el obstáculo que representa el principio de la relatividad del contrato (*cf.* artículo 1.257 del Código civil).

Como es lógico, esta solución es aplicable a los subadquirentes de pisos, que están legitimados, por tener la condición de causahabientes a título particular, para ejercitar la acción de responsabilidad decenal (*cf.* artículo 1.591), y, en general, cualquier acción que esté dirigida a hacer efectiva la responsabilidad del constructor, por la existencia de vicios en los pisos adquiridos.

En la Sentencia que comentamos, el Tribunal Supremo recalca que la doctrina y la jurisprudencia se pronuncian claramente en este sentido. Afirma concretamente que, en lo concerniente al contrato de ejecución de obra, la legitimación activa del subadquirente de un piso en régimen de propiedad

(12) En *Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 359.

(13) *Cfr.* ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo I, Barcelona, 1968, páginas 646 y 647; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrina General del Contrato*, tomo II-1.º, Barcelona, 1978, pág. 260; CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral. Derecho de Obligaciones*, tomo III, undécima edición revisada por GARCÍA CANTERO, Madrid, 1974, pág. 558, nota 1; MESSINEO, *Il contratto in genere*, tomo 2.º, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, de CICU y MESSINEO, Milano, 1972, pág. 115; CARBONNIER, *Droit Civil. Les Obligations*, vol. 4.º, París, 1976, pág. 208; WEILL y TERRÉ, *Droit Civil. Les Obligations*, París, 1975, págs. 570 y 571; H. L. y J. MAZEAUD y CHABAS, *Leçons de Droit Civil. Théorie Générale*, París, 1978, págs. 847 y siguientes; y CADARSO, *Op. cit.*, págs. 181 y siguientes.

(14) En este sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1965 (en *Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 93); 5 de octubre de 1965 (en *Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 618); 25 de abril de 1975 (en *Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 174); y 1 de abril de 1977 (en *Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 432). La Corte de Casación francesa lo afirma en numerosas Sentencias que mencionan H. L. y J. MAZEAUD y CHABAS, *Op. cit.*, págs. 847-848.

horizontal para entablar las acciones por prestación defectuosa o vicios en la cosa viene reconocida, con diverso fundamento, por la doctrina de los autores y ha sido proclamada por la Sentencia de 5 de mayo de 1961 (Considerando 2.º).

Nosotros hemos analizado ampliamente el problema en este ANUARIO. Nos remitimos, por ello, a lo que afirmamos en el comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1977 (15).

Saliéndose del problema planteado (la legitimación activa del subadquirente para exigir indemnización por la existencia de vicios en los pisos comprados), el Tribunal Supremo afirma que, además de los derechos, las obligaciones dimanantes del contrato trascienden a los causahabientes a título particular, salvo que tengan carácter personalísimo. No es la primera vez que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en estos términos. En el Considerando 2.º de la Sentencia que comentamos se citan Sentencias que lo señalan con claridad. Esta circunstancia aconseja que abordemos esta cuestión, por considerarla de extraordinaria importancia. Si es acertado sostener que el causahabiente a título particular recibe los derechos y las acciones que están íntimamente vinculados a la cosa que ha adquirido, muy problemático resulta admitir que se transmiten al mismo obligaciones que pesan sobre el transmitente. En nuestro comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1977 dijimos que «en modo alguno puede admitirse que se transmiten al adquirente del edificio las obligaciones que recaen sobre el comitente vendedor» (16). Seguimos pensando de la misma manera. CARBONNIER (17) diferencia la transmisión activa y la transmisión pasiva del contrato a los causahabientes a título particular (*ayants cause à titre particulier*). La transmisión activa puede admitirse sin grandes dificultades; en cambio, la transmisión pasiva no es posible sin el consentimiento del acreedor. Las obligaciones contractuales relativas a un bien son, en principio, inoponibles al adquirente de este bien; es un tercero en relación al contrato. Con razón, LACRUZ (18) afirma que el comprador, en principio, no tiene por qué respetar los compromisos y responsabilidades anteriormente asumidos por el vendedor en relación con la cosa comprada. Si bien, excepcionalmente, la legislación arrendatada impone la asunción automática, por el comprador de la finca rústica o urbana, de los contratos de arrendamiento, y también asume los de trabajo el adquirente de una empresa mercantil.

Además del obstáculo que representa el principio de la relatividad del contrato y los términos del artículo 1.257 del Código civil, la transmisión de obligaciones al causahabiente a título particular no puede ser admitida por dos importantes razones: 1.ª Si fuese posible dicha transmisión de obligaciones, habría que llegar a la conclusión de que el causahabiente a título particular es deudor aún no queriendo serlo. Como han puesto de

(15) En ANUARIO DE DERECHO CIVIL, fascículo III, año 1978, págs. 667 y siguientes.

(16) *Op. cit.*, pág. 677.

(17) CARBONNIER, *Droit Civil. Les Obligations*, IV, París, 1976, pág. 208.

(18) LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, volumen 2.º, Barcelona, 1977, pág. 250.

relieve H. L. y J. MAZEAUD y CHABAS (19) y ESMEIN (20), esta solución es peligrosa, porque tales obligaciones, cuya creación no ha sido objeto de ninguna publicidad particular, pueden ser ignoradas por el causahabiente a título particular. Esta ausencia de publicidad hace peligrosa la adquisición de bienes. 2.^a Resulta difícil imponer al acreedor un cambio de deudor. La novación que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, no puede hacerse nunca sin el consentimiento del acreedor (*cf.* artículo 1.205 del Código civil). Nótese que el nuevo deudor puede ser insolvente, con el consiguiente perjuicio para el acreedor.

Es interesante destacar que el Proyecto de Ley sobre «protección pública a la vivienda», que ha sido publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Españolas» el día 23 de noviembre de 1979, se refiere en el título 2.^o a la promoción privada de actuaciones de vivienda (21). El apartado 2.^o del artículo 22, relativo a las responsabilidades de los promotores, dispone que en caso de que la obra construida presente vicios o defectos, que se manifiesten en el plazo de cinco años a contar desde la cédula de habitabilidad, *el ocupante legítimo de la vivienda* estará legitimado para interponer una acción contra el promotor, a fin de que éste efectúe las obras de reparación necesarias.

El Proyecto de Ley se refiere a cualquier ocupante legítimo de la vivienda, por lo que es indudable que el subadquirente está legitimado para interponer la citada acción. No alude a la transmisión de obligaciones.

D) *Las consecuencias jurídicas que motiva la existencia de vicios ocultos en los pisos, que no determinan su ruina.*

1. El Tribunal Supremo se enfrenta con este problema en la Sentencia que comentamos. Por muy ampliamente que se haya entendido el término «ruina», que aparece en el artículo 1.591 del Código civil (22), el desprendimiento de los azulejos de las terrazas de los pisos no da lugar a la aplicación del citado artículo. De esta manera se plantea el problema de precisar las consecuencias jurídicas que derivan de la existencia de vicios que no determinan la ruina de la obra construida. Este problema, como afirma el Tribunal Supremo, no está previsto en la parca regulación del Código civil, que sólo se refiere al vicio que provoca la ruina de la obra construida (*cf.* artículo 1.591). ¿Cómo solucionar este problema? Nuestro Más Alto Tribunal responde de la siguiente manera: el derecho al resarcimiento se

(19) H. L. y J. MAZEAUD y CHABAS, *Op. cit.*, pág. 851.

(20) ESMEIN, *Obligations*, volumen 6.^o, parte primera del *Traité pratique de Droit Civil français*, dirigido por PLANIOL y RIPERT, París, 1952, págs. 425 y 426.

(21) Debe tenerse en cuenta que este Proyecto de Ley se refiere tanto a la promoción de viviendas de régimen libre como a la promoción de viviendas de régimen protegido (*cf.* artículo 5).

(22) La concepción amplia de la «ruina» es aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, como ya expusimos en el comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1977, en este ANUARIO, año 1978, fascículo III, pág. 671.

actuará bien mediante la reparación *in natura* si así es postulada, realizando las obras de corrección necesarias, incluso a costa del contratista (artículos 1.091 y 1.098 del Código civil), bien a través del cumplimiento por equivalencia (artículo 1.101), siempre, claro está que los vicios de la obra no revistan tal grado de imperfección que por hacerla impropia para satisfacer el interés del dueño permita el ejercicio de la acción resolutoria con arreglo al artículo 1.124, soluciones aludidas que vienen autorizadas por los principios generales de la responsabilidad contractual de correcta aplicación al tema. (Considerando 4.º).

El Tribunal Supremo niega categóricamente la aplicación analógica de las normas del Código civil sobre el saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida. Los artículos 1.484 y 1.490 son a todas luces ajenos a una controversia que no se disciplina mediante la pauta de las acciones edilicias propias del contrato de compraventa (Considerando 4.º).

Existen diversas Sentencias, citadas en el mencionado Considerando, que coinciden sustancialmente con la doctrina de la Sentencia que comentamos. En este sentido destaca la reciente Sentencia de 15 de marzo de 1979 (23), cuyo Considerando 3.º es casi idéntico al Considerando 4.º de la Sentencia que analizamos. A las Sentencias mencionadas por el Tribunal Supremo en el citado Considerando hay que agregar la Sentencia de 18 de abril de 1969 (24), que declara: «La acción que ejercita el actor no es una acción de saneamiento, la redhibitoria, típica de la compraventa, sino la genérica de incumplimiento de obligaciones contractuales, de contrato de arrendamiento de obra» (Considerando 3.º). También tiene interés la doctrina de las Audiencias. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 4 de febrero de 1969 (25) establece que «la prescripción de acciones del artículo 1.490 no es aplicable al contrato de obra, porque en dicho cuerpo legal (Código civil) no existen unas reglas generales sobre obligación de saneamiento, sino únicamente a propósito del contrato de compraventa, y cuando el legislador ha querido que en determinado contrato se apliquen las normas del saneamiento de la compraventa lo hizo por vía de remisión, como en cuanto al arrendamiento de cosas (artículo 1.553)». La Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 5 de julio de 1976 declara que en el caso de construcción defectuosa «puede el comitente dirigirse contra el constructor para exigirle el cumplimiento del contrato en los términos pactados, consistente en entregar la obra sin vicios ni defectos ocultos en su construcción, basándose no sólo en los artículos 1.101, sino también en el artículo 1.258 del Código civil, porque todo contratante se obliga a todas las consecuencias que sean conformes a la naturaleza del contrato, según la buena fe, el uso y la Ley, y tanto el artículo 1.101 ya citado como el 1.102 y 1.103 del propio Código civil, que cubre los vicios consistentes que por culpa, dolo o negligencia efectúa el constructor-contratista en la obra encargada, criterio ya mantenido por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 28 de noviembre de 1970 y 23 de octubre de 1971, y por esta propia Sala

(23) En *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 871.

(24) En *Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 254.

(25) Sentencia citada por RUIZ VADILLO, *Introducción al estudio teórico práctico del Derecho Civil*, Bilbao, 1975-1976, pág. 439.

en sus Sentencias de 30 de mayo y 26 de octubre de 1973, y en consecuencia procede dar lugar en parte a la reconvencción formulada por los demandados y condenar al autor a que repare a su cargo y en debida forma todos los defectos constructivos enumerados y concretados en el dictamen del perito correspondiente».

2. En la Sentencia que comentamos, el Tribunal Supremo afirma que los modernos ordenamientos foráneos, a diferencia del nuestro, solucionan concretamente el problema planteado (Considerando 4.º). Esta afirmación es exacta. Destacan el Código civil italiano (artículos 1.667 y 1.668), el Código civil portugués (artículos 1.218 a 1.224), el Código suizo de las Obligaciones (artículos 368 a 371), el Código civil alemán (parágrafos 633 y 634), y el Código civil francés (artículo 1.792-3, cuyo texto proviene de la Ley de 4 de enero de 1978) (26).

3. Numerosos autores han intentado solucionar el problema planteado. Algunos coinciden con la posición del Tribunal Supremo; otros, en cambio, discrepan de ella. Consideramos útil exponer sucintamente el debate doctrinal. Cinco han sido las soluciones doctrinales que se han defendido.

a) *Aplicación analógica de las normas del Código civil sobre el saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida.*—MUCIUS SCAEVOLA (27) fundamenta esta resolución de la siguiente manera: ¿No se viene repitiendo por los tratadistas y los Códigos que los contratos de obra por un precio alzado guardan una visible paridad con los contratos de compraventa? Los plazos de garantía para reclamar por vicios no manifestados en el acto de la entrega, ¿no se corresponden en el orden de las equivalencias jurídicas con el saneamiento por vicios ocultos? Pues procédase por principio lógico, que es fuente de Derecho cuando no hay texto legal exactamente aplicable, y digamos con aproximación discreta al legislador alemán (artículos 638 y 639) que, para los plazos de prescripción por vicios redhibitorios no manifestados en el acto de la entrega, rigen las disposiciones concernientes a la compraventa. Y así, ya en el plano de las analogías, podremos afirmar que el constructor responde al dueño por vicios ocultos de la cosa si tales vicios determinan su perei-

(26) No es éste el lugar para examinar esta interesante normativa. El que tenga interés en comprender su significado puede consultar las siguientes obras: RUBINO, *L'appalto*, vol. 7.º, tomo 3.º, del *Trattato di Diritto civile italiano*, dirigido por VASSALLI, Torino, 1951, págs. 266 y siguientes; GIANNATASSIO, *L'appalto*, vol. XXIV, tomo 2.º, del *Trattato di Diritto civile e commerciale*, de CICU-MESSINEO, Milano, 1967, núm. 106; PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, vol. II, Coimbra, 1968, págs. 570 y siguientes; DÜRR, *Le contrat d'entreprise*, Berne, 1958, págs. 97-98; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, tomo 2.º, München, 1968, págs. 227 y siguientes; WUSSOW, *Die Haftung und versicherung bei der Bauausführung*, Köln-Braunsfeld, 1966, págs. 159 y siguientes; SCHMALZL, *Die Haftung des Architekten und des Bauunternehmers*, München, 1972, págs. 63 y siguientes; GROSLIERE, *La réforme de la responsabilité en matière de construction*, en *Droit et Ville*, núm. 7.º, 1979, Bayonne, págs. 9 y siguientes; ROUSSEL y otros, *Responsabilités et assurances des constructeurs*, Paris, 1978, A-19; y CASTÓN, *La responsabilité des constructeurs*, Paris, 1979, págs. 163 y siguientes.

