

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLII
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE
MCMLXXXIX

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador
FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Dirección
JUAN VALLET DE GOYTISOLO
MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS
LUIS DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON

Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de Derecho civil

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

ANTONIO HERNANDEZ GIL
Catedrático de D. civil
y Presidente del Consejo General
del Poder Judicial

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

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

Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

SUMARIO

Estudios monográficos

	<i>Pág.</i>
ORTI VALLEJO, Antonio: <i>Las facultades de disposición «mortis causa» de bienes gananciales</i>	665
ROJO AJURIA, Luis: <i>Las garantías mobiliarias</i>	717
MARIN GARCIA DE LEONARDO, Teresa: <i>Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario</i>	813

Estudios de Derecho extranjero

ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: <i>Exposición sucinta de la jurisprudencia alemana sobre la buena fe en las condiciones generales del contrato (artículo 9 de la Ley para la Regulación del Derecho de las Condiciones Generales del Contrato-AGBG)</i>	869
SILVA-RUIZ, Pedro F.: <i>Desarrollos recientes y tendencias del Derecho civil para el siglo XXI en Puerto Rico</i>	887
ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: <i>Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), de 8 de diciembre de 1987. Restitución «in natura». Reparación pecuniaria. Aplicación de los parágrafos 249 y 251 del BGB.</i>	905

Estudios legislativos

	Pág.
FENOY PICON, Nieves: <i>Los enclaves de propiedad privada en zona marítimo-terrestre y la Disposición Transitoria primera, números 1 y 2, de la Ley de Costas de 1988</i>	915
RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María: <i>¿Inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria primera de la Ley de Costas de 1988?</i>	937

Vida jurídica

DOMINGUEZ PLATAS, Jesús: <i>Presente y futuro de la protección de los consumidores</i>	947
--	-----

Bibliografía

LIBROS

COBACHO GOMEZ, José Antonio: <i>La regulación de los arrendamientos rústicos en el Código Civil</i> , por Juan A. Pozo Vilches.—CRISTOBAL MONTES, Angel: <i>El cumplimiento de las obligaciones</i> , por Juan A. Pozo Vilches.—GAYA SICILIA, R.: <i>Las «bases de las obligaciones contractuales» en el artículo 149.1.8 de la Constitución Española</i> , por Nieves Fenoy Picón.—GETE-ALONSO Y CALERA, Carmen: <i>El reconocimiento de deuda</i> , por Juan A. Pozo Vilches.—LOBATO GOMEZ, José Miguel: <i>Propiedad privada del suelo y derecho a edificar</i> , por Luis Miguel López.—LOPEZ DE MEDRANO, Félix: <i>La separación de los administradores de la Sociedad Anónima</i> , por Fernando Martínez Sanz.—MUÑOZ MACHADO, Santiago: <i>Libertad de prensa y procesos por difamación</i> , por Juan A. Pozo Vilches.—SALVADOR CODERCH, Pablo (director y redactor). Grupo de Estudios sobre el derecho al honor, intimidad e imagen: <i>¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley de Libelo</i> , por Juan A. Pozo Vilches.—VARIOS AUTORES: <i>Les concubinages en Europe. Aspects socio-juridiques</i> , por Gabriel García Cantero	957
--	-----

Estudio jurisprudencial

ALONSO SANCHEZ, Beatriz: <i>La jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la relación jurídica de fianza (años 1983 a 1988)</i>	979
--	-----

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

I. SENTENCIAS COMENTADAS

<i>Acciones de sociedad anónima cerrada y sociedad de gananciales</i> , por José Antonio SERRANO GARCIA	1023
<i>La división de la vivienda familiar dejada en copropiedad tras la liquidación de la sociedad de gananciales de un matrimonio divorciado</i> , por Emilio MURCIA QUINTANA	1049

II. SENTENCIAS

A cargo de A. CABANILLAS SANCHEZ, J. A. COBACHO GOMEZ, G. GARCIA CANTERO, R. GAYA SICILIA, I. GONZALEZ PANOWSKA, F. LLEDÓ YAGÜE y E. SERNA MEROÑO	1059
---	------

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica
CENTRO DE PUBLICACIONES

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por: Centro de Publicaciones
Gran Vía, 76 - 8.º - 28013 Madrid

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: España, 5.500 ptas. Extranjero, 6.500 ptas.

Precio del fascículo suelto: España, 1.800 ptas. Extranjero, 2.200 ptas.

CORRESPONDENCIA

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, etc., dirigirla al Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Gran Vía, 76 - 8.º, teléfono 247 54 22. 28013 Madrid.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLII
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE
MCMLXXXIX

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley. Reservados todos los derechos.

N.I.P.O.: 051-89-015-3.
I.S.S.N.: 84-7787-047-0.
Depósito Legal: M-125-1958.