(27) MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil concordado y comentado extensamente con arreglo a la edición oficial*, tomo XXIV, parte segunda, revisado por RODRÍGUEZ ARIAS, Madrid, 1951, págs. 90-92.

miento o la hacen impropia para el uso a que se destinaba o disminuyen notablemente este uso.

NART (28) y SANTOS BRIZ (29) establecen otro argumento: «Si el vicio se observó después de recibida la obra, rigen las reglas de la compraventa sobre saneamiento, ya que el artículo 1.553 hace una remisión tan general a la compraventa que, a pesar de su colocación en el capítulo de los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas, fuerza a considerarlo como de aplicación general.»

b) *Aplicación de los principios generales de la responsabilidad contractual.*—MANRESA (30) opina que este supuesto ha debido preverse en la Ley, porque no previéndose y estando fundada en principios de justicia la responsabilidad del arrendador, surge la cuestión del plazo dentro del cual deberá el arrendatario interponer su acción, cuestión que no hay más remedio que resolver dentro del criterio del Código, como la resuelven los señores MARTÍNEZ ANGEL y OYUELOS, esto es, estimando que se trata de una acción personal que con sujeción al artículo 1.964 se extingue a los quince años, plazo que desde luego nos parece demasiado largo. Y no es esto lo peor, sino que como también dicen dichos autores, el punto de partida para contar esos quince años será el momento en que se conocieron los defectos o se destruyó la cosa, pues, según el artículo 1.969 el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse, y como en el caso que nos ocupa, no hay momento señalado especialmente, es lógico deducir que el tiempo ha de contarse desde que se conocieron los defectos o se destruyó la construcción a causa de ellos, puesto que hasta entonces no pudieron ser ejercitados por no conocerse.

Según DIEZ-PICAZO (31), una solución podría ser la aplicación analógica de las normas por vicios ocultos en la compraventa. Sin embargo, la solución no está exenta de dificultades en atención al plazo para el ejercicio de la sanción rescisoria o de reducción de precio. Probablemente, la única vía idónea para resolver el problema sean los principios generales del Derecho de Obligaciones.

c) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (32) defienden una solución peculiar.—Dicen que resulta problemática la atribución al comitente de las pretensiones de redhibición y de reducción propias del saneamiento por vicios o defectos ocultos. En la regulación legal de las obras por ajuste o precio alzado no se ha previsto la obligación de saneamiento ni se hace una remisión a las

(28) NART, *Contrato de obra y empresa*, en Revista de Derecho Privado, 1951, pág. 823.

(29) SANTOS BRIZ, *El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica*, en Revista de Derecho privado, 1972, pág. 392.

(30) MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo X, Madrid, 1904, págs. 699-670.

(31) DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1972, pág. 689; y *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, vol. 2.º, Madrid, 1975, pág. 127.

(32) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Anotaciones al Tratado de ENNECCERUS*, volumen 2.º, parte 1.º, 3.ª ed., revisada por FERRANDIS, Barcelona, 1966, pág. 528.

disposiciones sobre saneamiento contenidas en el título de la compraventa, como la establecida en el artículo 1.553. Los vicios a que alude el artículo 1.591 no son vicios redhibitorios, pues no dan lugar a la opción entre resolución del contrato o reducción del precio, sino que fundan una responsabilidad por daños y perjuicios. No obstante, habrá lugar a la aplicación de los preceptos relativos al saneamiento en la compraventa cuando se trate de contratos de ejecución de obra con materiales suministrados por el contratista, en la medida en que tales supuestos deban resolverse mediante la aplicación combinada de las reglas del contrato de obra y de las propias de la compraventa.

d) *Aplicación de la teoría del error en la sustancia.*—HERRERA CATENA (33) y FERNÁNDEZ COSTALES (34) proponen la siguiente solución: anular el proceso de recepción (por error o dolo) dentro del plazo de cuatro años (artículo 1.301), que empezaría a correr «desde la consumación del contrato» (en nuestro caso desde la recepción definitiva, culminación del proceso de recepción de la obra). Anulada la recepción, las cosas volverían al estado anterior a ella, encontrándose el comitente con una gama de posibles acciones ejercitables en el plazo prescriptivo de quince años (del artículo 1.964) y dependiendo la elección de la pretensión (o pretensiones) a ejercitar de las circunstancias del caso: entidad de los vicios descubiertos, culpabilidad del contratista.

e) *Aplicación analógica de las reglas de la responsabilidad decenal.*—F. J. SÁNCHEZ CALERO (35) fundamenta esta solución en que la responsabilidad por vicios ocultos no causantes de ruina y la responsabilidad decenal (*cf.* artículo 1.591), coinciden en el fundamento y en la naturaleza jurídica.

4. *Opinión personal.*—Para solucionar el problema planteado es una premisa fundamental determinar si subsiste la responsabilidad del constructor con posterioridad a la recepción definitiva de la obra, cuando la obra recibida está aquejada de vicios no determinantes de ruina. Si se soluciona este problema de forma negativa, es decir, si se entiende que la recepción definitiva libera al constructor (cubre cualquier tipo de vicio no determinante de ruina), tiene poco sentido cuestionar la aplicación analógica de las normas sobre el saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida o la aplicación de los principios generales de la responsabilidad contractual.

El problema se plantea porque nuestro Código civil sólo se refiere expresamente a la responsabilidad del constructor por la existencia de vicios determinantes de la ruina de la obra construida (*cf.* artículo 1.591). Nada dice sobre la responsabilidad derivada de la existencia de vicios, que no ocasionan la ruina de la obra entregada y recibida. Este importante problema lo solucionamos en el estudio realizado sobre la recepción de la

(33) HERRERA CATENA, *Responsabilidades en la construcción. Responsabilidad decenal de técnicos y constructores*, vol. I, Granada, 1974, págs. 135 y siguientes.

(34) FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid, 1977, págs. 205-206.

(35) F. J. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Madrid, 1978, pág. 118.

obra (36). Hemos afirmado que la recepción definitiva libera al constructor de toda responsabilidad frente al comitente, salvo en el caso de que la obra presente vicios ocultos. La subsistencia de la responsabilidad del constructor se fundamenta en razones de justicia y equidad. No es justo que éste se exonere totalmente de responsabilidad después de recibida la obra construida, porque la complejidad de la técnica de construcción motiva una gran dificultad para poder precisar en el momento de la verificación la existencia de todos los vicios que pueda presentar la obra construida, y lo que es todavía más difícil, sus consecuencias dañosas. Numerosos tipos de vicios sólo pueden revelarse con el uso de la obra; así, por ejemplo, los vicios de insonorización, los vicios en la instalación de la calefacción o la refrigeración, que se manifestarán en las épocas de frío o calor, los vicios en la techumbre, que se apreciarán en el período de lluvias, etc.

A nuestro juicio, la aplicación analógica de las normas sobre el saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida no es acertada. Son diversas las razones que nos inclinan a pensar de esta manera: 1.ª El artículo 1.553 del Código civil no se aplica a todo tipo de arrendamiento, sino tan sólo a los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas, puesto que el mismo está situado en la sección primera del capítulo II del título VI del libro cuarto del Código civil, que se refiere exclusivamente al arrendamiento de fincas rústicas y urbanas. Si nuestro legislador hubiera querido que el artículo 1.553 se aplicase al arrendamiento de obra y servicios, no hubiese hecho constar lo prescrito en el citado artículo en la normativa relativa al arrendamiento de fincas rústicas y urbanas, sino que lo hubiese situado en las disposiciones generales (artículos 1.542 a 1.545), aplicables a todo contrato de arrendamiento, o bien en la normativa propia del arrendamiento de obras y servicios (artículos 1.583 a 1.603). Como afirma BELTRAN DE HEREDIA Y ONIS (37), lo único que tal vez puede admitirse es la aplicación del artículo 1.553 a cualquier clase de arrendamiento de cosas, de conformidad con la idea aceptada por la doctrina de que la concisión de las disposiciones generales del arrendamiento exige la aplicación analógica de las normas del capítulo segundo a todas las clases de arrendamientos de cosas. 2.ª La brevedad del plazo de caducidad para ejercitar las acciones edilicias motiva que la aplicación analógica de los artículos 1.484 y siguientes del Código civil sea absolutamente inapropiada, si se quiere proteger adecuadamente al comitente. Sólo en contados casos los vicios que presente la obra construida y recibida se harán patentes durante el plazo de seis meses, que fija el artículo 1.490 del Código civil. Así apreciamos, en la Sentencia que comentamos, que el desprendimiento de los azulejos se produce a los cuatro años de la venta de los pisos construidos. Incluso cuando se trata de la venta de una obra inmobiliaria, los seis meses, que como plazo de caducidad establece el artículo citado, frustrarán en innumerables supuestos el derecho del comprador, no ya por su desidia o inactividad, sino como dice ALONSO

(36) En el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, año 1978, fascículo II, págs. 302 y siguientes.

(37) BELTRAN DE HEREDIA Y ONIS, *La obligación de sanear en el arrendamiento*, en la Revista de Derecho Privado, año 1964, pág. 374.

PRIETO (38), porque normalmente la Ley es más madrugadora que los vicios, principalmente cuando el momento de la entrega coincide con la estación meteorológica benigna y es menester la prueba invernal, acaso ya adeshora para el ejercicio tempestivo de la acción. La inoportuna rigidez de la Ley resulta, pues, patente. No es por tanto extraño que el Tribunal Supremo, apremiado por exigencias de indiscutible equidad, haya tratado de flexibilizar el rigor del precepto. Unas veces (Sentencia de 7 de junio de 1909) (39) interpretando que el plazo de los seis meses es de prescripción, no de caducidad; otras (Sentencia de 10 de enero de 1946) (40), acogiendo una renuncia implícita a la caducidad de la acción fundada en la promesa de pago de los gastos que el comprador se vio forzado a realizar en el inmueble adquirido; y otras, aceptando el traslado del conflicto legal, urgido por exigencias de justicia ante la imposibilidad de interrumpir el plazo extintivo. El Tribunal Supremo acepta la compatibilidad de las acciones edilicias con las generales de nulidad, resolución y daños contractuales (41). Muy ilustrativas son las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1965 (42) y 28 de noviembre de 1970 (43).

El Derecho Comparado nos muestra que, incluso los Códigos que se remiten a la normativa de la compraventa para solucionar el problema planteado, establecen un plazo de ejercicio de la acción de una mayor duración. Véase la referencia que hemos hecho anteriormente al Derecho Comparado.

PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER propugnan, como hemos señalado, sólo la aplicación de las normas sobre el saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida, cuando se trate de un contrato de obra con materiales suministrados por el constructor. Esta solución plantea todos los inconvenientes que hemos apuntado para negar la aplicación analógica de los artículos 1.484 y siguientes del Código civil. Se basa además en la naturaleza mixta del contrato de obra con suministro de materiales por el constructor. A nuestro juicio, esta solución es contraria a la regulación unitaria del contrato de obra que establece el Código civil. Se advierte que este Cuerpo legal reconoce, como una de las modalidades de dicho contrato, el caso en que el constructor, además de su trabajo o industria, suministra el material (*cf.* artículo 1.588), y le somete a las normas del mencionado contrato, sin hacer remisión alguna a las reglas de otra firma extraña al mismo. Los autores mencionados no tienen en cuenta que, en todo proceso de construcción, la actividad y los materiales no son dos realidades diferentes que puedan te-

(38) ALONSO PRIETO, *Las acciones de saneamiento en la compraventa*, en la Revista de Derecho Privado, 1974, pág. 254.

(39) En *Jurisprudencia Civil. Colección completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo*, tomo 115, núm. 69.

(40) En *Jurisprudencia Civil. Colección completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo*, tomo 13, núm. 7.

(41) Consúltese el interesante estudio de ESPÍN, *Concurrencia de la acción de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa y de las acciones generales de nulidad, resolución o daños contractuales*, en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, año 1967, págs. 913 y siguientes.

(42) En *Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 520.

(43) En *Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 560.

ner un tratamiento independiente, sino que se incorpora la una al otro para formar un todo orgánico (44). Ahora bien, las partes pueden haber considerado la actividad del constructor como prestación principal y la obligación de dar como complementaria; o bien a la inversa. Como señala RUBINO (45), de ello resulta que, en el primer caso, el proceso productivo constituye el fin del contrato, y la materia es un simple medio para la realización de la obra (sólo surge un contrato de obra), mientras que, en el segundo caso, el proceso productivo resulta objetivamente extraño a la consideración de los contratantes, la actividad desplegada es simplemente un medio para llevar a cabo la transformación de la materia (sólo surge un contrato de compraventa). En definitiva, este contrato estará sujeto a una disciplina unitaria, la del contrato de obra o la del contrato de compraventa, según que la obligación principal y características del contrato sea una obligación de dar o una obligación de hacer (46).

La solución propuesta por HERRERA CATENA y FERNÁNDEZ COSTALES (aplicación de la teoría del error en la sustancia) presenta no pocas dificultades. La conexión entre los vicios ocultos y la teoría del error es negada por la mayoría de los autores. No puede decirse que el comitente, al aceptar y recibir la obra, presta un consentimiento viciado por error; lo que ocurre es que el comitente al aceptar, por el carácter oculto del vicio, ignora la inexactitud del cumplimiento. Como dice el profesor DE CASTRO (47), el error vicio se refiere al consentimiento, es decir, al momento de perfección del contrato; el saneamiento por defecto tiene lugar en el de la consumación, cuando la cosa se entrega o la prestación debida se cumple. Por consiguiente, al comitente le corresponde una acción dirigida a hacer efectiva la responsabilidad en que ha incurrido el constructor por ejecutar defectuosamente su prestación. Solución semejante a la que nuestro Código civil establece en el supuesto de saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida. El comprador dispone de las acciones redhibitoria y *quanti minoris* (cfr. artículo 1.486).

La tesis defendida por F. J. SÁNCHEZ CALERO no es totalmente convincente. Este autor niega la aplicación de los principios generales de la responsabilidad contractual, porque la responsabilidad por vicios ocultos no determinantes de ruina y la responsabilidad decenal coinciden en el fundamento. Para SÁNCHEZ CALERO, la responsabilidad decenal tiene naturaleza contractual. Siguiendo a DÍEZ-PICAZO, señala que se trata de un supuesto en que las prestaciones a cargo de constructor han sido ejecutadas, pero han sido defectuosas. Se produce un cumplimiento inexacto de la obligación que existe en todos aquellos casos en que el comportamiento solutorio llevado a cabo por el deudor no se ajusta a los presupuestos o las condiciones que el pago reclama para producir plenos efectos liberatorios y satisfactivos.

(44) Cfr. BRICMONT, *La responsabilité des architectes et entrepreneurs en droit belge et en droit français*, Bruxelles-París, 1965, págs. 18-19.

(45) RUBINO, *L'appalto*, pág. 24.

(46) Lógicamente se plantea el problema de establecer los criterios para precisar cuál es la obligación principal o característica del contrato. Un excelente análisis ha sido realizado por RUBINO, *Op. cit.*, págs. 24-27.

(47) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1972, págs. 118-119.

La responsabilidad por vicios no determinantes de la ruina, como afirma acertadamente F. J. SÁNCHEZ CALERO, obedece al mismo fundamento que la responsabilidad decenal (ambas responsabilidades son contractuales) (48), y por ello ha de tenerse en cuenta el artículo 1.591 para configurar el régimen jurídico de los citados vicios, pero también es indudable que son de aplicación *directa* los principios generales de la responsabilidad contractual. De acuerdo con este planteamiento, habrá que tener en cuenta el régimen de distribución de responsabilidades que establece este artículo (por los vicios del suelo y de la dirección, responde el arquitecto; por los vicios de la construcción, el contratista) y el plazo de garantía decenal, que también juega en relación con el vicio no determinante de ruina, pues si no cabe exigir responsabilidades al constructor cuando ha transcurrido el citado plazo, siendo el vicio determinante de la ruina de la obra, con mayor motivo no será el mismo responsable si han transcurrido los diez años, y el vicio no es determinante de la ruina. Sin embargo, en otras cuestiones rigen directamente los principios generales de la responsabilidad contractual. No por analogía, sino por tener naturaleza contractual la responsabilidad por vicios no determinantes de la ruina. Así, por ejemplo, se aplicarán los artículos 1.964 y 1.969, que fijan el plazo de prescripción de la acción, los artículos 1.098 y 1.101 y siguientes, que establecen las formas de reparación del daño, etc.

Debemos reconocer, sin embargo, que el plazo de garantía decenal es de una duración excesiva para los vicios ocultos que no determinan la ruina. Como es demasiado corto el plazo de seis meses que fija el artículo 1.490. No es, por ello, extraño que numerosos Códigos civiles foráneos hayan establecido un plazo de garantía por los vicios ocultos determinantes de la ruina, cuya duración suele ser de diez años, y un plazo de garantía por vicios ocultos no determinantes de la ruina, cuya duración no sobrepasa los cinco años (49). Nos parece también muy largo el plazo de prescripción que establece el artículo 1.969. Ambos inconvenientes han sido resaltados por MANRESA, como hemos visto.

En cualquier caso, la denuncia de un vicio no determinante de la ruina, cuando ya han transcurrido muchos años desde que se entregó la obra, hará difícil al comitente probar que el defecto que presenta la obra tiene su causa en la conducta negligente del constructor, y no, en cambio, en el envejecimiento de la obra, en la falta de reparaciones necesarias, o en su deficiente utilización (*cfr.* artículo 1.907 del Código civil). En este caso, es muy problemático que pueda presumirse que el origen de los defectos se debe a la conducta negligente del constructor (49 bis).

(48) Ya nos hemos pronunciado en este sentido; véase este ANUARIO, año 1978, fascículo I, págs. 135 y 136; año 1978, fascículo III, págs. 672 y 673. Véase también CADARSO, *Op. cit.*, págs. 83 y siguientes.

(49) *Cfr.* artículos 1.667, 3.º, del Código civil italiano, 1.224 del Código civil portugués, 638 del BGB, 371 del Código suizo de Obligaciones, y 1.792-3 del Código civil francés.

(49 bis) En la doctrina y en la jurisprudencia predomina la convicción de que la culpa del profesional de la construcción se presume cuando acaece la ruina de la obra dentro del plazo de garantía decenal (*Cfr.* artículo 1.591

Por todo lo que acabamos de decir, la aplicación de los principios generales de la responsabilidad contractual es acertada para resolver el problema que plantea la existencia de vicios ocultos que no causan la ruina de la obra construida, si bien debe tenerse también en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.591 del Código civil.

De gran interés es el Proyecto de Ley sobre protección pública a la vivienda, al que nos hemos referido anteriormente. El artículo 22 establece un plazo de garantía de cinco años para hacer efectiva la responsabilidad del promotor, por los vicios o defectos que presenta la obra inmobiliaria. Este plazo se cuenta desde el otorgamiento de la cédula de habitabilidad de la vivienda.

5. En la Sentencia que comentamos, el Tribunal Supremo establece las pretensiones que corresponden al comitente. Puede exigir la corrección o rectificación de los vicios (artículos 1.091 y 1.098 del Código civil), incluso a costa del contratista, o el cumplimiento por equivalencia (artículo 1.101 del Código civil). También es factible la resolución del contrato de obra, cuando los vicios hagan impropia la obra para satisfacer el interés del comitente.

La admisibilidad de las pretensiones de rectificación o corrección de los vicios y cumplimiento por equivalencia es indudable. Como ha establecido el Tribunal Supremo en la Sentencia de 12 de noviembre de 1976 (50), el cumplimiento por equivalencia tiene carácter subsidiario respecto al cumplimiento *in natura* (Considerando 1.º). Se deduce de la lectura de los artículos 1.096 y siguientes del Código civil y 923 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el acreedor (el comitente), no cumpliendo exactamente el deudor (el constructor), puede hacer valer su derecho a la prestación exacta en forma específica, e incluso, cuando ésta sea todavía posible, ha de dirigir a ella la reclamación de modo principal, y al equivalente de modo subsidiario. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1959 (51) ordenó la reposición del elemento defectuoso, invocando la regla del artículo 1.098 del Código civil (Considerando 2.º).

En relación con el cumplimiento por equivalencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1890 (52) precisó que el perjuicio sufrido por el comitente consiste en la diferencia que resulte entre el precio convenido y lo que costó al dueño, computándose como coste la parte del precio por el mismo satisfecha y lo que invirtió en reparaciones (Considerando 1.º) (53).

Mayores dificultades presenta la admisibilidad de la pretensión de resolución del contrato de obra, cuando los vicios ocultos no determinan la ruina e incluso cuando la causan. El Tribunal Supremo afirma en la Sentencia que comentamos y en la Sentencia de 15 de marzo de 1979, que la acción

del Código civil). Sobre esta cuestión, véase CADARSO, *Op cit.*, págs. 170 y siguientes.

(50) En *Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 334.

(51) En *Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 629.

(52) En *Jurisprudencia Civil. Colección completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo*, tomo 68, núm. 101.

(53) Sobre el significado de estas pretensiones en relación con los vicios en las obras inmobiliarias, véase RUBINO, *L'appalto*, págs. 286 y siguientes, y GIANNATASSIO, *L'appalto*, págs. 197 y siguientes.

resolutoria (cfr. artículo 1.124) presupone que los vicios revistan tal grado de imperfección que hagan impropia la obra para satisfacer el interés del comitente. Si no se cumple este requisito, sólo proceden las pretensiones anteriormente citadas (Considerandos 4.º y 3.º, respectivamente).

Esta solución es concorde con la doctrina que han establecido numerosas Sentencias del Tribunal Supremo (54), que exigen que el cumplimiento defectuoso sea grave. Es decir, debe ocasionar la frustración del fin del contrato y del interés del acreedor. Además, la resolución sólo será atendible cuando no aparezca como abusiva o contraria a la buena fe.

Si tenemos presente que la ruina de la obra construida tiene lugar, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo y con la solución imperante en la doctrina (55), no sólo cuando se produce el derrumbamiento de la obra, sino también cuando presente graves defectos, aunque no comprometan su solidez o estabilidad, si afectan a aquellos elementos o partes que, con la obra misma, están destinados a tener una larga duración, no parece posible admitir la acción resolutoria cuando los vicios ocultos no causan la ruina de la obra. En rigor, todo vicio que hace impropia la obra para satisfacer el interés del comitente reviste una indudable gravedad y ocasiona la denominada «ruina funcional» (56).

Pensamos que, aun siendo los vicios ocultos causantes de la ruina, es muy dudoso que proceda la aplicación del artículo 1.124 del Código civil. Ciertamente, el Tribunal Supremo ha admitido la aplicación de este artículo en un supuesto de ruina de la obra por vicio del suelo. La Sentencia de 19 de febrero de 1970 (57) estableció que el resultado defectuoso e inútil en cuanto completamente inservible de las obras efectuadas por la casa constructora, por causas exclusivamente a ella imputables, constituye incumplimiento del contrato, el cual puede ser resuelto, al amparo del artículo 1.124 del Código civil, por el comitente que puntualmente cumplió con su parte contractual (Considerando 5.º). Se plantea, en definitiva, el problema de las relaciones entre los artículos 1.591 y 1.124 del Código civil, en caso de cumplimiento defectuoso del contrato de obra. CADARSO (58) soluciona acertadamente el problema: hay que decir que ambas acciones, la de resolución, sancionada por el artículo 1.124 y la de responsabilidad decenal por ruina, que regula el artículo 1.591, tienen campos de actuación netamente diferen-

(54) Cfr. Sentencias de 5 de enero de 1935 (*Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 14), 11 de junio de 1969 (*Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 395) y 19 de febrero de 1970 (*Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, número 78). Véase también ALVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 1972, pág. 127, y nuestro comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1976, en este ANUARIO, año 1977, fascículo II, pág. 455.

(55) Véase mi comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1977, en este ANUARIO, año 1978, fascículo III, pág. 671.

(56) Sobre el significado de la ruina funcional, consúltese el amplio análisis de CADARSO, *Op. cit.*, págs. 130 y siguientes.

(57) En *Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 78.

(58) CADARSO, *El cumplimiento defectuoso y la responsabilidad por vicios del suelo en el contrato de obra. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1970*, en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, fascículo III, año 1970, págs. 670 y siguientes.

ciados: la diferencia viene básicamente dada por el momento de la entrega y recepción de la obra. Lo expresa BRICMONT (59 del modo más terminante cuando dice que «la acción de resolución no podrá ser ejercitada después de la recepción de las obras. En todo caso, concluye CADARSO (60), debe entenderse que la recepción constituye el momento diferenciador de las acciones contractuales ordinarias frente a la excepcional del primer párrafo del artículo 1.591.

El artículo 1.124 del Código civil sólo puede aplicarse cuando la ruina de la obra se produzca con anterioridad a la recepción definitiva; una vez que ha tenido lugar la recepción definitiva, sólo precede la aplicación del artículo 1.591 del Código civil. En este sentido, la recepción definitiva es importante para configurar las diversas responsabilidades del constructor por la ejecución viciosa de la obra (61).

E) *La consideración del promotor como vendedor y contratista.*

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—En la Sentencia que comentamos, se observa que se hace responsable al promotor por la existencia de vicios de construcción en los pisos que han sido vendidos, una vez terminada su construcción (venta de pisos terminados o llave en mano). Estamos en presencia de un promotor que, según el Tribunal Supremo, aparece jurídicamente como vendedor de pisos terminados y contratista. A diferencia de las Sentencias de 11 y 17 de octubre de 1974 (62), en la Sentencia que comentamos no se declara expresamente que el promotor tiene la condición de contratista. Sin embargo, de la lectura de los Considerandos 2.º, 3.º y 4.º se infiere con claridad esta postura. El Tribunal Supremo afirma en el Considerando 4.º que *en el campo del contrato de obra* y con referencia al caso de ejecución defectuosa por no ajustada a la pericia profesional exigible, es claro que tal hipótesis, no prevista en la parca regulación del Código civil para evento distinto del aludido en el artículo mil quinientos noventa y uno, determinará la consiguiente responsabilidad *del contratista en relación al comitente* o sucesor a título universal o particular, obligada como efecto de ese cumplimiento irregular o inexacto. En el Considerando 3.º, el Tribunal Supremo establece que pasan al comprador del piso las acciones que asisten al *comitente en el contrato de obra* para combatir la ejecución defectuosa en cuanto protectoras del derecho transmitido al subadquirente, y no existen razones válidas para propugnar un régimen diferente respecto de la legitimación, según se trate de vicios causantes de ruinas o defectos que no la entrañan, pero signifiquen prestación irregular, y como tal desprovista de efectos liberatorios por no ajustada a las reglas del arte, antes por el contrario habría que entenderse que una y otra responsabilidad del *empresario* obedecen esencialmente a presupuestos de la misma naturaleza, y presentan fundamentación no discrepante.

(59) BRICMONT, *La responsabilité des architecte et entrepreneur en droit belge et en droit français*, Bruxelles-Paris, 1965, pág. 158.

(60) CADARSO, *Loc. cit.*, pág. 673.

(61) Véase nuestro artículo sobre la recepción de la obra, en este ANUARIO, año 1978, fascículo II, págs. 312-314.

(62) En *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núms. 3.798 y 3.896.

A nuestro juicio, este razonamiento del Tribunal Supremo se debe a que los vicios que presentan los pisos vendidos no son determinantes de ruina. Para nuestro Más Alto Tribunal los adquirentes de los pisos están legitimados para dirigirse contra el contratista o empresario (el promotor).

En el Considerando 2.º, se hace expresa referencia al contrato de obra y a la legitimación del subadquirente de un piso para entablar acciones por prestación defectuosa o vicios en la cosa.

Pensamos que la lectura de estos Considerandos prueba concluyentemente que el Tribunal Supremo entiende que el promotor es un auténtico contratista, que responde como tal por los vicios que presentan los pisos que ha construido y vendido. Esta conclusión tiene una extraordinaria importancia jurídica, pues sólo si se califica al promotor como contratista, puede exigirsele que subsane el daño causado por defectuoso cumplimiento de obligaciones que tienen su causa en un contrato de obra. Si no se le considera contratista, la única posibilidad para exigir dicha subsanación se circunscribe al contrato de compraventa de los pisos. Ya sea a través de las acciones edilicias, por vicios ocultos en la cosa vendida, ya sea a través del ejercicio de la acción dirigida a conseguir la reparación de daños contractuales (*cf.* artículos 1.101 y siguientes), de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, que admite la compatibilidad de esta acción con las edilicias, a fin de remediar el grave problema que para los compradores representa la brevedad del plazo de caducidad que establece el artículo 1.490 del Código civil.