Artes Gráficas Suárez Barcala, S. L.
Dr. Barranquer, 3. GETAFE (Madrid)

Las facultades de disposición «mortis causa» de bienes gananciales

Por ANTONIO ORTI VALLEJO

Profesor titular de Derecho civil

SUMARIO.—INTRODUCCION.—I. ALCANCE Y SIGNIFICADO DEL ARTICULO 1.379 DEL CODIGO CIVIL.—1. *Conexión del precepto con el artículo 1.380 y con otras normas del Código.*—2. *El artículo 1.379, como precepto permisivo y restrictivo de derechos.*—a) Objeto y naturaleza jurídica de la facultad que concede.—b) El ámbito de lo prohibido por el artículo 1.379. Fundamento.—c) Particular atención a la partición verificada por el propio testador.—d) ¿Es posible la partición de los bienes gananciales realizada conjuntamente por ambos cónyuges?—II. SOLUCIONES ALTERNATIVAS.—1. *Liquiación de la sociedad de gananciales en vida, para que produzca efectos a la muerte del que primero fallezca. Posibilidad de la partición conjunta o combinada de ambos cónyuges.*—2. *Delegación de la facultad de hacer la partición al cónyuge viudo.*—III. EL ARTICULO 1.380 DEL CODIGO CIVIL: EL LEGADO DE COSA GANANCIAL.—1. *Carácter y fundamento de la norma.*—2. *Ambito de aplicación.*—a) Los tipos de actos de disposición que el precepto abarca.—b) Los límites de eficacia de la facultad de disponer en concreto de bienes gananciales, en relación con el ámbito de la prohibición del artículo 1.379.—c) Consecuencias de la transgresión de los límites de eficacia de la disposición de bienes gananciales.—d) Otros aspectos delimitadores del artículo 1.380.—3. *Hipótesis especiales de legado de cosa ganancial.*—a) Legado a favor del otro cónyuge.—b) Hipótesis anómalas de pervivencia u ordenación del legado después de extinguida la comunidad.—c) Legado ordenado por ambos cónyuges.—d) Legado o atribución de cosa ganancial en pago de la legítima.

INTRODUCCION

La normativa del régimen matrimonial de la sociedad de gananciales que, como es sabido, proviene en su redacción actual de la reforma del Código civil operada por Ley 11/1981, de 13 de mayo,

dedica dos preceptos, los artículos 1.379 y 1.380, a regular los poderes dispositivos *mortis causa* de los cónyuges sobre los bienes comunes. Nos ha parecido interesante abordar un estudio de este tema ante los abundantes problemas que plantea la sucesión de los cónyuges casados bajo el régimen de gananciales, cuya trascendencia es obvia por ser el régimen matrimonial más común en España.

En cuanto a la perspectiva de estudio, hemos tratado de interrelacionar lo más posible los dos preceptos reguladores del tema. No obstante, hay que advertir que los artículos 1.379 y 1.380 se sustraen en su mayor parte a ser estudiados de manera unitaria, requieren un tratamiento separado, puesto que cada uno de ellos suscitan problemas específicos dentro de su respectiva órbita.

En efecto, en lo que atañe al artículo 1.379, su ámbito de aplicación nos lleva directamente a la problemática que se plantea en materia testamentaria a los cónyuges casados bajo el régimen de gananciales, en razón a los profundos límites que éste y otros preceptos concordantes de nuestro sistema sucesorio, imponen a los cónyuges para poder distribuir (partir) sus bienes entre los hijos. En el régimen matrimonial de la sociedad de gananciales, los cónyuges están imposibilitados para establecer una mínima distribución entre sus hijos de los bienes comunes, no ya unilateralmente, que sí resulta obvia la prohibición, sino tampoco coordinadamente entre ambos cónyuges, con el consiguiente problema para aquellas familias en las que el patrimonio de los cónyuges es fundamentalmente ganancial, como es habitual en las clases medias. Pero tales límites no sólo afectan al patrimonio de naturaleza ganancial. Indirectamente, también se ven afectados los bienes privativos y con ellos todo el patrimonio familiar, pues si bien, de Derecho, cada cónyuge goza de libertad para poder partir su caudal privativo, de *facto* se verán imposibilitados de acometer una correcta distribución de estos bienes entre los hijos, al no poder tomar en consideración la distribución del resto de los bienes de la familia, los gananciales y los privativos del otro cónyuge. Este panorama legal contrasta con la realidad práctica, en la que es muy frecuente el deseo de los cónyuges de querer determinar de consuno el destino de su patrimonio para después de su muerte y, de hecho, es habitual que testen coordinadamente, aunque en instrumentos separados o se vean forzados a utilizar el vehículo de la donación, no siempre deseable, e, incluso, acudan a fórmulas que, si no fuera por la voluntad favorable de los hijos de respetar la voluntad de sus padres, podrían encontrar una fácil impugnación.