Al calificar al promotor como contratista o empresario, el Tribunal Supremo salva el obstáculo que representa el artículo 1.490, cuya aplicación hubiese determinado que los adquirentes y los subadquirentes de los pisos no pudieran dirigirse contra el promotor, porque los vicios se patentizaron cuatro años después de la venta de los pisos.

2. JUICIO CRÍTICO QUE NOS MERECE ESTA SOLUCIÓN.—Esta solución no es nueva; el Tribunal Supremo consideró al promotor como contratista en las importantes Sentencias de 11 y 17 de octubre de 1974. En el Considerando primero de la Sentencia de 11 de octubre de 1974 se afirma que «el tema básico alrededor del cual gira el presente recurso es determinar si la moderna terminología de promotor de una construcción es o no equiparable a la de contratista a los efectos de la responsabilidad que determina el artículo 1.591 o por el contrario queda al margen de aquélla y de la consiguiente responsabilidad que establece el indicado precepto, puesto que ejercitada por los actores su acción al amparo del mismo... los demandados hoy recurrentes... pretenden excluir aquella responsabilidad aduciendo que fueron unos meros propietarios del inmueble que enajenaron una vez construido y que en su caso la única acción que podría ser ejercitada contra los mismos sería la de saneamiento que se autoriza y regula a través del artículo 1.484 y siguientes del Código civil, que se halla prescrita».

La tesis de los demandados recurrentes es rechazada en el segundo Considerando «porque, en el caso de autos, los recurrentes promovieron la construcción de un edificio sobre un solar de su propiedad con la finalidad de enajenarlo por pisos en régimen de propiedad horizontal, lo que llevaron a cabo después de terminar las obras procediendo posteriormente a la ena-

jenación de aquéllos; es cierto que el término de promotor no fue utilizado por el Código civil, por ser desconocido en aquella fecha el carácter de constructor con la amplitud y características del denominado actualmente promotor, que reúne en una misma persona generalmente el carácter de propietarios del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquél, enajenante o vendedor de los diversos locales o pisos en régimen de propiedad horizontal y beneficiario del complejo negocio jurídico, lo que no obsta para que en la realización o ejecución del proyecto utilice más o menos especializado al que ha de contratar para llevar a cabo la ejecución material de los distintos elementos que integran la construcción de un edificio, cual realiza también el simple contratista, por ello la responsabilidad a que se refiere el artículo 1.591 recae sobre el promotor o constructor del edificio en su totalidad, a lo que no es obstáculo su carácter de propietario que no le puede exculpar o liberar de la responsabilidad que establece el artículo 1.591 del Código civil para el constructor o ejecutor de la obra en la totalidad de su proyección, la que como queda dicho realiza en su beneficio, encaminada al tráfico de la venta a terceros frente a los que es responsable, con arreglo al expresado precepto del Código civil; otro criterio representaría el desamparo de los compradores de pisos adquiridos a través de esa modalidad de construcción por medio de la cual se lleva a cabo hoy día la mayoría de las adquisiciones de pisos de nueva planta, lo que no puede ser tutelado por la Ley».

¿Es acertado calificar al promotor, que vende determinados pisos, como contratista y vendedor? Su cualidad de vendedor es indiscutible; su cualidad de contratista no es tan evidente. Parece, pues, que se impone necesariamente solucionar este problema jurídico. Para ello es preciso establecer los perfiles que caracterizan al promotor, y determinar los casos en que puede ser considerado como contratista y los casos en que ello no es posible.

a) *Los perfiles jurídicos del promotor.*—El enorme crecimiento demográfico experimentado en nuestro país en las últimas décadas, la masiva afluencia de las gentes del campo a las ciudades, la gran escasez de suelo urbano, que ha determinado que su costo sea muy elevado, la política de congelación de rentas, junto al desarrollo de los grandes complejos urbanos, que ha motivado una extraordinaria complejidad para realizarlos, han provocado un fenómeno de colectivización en la edificación urbana. La realización de los inmuebles urbanos ha dejado de ser un asunto estrictamente individual para convertirse en un asunto colectivo.

Estos datos sociológicos han determinado la necesaria intervención de un profesional que se ocupe de la organización de la operación inmobiliaria. Aparece así el nuevo protagonista de la construcción: el promotor.

En los últimos años, la importancia de este profesional se ha incrementado de manera extraordinaria. No obstante, en el plano jurídico todavía no han sido señalados suficientemente los perfiles que presenta la figura del promotor. Nuestra doctrina «civilista» se ha ocupado escasamente de precisar la actividad de este profesional de la construcción (63). En el ám-

(63) No se ha realizado aún esta interesante e importante labor científica. Creemos que el estudio que implique un análisis de conjunto de la promoción inmobiliaria será extraordinariamente valioso. La doctrina fran-

bito del Derecho administrativo, se aprecia, en cambio, una mayor atención por la actividad que desarrolla este profesional, seguramente porque la Ley de Viviendas de Protección Oficial y su Reglamento se refieren en numerosos artículos al mismo (64).

Como es lógico, no podemos analizar en este lugar, de manera exhaustiva, toda la problemática que presenta la figura del promotor. Bastará que establezcamos los rasgos más característicos de la misma, pues, en realidad, nuestro objetivo básico reside en determinar si es o no un contratista.

Numerosos autores franceses y, entre nosotros, CADARSO (65), señalan que los juristas gustan de repetir, para excusarse de no poder definir al promotor de construcciones inmobiliarias, que se trata de un concepto de orden económico. Cuando es definido, lo es de una manera demasiado imprecisa. Se ofrece una noción que tiene un contenido más económico que jurídico. Así, MALINVAUD y JESTAZ (66) afirman que el promotor es el intermediario económico que realiza uno o varios inmuebles, con el fin de que una o varias personas adquieran su propiedad.

A nuestro juicio, es necesario destacar las características jurídicas del promotor, y tener en cuenta las múltiples actividades que lleva a cabo el mismo. De acuerdo con esta idea, el promotor puede ser definido como aquel profesional que organiza la construcción de obras inmobiliarias (normalmente, pisos y locales) para que determinadas personas adquieran la propiedad, el arrendamiento o cualquier otro derecho sobre las mismas. De acuerdo con esta definición las características fundamentales del promotor son tres: 1.º) El promotor es un profesional de la construcción. En la inmensa mayoría de los casos, la actividad de promoción inmobiliaria es desempeñada por una sociedad. Los grandes programas de construcción, que caracterizan a la actual promoción inmobiliaria, son obra de las poderosas sociedades anónimas. El ejercicio de esta actividad es libre en nuestro país. No hace falta tener un determinado capital, disponer de maquinaria, contar con determinados niveles tecnológicos o tener una determinada titulación (66 bis). Es interesante destacar que el Proyecto de Ley sobre protección pública a la vivienda crea un Registro de promotores y constructores cualificados, siendo necesaria la inscripción en el mismo para la contratación de actuaciones de viviendas con el Estado. Podrá inscribirse en el mis-

cesa ha estudiado con amplitud y rigor el tema de la promoción inmobiliaria. Consideramos de sumo interés los estudios monográficos de DENOVELLE, *Le promoteur de constructions immobilières*, París, 1965; MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, París, 1977; SAINT ALLARY, *Le droit de la construction*, París, 1977; y *Problemes actuels de la promotion immobilière depuis les lois du 16 juillet 1971*, Université de Droit, d'Economie et des Sciences Sociales de París (París, II), París, 1973.

(64) Cfr. GARCÍA BERNARDO LANDETA, *Sistema jurídico de las viviendas de protección oficial*, II, Pamplona, 1970, págs. 115 y siguientes, y ESPINOSA DEL RÍO, *Viviendas de protección oficial*, I, Barcelona, 1971, págs. 102 y siguientes.

(65) CADARSO, *Op. cit.*, pág. 240.

(66) MALINVAUD y JESTAZ, *Op. cit.*, pág. 1.

(66 bis) Sobre esta cuestión, véase DOMÍNGUEZ MARTÍN, *La disciplina y la clasificación laboral, como notas esenciales de la calidad humana, en la prevención de accidentes en la construcción*, en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, abril, 1979, págs. 363 a 367.

mo cualquier promotor o constructor, previo cumplimiento de los requisitos que se establezcan reglamentariamente (artículo 74). 2.ª) El promotor organiza la construcción de la obra inmobiliaria. En este sentido, suele realizar las siguientes actividades: a) La determinación del tipo de construcción que se desea realizar; b) La adquisición del terreno sobre el que ha de construirse la obra inmobiliaria; c) La financiación de la construcción de la obra inmobiliaria; d) La contratación de los profesionales que han de intervenir en la construcción (arquitectos, contratistas, ingenieros, peritos, etc.); e) El control de la actividad de estos profesionales cuando construyen la obra inmobiliaria; f) El cumplimiento de las formalidades de carácter administrativo y fiscal que requiera la construcción de la obra inmobiliaria. Es fundamental la obtención de la licencia de construcción (*cf.* artículos 178 y siguientes de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana) y de las cédulas de calificación provisional y definitiva, cuando se construyan viviendas de protección oficial (*cf.* artículo 25 de la Ley de Viviendas de Protección Oficial). 3.ª) El promotor organiza la construcción de la obra inmobiliaria para que determinadas personas adquieran la propiedad, el arrendamiento o cualquier otro derecho sobre la misma. La venta de pisos y locales construidos o en construcción es el procedimiento de comercialización más utilizado por el promotor. No obstante, es factible que arriende la totalidad o una parte de los mismos. El Proyecto de Ley sobre protección pública a la vivienda contempla estas dos posibilidades (*cf.* artículos 12 y 31). También la Ley de Viviendas de Protección Oficial se refiere a la venta y al arrendamiento (*cf.* artículos 6, 10, 26 y 29). De estas dos maneras obtiene un determinado beneficio económico. En la práctica es frecuente que el promotor acuda a una agencia inmobiliaria, que se encarga de buscar los adquirentes y arrendatarios (67).

b) *La venta de pisos y locales en proyecto o en construcción y la venta de pisos y locales ya terminados.*—La actividad del promotor se dirige fundamentalmente a conseguir la venta de los pisos y locales. Muy escasamente los destina al arrendamiento. Es sobradamente conocido que hoy día el régimen de propiedad horizontal es mucho más utilizado que el arrendamiento de viviendas y locales. Si éstos son vendidos, el promotor obtiene un determinado beneficio económico. En la práctica, la venta de pisos y locales puede producirse cuando ya están terminados (la denominada venta de pisos y locales «llave en mano»), y cuando están aún en proyecto o en curso de construcción (la conocida «venta sobre plano»). Como vamos a ver seguidamente, sólo en la venta de pisos y locales en proyecto o en curso de construcción, puede afirmarse que el promotor tiene la condición de contratista. En la venta de pisos y locales ya terminados, no parece posible afirmarlo.

a') *La venta de pisos y locales ya terminados.*—A nuestro juicio, el promotor que vende pisos terminados no puede ser considerado como un con-

(67) Es muy ilustrativo el examen de la legislación sobre viviendas de protección oficial. En ella se mencionan las numerosas actividades que ha de llevar a cabo el promotor, que organiza la construcción de este tipo de viviendas. Véase el artículo 75 y siguientes del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial de 24 de julio de 1968 («Boletín Oficial del Estado» de 7 de septiembre de 1968).

tratista. En rigor, éste no ha celebrado con los adquirentes de los pisos y locales terminados un contrato de obra. El objeto de la venta es una cosa actual (los pisos y locales terminados), el negocio en que cristaliza la operación se nos presenta como un contrato cuyo sinalagma se desinteresa, en principio, del proceso productivo y concierne, ante todo, a una estricta operación de cambio.

El promotor que, con la finalidad de vender por pisos y locales el edificio terminado, acomete la edificación encomendando las obras a diversos gremios especializados no es un contratista, pues falta el previo encargo de la obra. Si el contrato final de venta no se puede convertir en un inicial contrato de obra, mal se percibe cómo, a pesar de ello, el vendedor haya podido devenir contratista (68).

b') *Venta de pisos y locales en proyecto o en construcción.*—Presenta menos obstáculos considerar al promotor como contratista cuando vende pisos y locales que se encuentran en proyecto o en construcción. En este supuesto, es acertado pensar que concurre en el *dare* típico de la compraventa el *facere* propio del contrato de obra, lo que confiere al contrato una naturaleza mixta (69). En virtud de esta peculiar naturaleza, se puede sos-

(68) Esta solución ha sido defendida en nuestra doctrina por CADARSO (*op. cit.*, págs. 246 y 247), y es imperante en la doctrina extranjera. CARBONNIER (*Responsabilité d'un entrepreneur en raison de la mauvaise qualité des matériaux employés* (note a Cass Civ. 1.^a, 18 juillet 1955), en la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1956, págs. 150-152) señala que no es sencillo entender que existe un contrato de empresa, y no una venta, cuando el empresario (*l'entrepreneur*) entrega a sus clientes unos inmuebles que ha edificado sobre un suelo que le pertenece.

CORNU (*Les articles 1.792 et 2.270 du Code civil sont déclarés inapplicables au vendeur d'une maison construite de ses mains*, en la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1963, págs. 749-750) precisa que la aplicación de los artículos 1.792 y 2.270, que establecen la responsabilidad decenal, sólo son aplicables cuando el comitente ha encargado al arquitecto y al empresario la construcción de un edificio. Los trabajos de construcción tienen su causa en un contrato de obra o empresa.

En este sentido se pronunció la Sentencia de la Corte de Casación francesa de 26 de febrero de 1963 (*Gazette du Palais*, 1963, I, 433).

Debemos señalar que estas opiniones son anteriores a la Ley de 3 de enero de 1967, que soluciona específicamente el problema al conferir una nueva redacción al artículo 1.646 del Código civil francés.

Existen opiniones semejantes en la doctrina italiana. RUBINO (*L'appalto*, páginas 340-341) estima que, cuando la venta se produce una vez que el edificio ha sido totalmente terminado, el vendedor no ha asumido una obligación contractual de construir. Esto significa que sólo existe un contrato de compraventa de pisos terminados. GIANNASSIO (*L'appalto*, pág. 225) señala que, si bien la persona del vendedor ha sido identificada con la del empresario (*l'appaltatore*), cuando la venta tiene por objeto un edificio construido, falta la relación de *appalto*. El comprador podrá invocar las sanciones específicas inherentes al contrato de compraventa, y eventualmente la responsabilidad por hecho ilícito; en modo alguno, la garantía propia del *appalto*.

(69) DE CASTRO (*El negocio sobre cosa futura. Su construcción dogmática*, en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1976, fascículo IV, pág. 1.151) apunta que en la venta de cosa a construir, habrá obligaciones propias de los contratos de arrendamiento de servicios y arrendamiento de obra.

tener sin violencia que el adquirente es comitente y el promotor vendedor es contratista (70).

c) *Conclusión.*—En la Sentencia que comentamos y en las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 y 17 de octubre de 1974, el promotor vende pisos de un edificio terminado; estamos ante una venta de pisos «llave en mano». Esto significa que no podemos considerar al promotor como contratista, como hace el Tribunal Supremo, porque, como hemos señalado, no ha celebrado con los adquirentes de los pisos y locales terminados un contrato de obra. En nuestra legislación, la diferenciación entre promotor y contratista es clara en el marco de las viviendas de protección oficial. El artículo 46 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial de 24 de julio de 1968 (*Boletín Oficial del Estado*, 7 de septiembre de 1968) se refiere a los contratos formalizados entre promotor y contratista.

En la Sentencia que comentamos, el Tribunal Supremo pudo haber elegido otra vía para solucionar el problema planteado. Ante la imposibilidad del ejercicio de las acciones edilicias (ha transcurrido el plazo de caducidad de seis meses que establece el artículo 1.490), el Tribunal Supremo pudo alegar la doctrina jurisprudencial que afirma la compatibilidad de estas acciones con las generales de nulidad, resolución y daños contractuales (71).

(70) Entre nosotros, se pronuncian en estos términos: GULLÓN (*Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, págs. 269-270) y CADARSO, *Op. cit.*, págs. 249-250; ROVIRA (*La compraventa de cosa futura*, en *Estudios de Derecho Privado*, dirigidos por MARTÍNEZ RADIO, II, Madrid, 1965, págs. 149-150), BATISTA (*Las servidumbres en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamento en edificio por construir*, en la *Revista de Derecho Privado*, 1962, pág. 200) y ROGEL (*La compraventa de cosa futura*, Bolonia, 1975, págs. 310-311) se muestran favorables a la aplicación del artículo 1.591, en el supuesto de venta de pisos en construcción. Entienden que las normas dictadas para un determinado tipo (artículo 1.591 para el contrato de obra) pueden aplicarse a otro tipo (compraventa) cuando, en este último, esté inserta la prestación característica del primero que ha determinado el nacimiento de la norma (en este caso: obligación positiva de hacer que la cosa venga a existencia a cargo del vendedor). En el Derecho francés, con anterioridad a la Ley de 3 de enero de 1967, se pronuncia en este sentido CORNU (*loc. cit. ant.*) y la Sentencia de la Corte de Casación francesa de 26 de febrero de 1963 (*Gazette du Palais*, 1963, I, 433).

Numerosos son los autores italianos que piensan de esta manera. RUBINO (*L'appalto*, pág. 340) afirma que puede aplicarse el artículo 1.669 del Código civil italiano (que establece la responsabilidad decenal por ruina de edificios) cuando se trate de una venta de cosa futura. En la venta de cosa futura, el vendedor asume normalmente la obligación de producirla (en nuestro caso, construir el edificio). La prestación que surge, aisladamente considerada, no difiere sensiblemente de la típica del empresario. La aplicación del artículo 1.669 está justificada por haber asumido el vendedor la obligación de construir el edificio.

(71) Sobre esta importante cuestión, véase ESPÍN, *Concurrencia de la acción de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa y de las acciones generales de nulidad, resolución o daños contractuales*, en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 1966, págs. 914 y siguientes, ALONSO PRIETO, *Las acciones de saneamiento en la compraventa de edificios*, en la *Revista de Derecho Privado*, año 1971, págs. 254 y siguientes, y nuestro comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1976, en este ANUARIO, año 1977, fascículo II, págs. 455 y siguientes.

Sin embargo, no lo ha hecho. Rechaza el motivo cuarto del recurso, en el que el recurrente afirma la transgresión por violación de los artículos 1.484 y 1.490 del Código civil. Según el Tribunal Supremo, estos artículos son a todas luces ajenos a una controversia que no se disciplina mediante la pauta de las acciones edilicias propias del contrato de compraventa, y si bien algún sector de la doctrina científica ha contemplado la posibilidad de aplicar las normas por vicios ocultos establecidas para esta modalidad con tractual proyectándolas al arrendamiento de obra, ni tal parecer ha sido recibido por la jurisprudencia, ni sus propugnadores con reservas dejan de admitir las graves dificultades que ofrece la solución, sobre todo por la brevedad de los plazos que se seguirían para descubrir en tan escaso tiempo los defectos ocultos de lo edificado (Considerando 4.º).

Se aprecia claramente que el Tribunal Supremo no plantea en esta Sentencia el problema de la compatibilidad de las acciones edilicias con las acciones de nulidad, resolución y daños contractuales. Estima que el problema que se discute tiene que ver exclusivamente con el contrato de obra. Ello se explica porque considera al promotor como contratista. Estamos, pues, ante el problema de los vicios en la obra construida, al que alude el artículo 1.591; no propiamente ante vicios ocultos en la cosa vendida, a los que se refieren los artículos 1.484 y 1.490. Por ello, el Tribunal Supremo deduce que el problema consiste en precisar las consecuencias jurídicas que determina la existencia de vicios no productores de la ruina en la obra construida, que no son contemplados por la normativa del Código civil sobre las obras por ajuste o precio alzado. Si el vicio hubiese ocasionado la ruina del edificio, es indudable que hubiese aplicado el artículo 1.591 del Código civil, sin plantearse mayores problemas. El Tribunal Supremo plantea y soluciona un típico problema de defectuoso cumplimiento de obligaciones derivadas del contrato de obra.

Debemos matizar este juicio crítico. No puede desconocerse que el Tribunal Supremo trata de ofrecer una solución útil para proteger suficientemente a los adquirentes de pisos defectuosamente construidos. Como ha destacado CADARSO (72), al examinar este problema en relación con la doctrina de las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 y 17 de octubre de 1974, no pocas veces la incorrección formal es el precio que ha de pagar un derecho pretorio y atento a la evolución de los problemas. Desde esta perspectiva, la jurisprudencia examinada no cierra, antes bien inicia un camino. Pensamos que el camino que inicia esta jurisprudencia debe conducir a una futura intervención de nuestro legislador, que ha de regular ordenadamente los múltiples problemas jurídicos que plantea la promoción inmobiliaria, sobre la que se asienta toda la dinámica de la construcción. Ha de lograrse principalmente una adecuada *protección de los adquirentes de las obras inmobiliarias*. Este camino fue iniciado, en el ámbito administrativo, por la legislación sobre viviendas de protección oficial (*cfr.* artículos 27 de la Ley y 11 del Reglamento). El referido Proyecto de Ley sobre protección pública a la vivienda, que se refiere tanto a las viviendas de régimen libre como a las de régimen protegido (*cfr.* artículo 5), contempla la promo-

(72) CADARSO, *Op. cit.*, pág. 252.

ción privada de actuaciones de vivienda (artículos 22 y siguientes). En este sentido, destaca el artículo 26, que establece la responsabilidad de los promotores por presentar vicios o defectos la obra construida. No obstante, este Proyecto de Ley sólo contempla algunos aspectos de la promoción inmobiliaria privada (73).

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ,
Profesor de Derecho Civil
de la Universidad Autónoma de Madrid

(73) Es necesaria una disciplina legal que tutele suficientemente a los adquirentes, sobre todo cuando han tenido que entregar anticipadamente al promotor importantes cantidades de dinero, lo cual es habitual en la venta de pisos y locales en proyecto o en construcción. Nos parece muy razonable la solución impuesta por el legislador francés en las leyes de 3 de enero de 1967 y 16 de julio de 1971 y en el decreto de 22 de diciembre de 1967. Sobre la interpretación de esta normativa y en general sobre el régimen jurídico de la promoción inmobiliaria en Francia, véanse las excelentes monografías de MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, París, 1976; BOUCHETARD, *Les garanties de bonne fin des opérations de construction immobilière*, París, 1977, y SAINT ALLARY, *Le droit de la construction*, París, 1977.

II. SENTENCIAS

A cargo de ANTONIO CABANILLAS SANCHEZ, JORGE CAFFARENA LAPERTA, JUAN PEÑA OSORIO, JOSE PERE RALUY.

I. DERECHO CIVIL

Parte general

1. *La equidad en la aplicación del Derecho y el artículo 1.711 del C. c.*— El núm. segundo del artículo tercero «establece que la equidad no puede aplicarse de forma exclusiva más que cuando la ley lo permite y declarada la existencia de una relación de mandato entre demandante y demandado sin establecimiento de precio o merced y probado que el actor no tiene por ocupación el desempeño de servicios de la clase a que el mandato se refiere es evidente la gratuidad del mandato y en tal sentido probado que el actor es Agente de la propiedad inmobiliaria sin que se dedique a la construcción y que la relación entre ambas partes no puede catalogarse más que como mandato, sin fijación de precio o merced, es evidente que la Sala de instancia al fijar como razón de la condena la equidad ha cometido las infracciones denunciadas, procediendo en consecuencia la estimación del motivo...».

Hechos: Mandato sin pacto de retribución.

(Sentencia 2 abril 1979; ha lugar.)

2. *Nulidad.*—Es sobradamente conocido el principio general de Derecho tantas veces recogido por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, de que lo que es nulo no produce efecto alguno. No es posible admitir la productividad de efectos de un acto nulo, máxime si se tratan de obtener en contra de quien se declaró que carecía de toda responsabilidad en el mismo. (Sentencia 28 mayo 1979; ha lugar.)

Derecho de la Persona

1. *Constitución de una asociación sindical.*—No es dable erigir una asociación sindical conforme a la Ley de 19 de abril de 1977, reguladora del derecho de asociación sindical, integrada exclusivamente por quienes debido a su edad no pueden ser sujetos de un contrato de trabajo ni desempeñar actividades profesionales.

Protección de jubilados y pensionistas: Asociación.—Los componentes de la entidad combatida (jubilados y pensionistas) no están desprovistos de

protección legal, que pueden alcanzar sin menoscabo alguno, permaneciendo en el sindicato que contaba con su afiliación cuando se hallaban en activo, o acudiendo al cauce que proporciona la libertad de asociación.

Jurisdicción competente.—Es incuestionable la competencia de la jurisdicción ordinaria. (Sentencia 11 marzo 1979; ha lugar.)

Hechos.—El problema tratado en la instancia y traído ante el Tribunal Supremo por el recurso del Ministerio Fiscal, atañe a la posibilidad legal de dar curso a una asociación de pensionistas y jubilados, pretendida al amparo de la Ley de 19 de abril de 1977, reguladora del derecho de asociación sindical.

NOTA.—Es interesante destacar que en los considerandos 1.º y 2.º, el Tribunal Supremo establece las condiciones definidoras del Sindicato.

Obligaciones y contratos

1. *Clases de novación.*—Cabe una triple distinción en materia de novación según que, las nuevas obligaciones que se establezcan sean incompatibles por ley o declaración de voluntad con la primitiva (novación «extintiva»); que tal incompatibilidad no existía, por ser la antigua obligación y la nueva alternativa, conjunta o sucesivamente exigible (novación «modificativa»); o porque, la novación se introduzca como un paréntesis en la vida del contrato que, durante cierto tiempo, por acuerdo y conveniencia de las partes ha de regirse por normas diferentes a las primitivamente pactadas, aunque éstas vuelvan a actuar una vez cerrado el paréntesis abierto (novación por especiales circunstancias de emergencia o conveniencia temporal). Esa apreciación de modalidades de la novación, derivadas de la considerable ampliación efectuada por el Derecho español al concepto que de aquélla daba el Derecho romano, que hace que se incluya tanto la figura tradicional de la novación extintiva, como la modificación convencional de las obligaciones, cuyo deslinde ha de hacerse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación de la modificación que se introduzca en la obligación, conduce a que, en tanto la novación extintiva produce como principal efecto la extinción de la obligación primitiva, acompañada de la creación de otra nueva, la novación modificativa se limita a la simple modificación del vínculo, que perdura, aunque sea con un nuevo contenido, con la exigencia para la manifestación plenamente extintiva de un pacto expreso al respecto o de incompatibilidad entre las dos obligaciones contrapuestas que no emana, en cuanto al contrato de arrendamiento, de la simple alteración de la renta, al no determinar necesariamente esta circunstancia la novación del contrato con fuerza y alcance extintivo.

Novación extintiva de arriendo y prórroga.—La declaración de extinción de la originaria obligación dimanante del vínculo arrendaticio, mal se compagina con la nueva prórroga arrendaticia convenida entre las partes—aun con modificación de la cláusula relativa al precio—desde el momento en que prorrogar un contrato no es extinguirlo, sino, por el contrario, prolongar su vida.

Criterios para resolver los casos de duda sobre el alcance de la novación. En los casos de duda es de suponer querido por las partes el efecto más débil, o sea, la modificación no extintiva de la obligación, según ya se dijo en S. de 29 abril 1947.

Desahucio de arriendo rústico por expiración de término.—No es exacto que, una vez vencidas las prórogas legales establecidas para el arrendamiento se precise para la viabilidad del desahucio judicial por expiración de término, la asunción del compromiso, por el arrendador desahuciante, de permanecer en la explotación directa de las fincas afectadas durante seis años como mínimo, ya que tal obligación, impuesta por el ap. 3 del art. 11 del Reglamento de Arrendamientos rústicos se contrae única y exclusivamente al supuesto de que se contemple la posibilidad de inicio de las prórogas legales, pero no al caso en que la prórroga legal no tenga posibilidad de inicio por vencer las establecidas como obligatorias, puesto que en el orden fáctico-jurídico, no puede tener vida una prórroga ni originar consecuencia alguna eficiente, cuando el ordenamiento jurídico no se la reconoce (Sentencia 14 mayo 1979; no ha lugar.)

2. *Animus novandi.*—«... la sentencia objeto del recurso declara como único hecho probado, que el recurrente recibió, sin reclamación alguna en el momento de la entrega, la carretilla elevadora que le fue enviada y que no era de las características convenidas, de cuyo hecho, dice la sentencia, cabe entender que hubo un nuevo convenio por el que, dejando sin efecto el primero, se sustituyó la carretilla objeto del mismo por la enviada y recibida, creando así un nuevo contrato que lo extinguió o, al menos, lo modificó, mas sabido es que a los efectos de ese sustancial cambio obligacional es requisito necesario la intención o voluntad de los contratantes—animus novandi—, pues decisión tan esencial ha de ser declarada expresamente por los contratantes, como condición indispensable para que la novación se produzca, conforme establece el citado artículo 1.204, toda vez que para variar el objeto o las condiciones principales de la obligación se necesita el mismo acuerdo de voluntades que para contraer ésta, lo que en el caso presente no acontece, pues no hay prueba alguna de ese acuerdo, que el Tribunal de Instancia solamente supone, y sabido es que no cabe declarar una novación por meras conjeturas o deducciones corroborando esa falta de acuerdo novatorio el hecho de que el precio convenido permaneciese inalterable, cuando lógicamente habría de reducirse al ser la máquina entregada de un mástil inferior...».

Exceptio non rite adimpleti contractus y resolución de los contratos.—«... aun cuando nuestro ordenamiento jurídico no regule expresamente la excepción «non adimpleti contractus» o contrato no cumplido, o inadecuadamente ejecutado—«exceptio non rite adimpleti contractus», su existencia se admite a través de dicho artículo 1.124 y de la jurisprudencia de esta Sala, que expresamente la reconoce al declarar —SS...— que si bien es cierto que no tiene derecho a pedir la resolución el contratante que incumple sus obligaciones, lo es también que el que las incumplió, como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, conserva este derecho pues la conducta del que incumple primero es lo que motiva el derecho de resolución y le libera

desde entonces de sus obligaciones, por lo que en el presente caso, incumplidas sus obligaciones por la vendedora y recurrida, el recurrente está facultado para oponerse a la resolución solicitada por aquélla, como perjudicado por ese incumplimiento, así como exigir como lo ha hecho reconventionalmente, el cumplimiento del contrato —con la consiguiente indemnización de los daños y perjuicios que la infractora le ha originado...».

Hechos.—Compraventa de una carretilla elevadora de unas determinadas características. El vendedor entrega una de distintas características y con posterioridad pide la resolución del contrato por impago de una gran parte del precio. (Sentencia de 10 de mayo de 1979; ha lugar.)

3. *Viviendas de Protección Oficial: Limitación a la libertad de contratación.*—Es indudable que la libertad de contratación proclamada por el artículo 1.254 del C.C., tiene su limitación por lo dispuesto en contrario en las leyes, una de ellas la de Viviendas de Protección Oficial de 24 de julio 1963 y su Regl. de 24 julio 1968, en cuyo art. 127, sustrae a la libertad de contratación, en los contratos de compraventa de pisos acogidos a la protección oficial, nada menos que un asunto tan esencial como es el precio y aunque es cierto que el precio puede alterarse, por convenio entre promotor y comprador en que se especifiquen mejoras contratadas al margen del proyecto oficial, la ley, para defender a los usuarios del posible fraude legal que al amparo de supuestas mejoras puedan producirse, exige expresamente que éstas consten detalladas, valoradas y aceptadas en su valoración por el comprador de la vivienda en cuestión. Aunque el promotor pretendiera ampararse en el art. 1.593 C. c., referente al derecho del constructor a repercutir sobre el costo de la obra el de los aumentos producidos por cambios en el plano, hay que reconocer que aun salvando la distancia entre los conceptos de contratista a que se refiere el art. citado y el promotor-vendedor de viviendas de protección oficial, para que opere el art. 1.593 C. c. se requiere el asentimiento del propietario a la modificación del plano para que pueda producirse el aumento de facturación sobre lo convenido y por otra parte, la autonomía de la voluntad, en los casos de viviendas de protección oficial está mucho más limitada que en las demás obras.

Casación: Error basado en documento auténtico.—Para que prospere el recurso basado en error de hecho acreditado en documento auténtico, ha de constatarse una verdadera y flagrante contradicción entre determinadas afirmaciones de la instancia y lo afirmado en un documento que merezca la condición de auténtico y que esté unido a los autos, ya que, de dar el núm. 7 del art. 1.692 de la L.E.C. otro alcance, se convertiría la casación en una tercera instancia. (Sentencia de 11 mayo 1979; no ha lugar.)

Clases de contratos: Contratos de adhesión y contratos normados.—No cabe confundir los contratos de adhesión con los que la doctrina llama normados, es decir, previamente regulados por el legislador en algunos de sus aspectos más importantes —ejemplo, los arrendamientos excluidos del C. c.— y que, si bien libres en su constitución, se sustraen, sin embargo, y en parte de su contenido, a la voluntad de los contratantes, en interés, sobre todo, del más débil o del situado en posición económica o jurídica inferior, infe-

rioridad que la ley compensa con una especial protección de sus derechos, para que la libertad contractual se cumpla y las prestaciones se equilibren, como es el caso de los supuestos previstos en la legislación sobre viviendas de renta limitada o protegidas: calidad de la construcción, precios tasados, calificación administrativa, plazos de entrega, aseguramiento del precio anticipado, etc. (Sentencia de 2 de mayo de 1979; no ha lugar.)

Interpretación de contratos: Contratos de adhesión.—Falta de conocimientos jurídicos de los contratantes: El principio de interpretación *contra preferente* y correlativa ventaja para la parte que ha suscrito el contrato sin haber intervenido en la redacción es aplicable, solamente, en el caso de que sea uno de los sujetos quien dicta las condiciones del negocio jurídico bilateral, cuyo ejemplo más característico lo constituyen los contratos de adhesión, supuesto con el que no guarda relación un contrato en que las impropiedades terminológicas y confusión observable en el uso de los vocablos, obedecen a la carencia de conocimientos jurídicos de los contratantes.

Arriendo de industria: Concepto: Autorización al arrendatario para obras y mejora de enseres.—Si lo entregado al arrendatario fue el goce de un complejo de elementos materiales coordinados entre sí y adecuados, por su estructura y disposición, para ser destinados a un uso industrial determinado y en estado de funcionamiento, se da la existencia de una unidad patrimonial con vida propia y, por tanto, el arriendo de industria, sin que a ello obste la facultad del arrendatario para ejecutar obras de remozamiento y sustitución o mejora de enseres. (Sentencia de 9 julio 1979; no ha lugar.)

4. *Interpretación del contrato.*—Se precisa en cada caso buscar la intención de las partes, tanto con sujeción al criterio clásico y subjetivo, como en el significado y alcance que de sus declaraciones de voluntad se derivan, con arreglo a la opinión moderna u objetiva.

Recurso de casación.—El criterio del juzgador de instancia debe prevalecer sobre el del recurrente, si no se demuestra, por modo evidente y notorio, el error de aquél. (Sentencia de 12 de junio de 1979; no ha lugar.)

5.—«*Exceptio non adimpleti contractus*»: *Simultaneidad en las prestaciones.*—Significa en nuestro derecho positivo que la pretensión de cumplimiento de una obligación sinalagmática sólo puede prosperar cuando el accionante ha cumplido la propia o si a la hora de deducir la petición ofrece el cumplimiento de la prestación a su cargo.

Autenticidad.—No tienen la condición de auténticos a los fines de la casación los dictámenes e informes técnicos.

Valor probatorio de la prueba pericial.—La ponderación del valor probatorio de la pericia, en cuanto liberalmente apreciable por el Tribunal de Instancia conforme a la sana crítica, está sustraída a la censura de la casación. (Sentencia de 7 de mayo de 1979; ha lugar.)

NOTA.—El Tribunal Supremo acoge el recurso porque el Tribunal *a quo*, a pesar de que discurre sobre la pertinencia de la *exceptio non adimpleti contractus* y de la condena a la eliminación de los defectos para que la

instalación pueda ser utilizada con arreglo a lo contratado, prescinde de los efectos específicos del negocio bilateral en punto al cumplimiento simultáneo de las obligaciones pactadas por cada parte.

A. C. S.

6. *Interpretación de contrato: Contrato independiente de uno anterior o prórroga del mismo.*—Si en el segundo contrato, celebrado entre las mismas personas y sobre el mismo objeto, no se hace referencia alguna al primero y se regula con extraordinaria minuciosidad la relación obligacional que le es propia por naturaleza, ello pone de manifiesto que la voluntad de las partes fue celebrar un nuevo contrato, completamente desligado e independiente del anterior, tanto más, si ambos contratos difieren sustancialmente en condiciones de gran significación e importancia económica, como son, la cuantía de la renta —que pasa de 277.000 pesetas en el primer contrato a 400.000 en el segundo—, régimen de pago de seguros y clase y cantidad de ganado que el arrendatario puede tener en la finca. (Sentencia de 12 de junio de 1979; no ha lugar.)

7. *Artículo 1.504.*—La intimación al comprador para que tenga por resuelto el vínculo puede practicarse por medio de acto conciliatorio.

Compra hecha por un arrendatario.—La resolución de la venta no hace renacer el arrendamiento extinguido por la propia venta, y total o parcialmente consumada aunque resoluble. (Sentencia de 16 de mayo de 1978; no ha lugar.)

El comprador había invocado haberse producido una novación del arrendamiento en cuya virtud ocupaba el piso objeto de la compraventa, y que al sobrevenir la resolución de este contrato habían de volver las cosas al estado en que se encontraban, reviviendo la relación arrendaticia. El Tribunal de alzada entendió que el arrendamiento había desaparecido *ipso iure* con la compraventa al confundirse las calidades de dueño y arrendatario (artículos 1.156 y 1.192 C. c.).

Juan Peña Osorio

8. *Arras penales y confirmatorias.*—La entrega de una cantidad *a cuenta del precio* y para garantizar el cumplimiento del contrato estableciéndose que si el incumplimiento era imputable al vendedor éste tendría que devolver el *doble* de la cantidad recibida, tiene el carácter de arras penales y confirmatorias y no el de penitenciales o de desistimiento. Por tanto, el comprador siempre tiene la posibilidad de que la obligación pactada sea estrictamente cumplida.

Arras de desistimiento o penitenciales.—(Art. 1.454 C. c.): Tienen carácter excepcional, y son por tanto de interpretación restrictiva; en principio se presume que las arras son confirmatorias. (Sentencia de 7 de julio de 1978; ha lugar.)

9. *Opción de compra: Manifestación tácita de la voluntad de optar: Presunciones.*—La presunción «ad homine» del art. 1.253 del C. c., en rigor lógico, conduce a que, quien cual la entidad recurrente tiene reconocida un derecho de opción como comprador, vinculado a la relación jurídica de compraventa y acepta la alteración de instalación de tendido de energía eléctrica, derivada

de la solicitud formulada, con afectación a la finca a que la opción se contrae y realiza en ella obras para preparación de otras posteriores mediante movimiento de tierras, corte de plantaciones, perjuicios en edificaciones de la finca de la opción, está mostrando un comportamiento revelador del ejercicio del derecho de opción, en cuanto que aquéllos son actos atributivos de facultades dominicales y puesto que, a falta de precepto que exija una forma determinada respecto al modo en que el aceptante debe manifestar su voluntad de considerar perfeccionado el contrato, puede serlo, tanto expresa, como tácitamente.

Distinción entre compraventa con cláusula de opción y promesa de compraventa con cláusula de opción.—Hay que distinguir entre la mera promesa de compraventa con cláusula de opción, en que no hay, de momento, un contrato completo, sino un precontrato de compraventa, de la compraventa con cláusula de opción; en el segundo caso, el derecho de opción surge, no de un contrato autónomo, sino de un pacto o cláusula inserto en contrato de aquella naturaleza transmisiva que responde a exigencias técnicas que lo diferencian de la mera promesa, pues se trata de una compraventa concluida que no requiere actividad posterior de las partes, dirigida a desarrollar las bases contractuales contenidas en sus líneas generales requeridas institucionalmente, significando en esencia un contrato de compraventa ya completo, sólo que su efectividad se supedita al libre arbitrio del que asume el papel de comprador, debido a que, por de pronto, el concedente queda obligado y el aceptante no, en tanto no decida aceptarlo y cuya aceptación, producida en tiempo, determina que el contrato quede firme, perfecto o en estado de cumplimiento y, tratándose de compraventa, quedará automáticamente en estado de ejecución, dado que sus complejos efectos vienen supeditados a que el optante cierre el círculo contractual con dicha precisa aceptación, ya que en la compraventa con cláusula de opción, a diferencia del «pactum de contrahendo», no surge la obligación de cooperar personalmente en la conclusión del contrato definitivo, por venir éste ya perfeccionado con dicha condición del ejercicio de la opción.

Declaraciones de voluntad recepticias: Tienen tal carácter las declaraciones de opción.—La declaración de voluntad de opción tiene carácter recepticio, lo que quiere decir que va destinada al concedente, a fin de que tenga noticia de aquélla, lo que sucede desde el momento en que el destinatario de la declaración, con el ejercicio de la demanda, da por recibida la declaración del optante acogiéndose a ella, pero no supone que carezca de efecto si no se pone en evidencia que la recepción de dicha voluntad, manifestada en tiempo del ejercicio de la opción, se produjo también dentro de él. Hecho uso por el optante del derecho de opción, dentro del tiempo establecido al efecto, es suficiente para generar las consecuencias contractuales correspondientes, es decir, lograr la plena efectividad del contrato de compraventa de que se trata, siempre y cuando el concedente la dé por recibida y eficiente. (Sentencia de 16 de abril de 1979; no ha lugar.)

NOTA: Esta sentencia ilumina plenamente la distinción entre la compraventa y la promesa de compraventa y la relación de una y otra con el pacto de opción, eliminando el confusionismo que, en ocasiones, se produce en la práctica forense sobre la materia.

10. *Venta de piso con plaza de garaje: Naturaleza de la relación.*—En trance de precisar el tipo concreto de relación jurídica que surge en los casos de venta de un piso en régimen de propiedad horizontal con derecho a una plaza de garaje, y los remedios a aplicar cuando en el momento de la entrega resulta que dicha plaza carece de las condiciones adecuadas para ello, hay que observar que se trata de venta de cosa no genérica, sino específica, cual es el piso concreto que se determina en el contrato, especificidad que no se altera por el hecho de que, como anejo, figure una plaza de garaje en la que sólo se precisa que estará ubicada en el semisótano de la casa, justo por ser eso, un anejo parcial y complementario del objeto vendido, cuyo precio va incluido dentro del total de la operación, con el único condicionamiento de su finalidad, en cuanto no es un simple trastero, sino un garaje en que tiene que tener cabida un automóvil, que a veces, se especifica con la clase—cual sucedió en S. de la Sala I del T. S. de 26 de octubre 1977, en que se decía que tenía que ser un Seat 1500—, pero en otras nada se puntualiza debiéndose entender, entonces, que habrá de ser para albergar automóviles de tipo medio, por lo que cuando esta finalidad no se cumple con lo que se entrega no se puede pensar en la pérdida de la cosa vendida a que se refiere el artículo 1.460 C. c., porque nada se ha perdido.

Remedios para el cumplimiento parcial en la compraventa: en relación con el supuesto anterior.—A la conclusión negativa expuesta se llega igualmente si se tienen en cuenta los distintos remedios especiales del contrato de compraventa, contenidos en el C. c.; en efecto: a) no cabe pensar en el supuesto de falta de cabida o defecto de cantidad del artículo 1.469 porque no concurre el requisito de que la venta se haya hecho «con expresión de su cabida...»; b) tampoco puede considerarse comprendido el supuesto en el caso del párrafo 3.º del mismo artículo 1.469, o sea, el de falta de calidad del contrato, aunque haya sido el remedio utilizado por los juzgadores de instancia, por no tratarse de cuestión de calidad, sino de finalidad, en la que quedan englobadas ambas, cantidad y calidad como integrantes, pero no como determinantes ni conjunta ni aisladamente; c) tampoco cabe hablar de vicios o defectos ocultos —art. 1.484 C. c.—, pues no puede hablarse de algo oculto —aunque fuera el argumento empleado en la demanda—, estando como estaba a la vista la irregularidad denunciada que, por otra parte, no afectaba a la cosa en sí—objeto principal del contrato—, sino a uno de los anejos de la misma; d) debe rechazarse la posibilidad exoneratoria de responsabilidad que esgrime el recurrente al amparo del artículo 1.471 C. c., ya que éste se refiere a la venta de un inmueble por precio alzado y no en razón de un tanto por unidad de medida o número, supuesto distinto del de venta de piso como cosa específica de la que uno de sus anejos, el trastero, tenía fijada su extensión superficial y el otro, la planta de garaje, la tenía por su finalidad, por lo que su disminución de la cabida normal no puede ser inoperante, sino que imposibilita el cumplimiento total y exacto. Semejante falta de regulación especial explicable dada la fecha del C. c. no puede significar el desamparo del comprador que resulte perjudicado, sino que lleva consigo la necesidad de buscar su tutela en la normativa general de obligaciones del título 1.º del Libro IV del C. c. (como en cierto modo hizo la doctrina del T. S. en materia de prescripción entendiendo que los plazos de seis

meses establecidos para la compraventa no eran aplicables cuando, junto con dicha acción se ejercitaba otra sin plazo especial prescriptivo), debiendo recordarse que cumplir una obligación es satisfacer el interés del acreedor de manera exacta, íntegra y puntual, lo que se expresa en el artículo 1.157 C. c., tratándose de obligaciones contractuales, el que esté o no completamente cumplido dependerá de lo que se establezca en el contrato, pues, según el artículo 1.191 C. c., «las obligaciones que nacen de los contratos... deben cumplirse a tenor de los mismos, que es lo que se observa en los casos en que, aun sin incurrir en alguno de los supuestos específicamente tipificados para la compraventa, más que incumplir total o parcialmente se viola positivamente el crédito de comprador por mal cumplimiento o cumplimiento inexacto que no se atiene al tenor fijado en el contrato. Como consecuencia del mal cumplimiento el vendedor viene obligado a reparar, indemnizando al comprador por los daños y perjuicios causados, no como amparo en la acción resolutoria, ni rescisoria, ni de sanear, sino en la de petición de cumplimiento exacto de la obligación, como una de sus modalidades que permite expresamente el artículo 1.101 del C. c., que sujeta a indemnización de daños y perjuicios, no sólo a los que incurran en dolo, negligencia o morosidad, sino también los que, «de cualquier modo», contravinieran el tenor de aquéllas», acción que fue la ejercitada por el actor al limitarse a reclamar la reducción del precio total en concepto de indemnización de daños y perjuicios que carece de un plazo especial de prescripción por lo que le es aplicable el artículo 1.964 C. c.

Iura novit curia.—Es un principio general. (Sentencia 3 marzo 1979.)

NOTA: Es reconfortante la lectura de sentencias como la que se acaba de resumir, en que, sin desconocer los conceptos jurídicos, a los que se alude con gran erudición, se rebasa valientemente el marco que ofrecen los esquemas y conceptos tradicionales y con una adecuada valoración de los intereses en juego y el decidido propósito de que el encasillamiento de la cuestión en los cauces trillados de determinadas acciones impida, en la práctica, que se dé satisfacción a los intereses necesitados de protección se provee a hacer efectiva justicia, evitando que el juego de unos plazos cortos de prescripción consagre la iniquidad de un incumplimiento contractual que, no por ser parcial, dejaría de ser irritante. La aplicación de semejantes criterios es particularmente necesaria en modalidades contractuales surgidas de las nuevas y complejas relaciones jurídicas que desbordan el marco de los contratos-tipo tradicionales.

(J. P. R.)

11. *Supuesta falta de causa: No lo constituye la inadecuación entre el precio de la compraventa y el verdadero valor de LO ENAJENADO.*—La falta de causa en la convención origen de la «litis» no puede derivarse de la circunstancia de que la máquina vendida no tuviera ficha de recepción o de que el vehículo usado que, como parte del precio había de entregar el comprador fuera valorado en mayor cantidad que la corriente en vehículo de segunda mano, pues el precio, contraprestación económica para el vendedor existió, no siendo indispensable, en nuestro ordenamiento positivo —como estableció la S. de la Sala I del T. S. de 16 octubre 1965— la existencia de adecuación entre ese elemento integrante del pacto y el verdadero valor de la cosa enajenada, y, mucho menos, la necesidad de que el vendedor hubiera de obtener lucro alguno. (Sentencia 27 febrero 1954.)

Regimen jurídico aplicable a una compraventa: Régimen de capacidad de las partes y régimen de la compraventa en sí misma.—Una cosa es que para apreciar la capacidad de gestión de los órganos de una sociedad sean aplicables preceptos del Código de Comercio y otra diferente que a las convenciones en que intervenga no sean aplicables tales preceptos y sí los del Código civil. (Sentencia 22 junio 1979; no ha lugar.)

12. *Compraventa: Reincidencia incumplidora: Resolución de contrato.*—Es aplicable la normativa genérica de los artículos 1.124 y 1.504 del C. c. y, por tanto, dar lugar a la resolución del contrato solicitada por la parte que cumplió sus obligaciones contractuales en contraste con la multirreincidencia incumplidora de la otra parte; la jurisprudencia ha declarado que la determinación de la suficiencia del incumplimiento de una de las partes a efectos de determinar la viabilidad de la resolución, es materia interpretativa de la exclusiva competencia de la incumbencia del juzgador de instancia, no pudiendo prevalecer, frente a ella, la particular e interesada del recurrente, salvo que se demuestre que la de dicho juzgador es ilógica, contradictoria, basada en error de hecho o que infringe alguna norma de la Ley. (Sentencia 11 junio 1979; no ha lugar.)

NOTA: En el contrato se había pactado que el pago del último tercio del precio de la venta se realizaría en determinada fecha; llegada ésta, el comprador no pagó la cantidad adeudada y habiéndosele concedido un nuevo plazo, tampoco cumplió su obligación, por lo que el vendedor ejerció la acción resolutoria por incumplimiento de contrato.

J. P. R.

13. *Duración del contrato de arriendo: Arriendo por tiempo indefinido* La cláusula contractual aclaratoria en la que se dice que el tiempo de vigencia del arriendo es por tiempo indefinido, carece, en sí misma, de todo valor, si con ello se quiere significar que no tiene tiempo determinado al modo proclamado por constante y uniforme doctrina jurisprudencial, lo que no se contradice con lo afirmado en las SS. del T. S. de 14 febrero 1953, 3 diciembre 1954, 16 noviembre 1955 y 16 diciembre 1963, que vienen a confirmar la anterior doctrina, al precisar que, aunque no se hubiere fijado plazo o se diga que es indefinido, el contrato será válido, entendiéndose hecho por años, meses o días según el señalamiento de la renta—artículos 1.577 y 1.581 C. c.—, pues lo indefinido o no definido, pero definible, es distinto de lo de «a perpetuidad o no definible ni determinable que es lo que prohíbe la Ley.

Interpretación de contratos: Prioridad del criterio del Juzgador de Instancia sobre el de las partes.—Según reiterada doctrina jurisprudencial, la interpretación que haga el juzgador debe prevalecer sobre la particular e interesada de las partes, a menos que se pruebe que es ilógica, absurda, contradictoria o contravenga algún precepto de la ley. (Sentencia 9 julio 1979; no ha lugar.)

14. *Arrendamiento mixto de solar: pozo y almacén: calificación en función del elemento predominante.*—Cuando los arrendamientos versen sobre finca mixta, siempre que formen una unidad indivisible deben regirse por

un solo ordenamiento jurídico que tiene que ser el que norme el elemento principal y preponderante en atención al principio jurídico de subsidiariedad. Si el arrendamiento afecta a un solar, un pozo y un almacén habiendo de valorarse jurídicamente la existencia del almacén como simple medio destinado por el arrendatario a ser utilizado en la explotación del elemento principal o preponderante, que aquí es el pozo, para uso y aprovechamiento del agua para usos industriales, la legislación aplicable al arriendo no puede ser otra que la común. (Sentencia 30 junio 1979; no ha lugar.)

15. *Documentos auténticos.*—No tienen tales documentos el carácter de auténticos en casación, al ser los mismos que han sido objeto de examen e interpretación por el Tribunal *a quo*, ni decir lo contrario de lo afirmado por el Juzgador de instancia, aparte de que no es lícito descomponer la apreciación conjunta de la prueba, fijándose aisladamente en alguno de sus elementos integrantes.

Noción de ruina.—La realización materialmente defectuosa que afecta gravemente a los elementos sustanciales de la finca destinados a la larga duración, entra de lleno en el concepto de ruina a que se refiere el precepto invocado (artículo 1.591 del Código civil) y la jurisprudencia que lo desarrolla.

Recurso de casación.—No se ha cometido la infracción denunciada en el recurso porque la Sentencia recurrida configura la obligación del contratista frente a los adquirentes de los pisos como contractual, al estar facultados para ejercitar las acciones transmisibles que recibieron del promotor por su compra, que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad, aunque alternativamente admite a mayor abundamiento la posibilidad de que pudiera configurarse como extracontractual, en razón de ser los adquirentes los perjudicados, y sabido es que el recurso de casación no se da contra los considerandos que no sean base indispensable del fallo, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso. (Sentencia 12 mayo 1979; no ha lugar.)

HECHOS.—La Audiencia condenó a un contratista a realizar las obras necesarias para que desapareciesen las filtraciones de aguas, humedades, malos olores y salidas de humos, asumiendo totalmente los costes de la reforma. El contratista interpuso el recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

NOTA.—En esta Sentencia se plantean una serie de problemas que ya han sido analizados anteriormente por nuestro Tribunal Supremo, y respecto de los cuales puede afirmarse que existe una consolidada doctrina jurisprudencial. Sobre estos problemas (concepto amplio de la ruina a los efectos de la aplicación del artículo 1.591 del Código civil y legitimación de los subadquirentes de pisos para demandar al constructor), ya nos hemos pronunciado en el comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1978, en este ANUARIO, año 1978, fascículo III).

16. *Pago del precio: Exceptio non adimpleti contractus.*—El comitente puede rehusar el pago del precio, si el contratista no le entrega la obra, ha cumplido en parte o ha tratado de cumplir de un modo defectuoso su obligación de entrega, salvo que haya aceptado la prestación como cumplimiento o su oposición al pago sea contrario a la buena fe.

Negación.—Cuando el comitente se opone, aduciendo que el contratista no ha cumplido su obligación o que la ha tratado de cumplir de un modo parcial o defectuoso, no hace valer un contraderecho, sino que se limita a negar, pura y simplemente, los aludidos por el demandante; tipo de oposición a la pretensión, denominado «negación», que si puede ser incluido bajo el término «excepciones» que, en sentido amplísimo, comprensivo de cualquier clase de defensas, es utilizado por los artículos 531 y 542 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no merece tal calificación cuando el término debe ser entendido en el recto y técnico sentido de la palabra. (Sentencia 18 abril 1979; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandado no se hace cargo de los trabajos de construcción realizados, y se niega a abonar el importe. El Juez de primera instancia condena al demandado a pagar al actor la cantidad de un millón y medio de pesetas. La Audiencia revoca la sentencia y absuelve al demandado, porque la obra ejecutada presenta graves defectos de construcción.

A. C. S.

Arrendamiento de obra

17. *Error de hecho en la apreciación de las pruebas.*—Para que pueda prosperar es necesario que el recurrente acredite que un dato auténtico, evidenciado por un acto o documento de la misma índole, se halla en contradicción con un hecho de los fijados formalmente por el juzgador en la Sentencia recurrida.

Prueba documental.—La indivisibilidad de la eficacia probatoria del escrito, registro o papel privado, quiebra cuando se trata de hechos diferentes, dotados de sustantividad propia, o cuando por otros medios de prueba se acredite la inveracidad de aquella parte del documento que aprovecha a su propio autor.

Documento privado.—Para que un litigante pueda aprovecharse de un documento privado de procedencia unilateral y del que es autor, es menester que el dato correspondiente resulte de documentos con toda nitidez.

Recepción parcial de la obra.—No puede afirmarse con fundamento que las entregas y pagos parciales sean contrarios a la naturaleza del contrato de arrendamiento de obra, desde el momento en que el artículo 1.592 admite la contratación de una obra por piezas o por medida.

Doctrina legal.—Es bien sabido que una sola sentencia no es bastante para formar la doctrina legal a los efectos de casación. (Sentencia 14 abril 1979; no ha lugar.)

18. *Fianza en garantía de deuda futura.*—«... son susceptibles de afianzamiento todas las obligaciones cualquiera que sea su objeto, incluso las deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido, aunque, como dispone

el citado artículo 1.825 del C. c., no se podrá en tal caso reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida, o sea hasta que esté completamente determinada, dado que sólo se obliga en los mismos casos y términos que los de la persona que garantiza...».

HECHOS.—Fianza solidaria y por tiempo indefinido a favor del Banco... del saldo que en cualquier momento presentara la cuenta abierta en los libros de dicho Banco a nombre de..., haciéndola extensiva dicha garantía para responder de todos los riesgos que resultaren por toda clase de operaciones bancarias. (Sentencia 29 marzo 1979; no ha lugar.)

NOTA.—Conviene hacer notar aquí, pues ello no se manifiesta de manera expresa en el considerando transcrito, que en el presente caso nos encontramos ante una verdadera deuda futura, inexistente en el momento de la constitución de la fianza, y no ante un supuesto de deuda meramente ilíquida, pero ya existente cuando se constituye la garantía.

19. *Culpa extracontractual: Plazos de prescripción según la acción ejercitada.*—El plazo de prescripción de la acción de reclamación de daños y perjuicios derivados de culpa extracontractual en la conducción de vehículos no se inicia al dictarse el auto—tras el sobreseimiento—en que se señala la cantidad máxima reclamable en vía ejecutiva, cuando el perjudicado ejercita la acción dimanante del artículo 1.902 C. c., apartándose de la vía ejecutiva autorizada por dicho acto y con todas las consecuencias que la normativa del ejercicio de la acción por culpa extracontractual o aquiliana apareja entre ellas la prescripción que regulan los invocados preceptos, puesto que el cómputo del plazo de prescripción de la acción se inició desde el momento en que pudo ser ejercitada, esto es, desde que se dio la sanidad del lesionado, sin afectarle el que en vía penal, una vez dictado el auto de sobreseimiento, se siguieran las actuaciones reguladas en el procedimiento establecido en el texto refundido por Decreto de 21 marzo 1968 de la Ley de 24 diciembre 1962 sobre responsabilidades civiles hasta el límite del seguro obligatorio, sin perjuicio de las demás acciones que al perjudicado corresponda, procedimiento del que el actor voluntariamente se apartó acudiendo al juicio declarativo ordinario en que se ejercitó la acción de referencia. (S. 9 mayo 1979; no ha lugar.)

NOTA.—Los hechos probados de relieve para la sentencia fueron los siguientes: como consecuencia de un accidente ocurrido el 9 julio 1973 se instruyeron diligencias previas por el Juzgado de instrucción correspondiente en las que recayó auto de sobreseimiento en 22 septiembre 1973 suscribiendo el Fiscal el «visto» con fecha 3 octubre del propio año; el alta del lesionado en el accidente se dio el 26 de abril y a efectos laborales se acredita su sanidad con fecha 2 mayo 1974; el auto, título ejecutivo, se dictó con fecha 20 mayo del propio año; no se acreditó acto alguno interruptorio de la prescripción conforme al artículo 1.973 del C. c. y la demanda se presentó el 17 mayo 1975. La sentencia de 1.ª Instancia se dictó el 21 septiembre 1976, la de apelación el 1 julio 1977 y la de casación casi dos años después. En resumen, han precisado seis años desde que el accidente se produjo, para que el perjudicado se enterase de que en el proceloso laberinto de nuestros procedimientos civiles y penales había prescrito su acción. El lamentable caso de la víctima, que es el de tantos justiciables de nuestro país,

está exigiendo una clarificación y simplificación de nuestras leyes procesales, penales y civiles relacionadas con la indemnización de daños por imprudencia en que de una vez el justiciable—y los letrados—sepan a qué atenerse para evitar: equivocaciones en la vía elegida o que, aun siendo esta la procedente, se estime que al iniciarla había ya transcurrido el plazo de prescripción a todas luces en extremo breve en materia de culpa extracontractual y, mientras tal clarificación no se produzca es ineludible que los Tribunales interpreten, con el carácter más restrictivo las normas sobre prescripción, para evitar el sentimiento de frustración y desconfianza en el servicio judicial de los justiciables y la impunidad de tantos entuertos que, por no ser simplemente culposos dejan de ofrecer una extrema gravedad en una sociedad en que los artificios mecánicos crean tantas y tan graves situaciones de riesgo.

(J. P. R.)

20. *Congruencia*.—No significa conformidad rígida y literal con los pedidos de las partes, sino adecuación a los hechos alegados y a la acción esgrimida con esta base fáctica, siempre sin alterar la causa de pedir y respetando las identidades fundamentales.

Documento auténtico.—Carece de autenticidad a los efectos de casación la escritura de segregación, declaración de obra nueva, división horizontal y compraventa.

Modificación de elementos comunes.—Sin la autorización de la totalidad de los interesados no está permitido a uno sólo de ellos innovar la configuración o estado exterior del inmueble o levantar construcciones en espacio común, o cubrirlo para utilizarlo o disfrutarlo de manera distinta a la prevista en los Estatutos.

Demolición de lo edificado.—Lo edificado, contraviniendo lo dispuesto en la Ley de Propiedad Horizontal, habrá de ser demolido si así lo instan los demás propietarios como medio radical de corregir lo mal hecho, reponiendo la situación a su estado originario.

Accesión.—Las normas sobre la accesión de bienes no son apropiadas, ni aún por aplicación analógica, para disciplinar el juego de los diversos intereses en una institución *sui generis* como es la propiedad horizontal, gobernada por una específica normativa. (Sentencia 18 abril 1979; no ha lugar.)

HECHOS.—El recurrente, en contra del recurrido, edificó en los pasillos comunes de la finca, cubriéndolos y destinándolos al aprovechamiento privativo de su industria, ocupando el suelo, eliminando desagües, demoliendo la pared y alterando la disposición externa y configuración del conjunto.

Las sentencias de primera y segunda instancia condenaron al recurrente a demoler las obras realizadas.

NOTA.—La solución propuesta por nuestro Tribunal Supremo sobre el problema de la innovación de elementos comunes, es aceptada por los autores que con mayor detenimiento han estudiado el régimen jurídico de la propiedad horizontal. Véase FUENTES LOJO, *Suma de propiedad por apartamentos*, I, Barcelona, 1978, págs. 395 y sigs, y ZANÓN, *La propiedad de casas por pisos*, Barcelona, 1964, pág. 357 y sigs.

Una amplia referencia jurisprudencial, en FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Código de la propiedad horizontal*, Madrid, 1976, págs. 101 y sigs.

21. *Propiedad horizontal: Naturaleza jurídica: Restricciones en materia de obras afectantes elementos no privativos.*—La complejidad objetiva de la propiedad horizontal en cuanto viene integrada por facultades diversas ejercitadas de manera singular y exclusiva sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente y proyectadas las otras sobre los elementos comunes en armónica conjunción con los restantes titulares, es determinante de que tal situación de copropiedad (en expresión del texto legal) o de propiedad «sui generis» compartida lleve aparejadas restricciones a la iniciativa de toda obra que modifique o altere físicamente los elementos no privativos, aunque permanezca su naturaleza jurídica y en tal sentido el artículo 11 de la propia ley, en la línea del artículo 397 C. c. prohíbe las innovaciones estructurales por entender que afectan al título constitutivo y las somete al régimen señalado para las modificaciones de éste, con lo que viene a exigir la favorable votación unánime de los propietarios mediante acuerdo tomado por la Junta convocada al efecto.

Obras que requieren el consentimiento de todos los propietarios.—Lo son las alteraciones consistentes en la eliminación del forjado de la planta baja y construcción de una rampa de acceso para proporcionar independencia al sótano, afectando a la cimentación del edificio y al muro de hormigón de fachada, rebajamiento del umbral de entrada en 25 cm, reducciones en las columnas laterales de carga de la fábrica edificada y finalmente cambios en la originaria disposición de la tubería calefactora.

El presidente de la comunidad de propietarios: Características de su actuación.—Cabe entender, con autorizada doctrina, que la actuación representativa del Presidente de la propiedad horizontal se halla, por su naturaleza, en una zona intermedia entre la representación orgánica y la puramente voluntaria y aunque «lleva implícita la de todos los titulares en juicio y fuera de él, con lo que se resuelve el delicado problema de la legitimación», en palabras de la Exp. de Motivos de la Ley, tal atribución no le faculta para prescindir del acuerdo de la Junta de Propietarios, sin cuya concurrencia la actuación de aquél sería ineficaz, salvo ratificación, pues el Presidente asume la ejecución de lo decidido en cuanto portavoz de la voluntad surgida en las deliberaciones del órgano supremo, aserto que no variaría en el supuesto de conferirle una propia representación orgánica, pues la función representativa sólo puede operar en el ámbito de las determinaciones adoptadas por la comunidad de propietarios. (Sentencia 5 junio 1979; no ha lugar.)

22. *Acción confesoria de servidumbre: Derecho foral aragonés: Acción confesoria de servidumbre.*—No puede negarse que el Tribunal «a quo» ha comenzado por determinar si el caso litigioso supone o no la existencia de una servidumbre, ya que dicho órgano, después de examinar los hechos y estimar que no se trataba de una de las servidumbres del artículo 145 de la Compilación civil aragonesa—dada la inexistencia de voladizos sobre el fundo ajeno, hizo correcta aplicación del artículo 145 del propio texto, ya que, al tratarse, tan sólo, de un hueco realizado en las condiciones que dicho precepto legal previene, es claro, el derecho del dueño del solar

contiguo sobre el que fue abierto, para obstruirlo con la nueva construcción levantada sobre terreno de su pertenencia.

Constitución de servidumbre por signo aparente: Requisitos.—Aunque el artículo 145 de la Compilación civil aragonesa deja a salvo lo dispuesto en el artículo 541 del C. c., precisa para la constitución de la servidumbre con arreglo a este último precepto, los siguientes requisitos: la existencia de dos fundos pertenecientes a un solo propietario, un estado de meró hecho entre ambos, del cual resulte, por signo visible y evidente que uno presta a otro un servicio determinante de una servidumbre, que estos signos constitutivos de la servidumbre fueran establecidos por el dueño común y que uno de los fundos sea enajenado, estando subsistentes esos signos. (Sentencia 9 abril 1979; no ha lugar.)

J. P. R.

II. DERECHO MERCANTIL

Derechos reales

1. *Conciliación.*—«... sin desconocer la finalidad esencial del instituto de la conciliación como presupuesto de admisibilidad y proceso de eliminación que tiende a evitar el nacimiento de un litigio principal posterior mediante el intento de avenencia que de ser alcanzado origina el efecto jurídico material de un convenio análogo a la renuncia, al desistimiento, al allanamiento y sobre todo a la transacción, según se desprende de los artículos 476 y 477 de la Ley rituarial y este Tribunal tiene recordado en su S..., es claro que aun sin llegar al acuerdo productor de un negocio jurídico vinculante, las declaraciones realizadas por cada una de las partes, en cuanto revistan mayor alcance que la mera exploración de la voluntad de la otra y por lo tanto carezcan de la nota de provisionalidad a que alude la doctrina jurisprudencial para tal hipótesis (SS...), sino que proclaman la certeza de un dato pretérito, tienen todo el valor de las manifestaciones hechas en documento público y en consecuencia ponderables por el organismo jurisdiccional, según lo verificó en uso de sus atribuciones la sala de instancia...».

Documento auténtico y certificación del acto conciliatorio.—«... carecen de la nota de autenticidad a los fines de la casación las actuaciones procesales de todo tipo y por consiguiente tampoco la revisten las certificaciones de los actos conciliatorios». (Sentencia 5 abril 1979; no ha lugar.)

III. DERECHO PROCESAL

1. *Presidente de Consejo de Administración de Sociedad Anónima: Incumplimiento reiterado de sus obligaciones legales y estatutarias: Abuso de derecho.*—Acreditado que el que ha sido Presidente del consejo de administración de una sociedad ha mantenido una conducta de evidente negligencia, abandono y desidia, incumpliendo sus obligaciones legales y es-

tatutarias y perjudicando los intereses de la sociedad y de los demás socios, que hubieron de requerirle, en diversas ocasiones, para que cumpliera las obligaciones que la ley le imponía como Presidente de la misma, al perseguir el citado Presidente, con la acción ejercitada, continuar en la situación en que ha venido desenvolviéndose incurre en evidente abuso de derecho por exceder manifiestamente de los límites normales de aquél que cae dentro del ámbito de aplicación del art. 7 del C. c. (Sentencia de 25 de mayo de 1979; no ha lugar.)

2. *Litis consorcio pasivo necesario*.—Incumbe a los Tribunales cuidar que el pleito se ventile con todos los que claramente puedan resultar afectados por las declaraciones de la Sentencia, ya que el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada exige la presencia en el procedimiento de todos los que debieron ser demandados.

La interpretación del negocio jurídico.—Es privativo del Tribunal de instancia y debe ser respetado en casación, mientras resulte lógico y no desorbitado el texto interpretado con exégesis atentatoria a la letra y espíritu del mismo.

Estimación de la prueba de presunciones.—Corresponde al Tribunal sentenciador, pudiendo únicamente prosperar la casación cuando se impugne la existencia y realidad del hecho base, o cuando la deducción no se sujeta a las reglas indeterminadas del criterio humano, resultando absurda, ilógica o inverosímil.

Cuestión nueva.—No puede alegarse en casación. (Sentencia de 2 de julio de 1979; no ha lugar.)

Suscripción anual: España, 3.000,— pesetas
Extranjero, 3.500,— pesetas
Número suelto: España, 1.000,— pesetas
Extranjero, 1.250,— pesetas