Desde este planteamiento y en lo concerniente al artículo 1.379, el objetivo de estas páginas es reflexionar sobre el contenido y ámbito de los límites que establece esta primera norma reguladora de las facultades de disposición *mortis causa* de bienes gananciales, e intentar

ofrecer posibles soluciones y alternativas que, dentro del sistema sucesorio del Código civil, faciliten mayores posibilidades en este campo y ayuden a paliar las dificultades que existen para que los cónyuges puedan coordinar su sucesión. Estas soluciones y alternativas vienen de la mano de las reformas del Código que se han producido en los últimos años, las cuales, si bien no abren espectaculares vías en este aspecto, al menos introducen novedades muy a tener en cuenta. Son, señaladamente, la posibilidad de modificar y disolver en vida de ambos cónyuges la sociedad de gananciales, lo que facultaría para poder testar y disponer en concreto de los bienes de ese carácter y la nueva regulación de la delegación de la facultad de hacer la partición, como instrumento que ofrece nuevas perspectivas en orden a una mejor distribución de todo el patrimonio familiar.

En lo que respecta al artículo 1.380, que regula el legado de cosa ganancial, esta norma constituye una importante novedad en nuestro Derecho, en tanto que resuelve una tradicional laguna legal de que adolecía nuestro Código. El supuesto de legado de cosa ganancial fue objeto de atención por la doctrina española anterior a la reforma (1), destacando el estudio de Manuel de la Cámara (2), que realizó un meritorio esfuerzo para llenar el vacío legal y cuyas aportaciones han pesado, sin duda, en el legislador (3). Actualmente, el legado de cosa ganancial sigue planteando interrogantes, algunos antiguos, no resueltos por el precepto en cuestión, otros nuevos, derivados de la redacción que ha recibido la nueva norma, sobre los que nos proponemos reflexionar en este trabajo.

I. ALCANCE Y SIGNIFICADO DEL ARTICULO 1.379 DEL CODIGO CIVIL

El artículo 1.379 establece que «cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales». Su antecedente más próximo está en el anterior artículo 1.414, vigente

(1) GAYOSO ARIAS, *Legado de bienes determinados de la sociedad de gananciales ordenado por uno de los cónyuges*, en «RDP», 1919, pp. 164 y ss. ESCRIBA DE ROMANI, *Impugnación de actos realizados por el marido sobre bienes gananciales en fraude de la mujer*, en «ADC», 1956, pp. 770 y ss. COSSÍO Y CORRAL, *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, T. 50, vol. I, «La Sociedad de Gananciales», Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1963, pp. 202 y ss. También DÍAZ CRUZ, *Los legados*, Ed. Reus, Madrid, 1951, pp. 209 y ss.

(2) DE LA CÁMARA, *El legado de cosa ganancial*, en «ADC», 1952, pp. 467 y ss.

(3) Así lo expresa JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS (*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T. XVIII, vol. II, EDESA, Madrid, 1984, p. 372), cuando afirma que las soluciones de Cámara han sido acogidas por el legislador. En nuestra opinión, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, no parece que el art. 1.380 haya acogido por entero la solución que Cámara propuso para el legado de cosa ganancial.

antes de la reforma del 81, que decía que «el marido no podrá disponer por testamento sino de su mitad de gananciales», precepto que, a su vez, procedía del proyecto de Código de 1851 que en el artículo 1.355 contenía igual disciplina. Fuera de ello, según afirman los comentaristas (4), la norma carece de precedentes en el Derecho histórico español.

En efecto, todo parece indicar que el origen del precepto se encuentra exclusivamente en el Código Napoleón, que en su artículo 1.423.1.º incluía una regla similar que disponía que «la donación testamentaria hecha por el marido no puede exceder de su parte en la comunidad», regla que actualmente tiene otra formulación operada en virtud de la Ley de 13 de julio de 1965, que modificó los regímenes matrimoniales en Francia (5). Según nos explica la doctrina francesa, la norma deriva de los antiguos autores y en concreto de Pothier (6).

Obsérvese que, si como queda expuesto, la regla del artículo 1.379 de nuestro Código deriva del francés, no deja de ser sorprendente que, en cambio, no se tomara todo el artículo 1.423 del Código Napoleón y, en concreto, el párrafo 2.º, que regulaba el legado de cosa ganancial (7).

(4) *Vid.* SCAEVOLA, *Código civil*, T. XXII, Reus, Madrid, 1967, p. 647, el cual tan sólo se refiere a la Ley 14 de Toro, en la que se dispuso que, una vez disuelto el matrimonio, aunque casase la mujer o el marido por segunda vez, pudiese disponer libremente de los bienes multiplicados durante el primer matrimonio, sin tener que reservarlos en favor de los hijos habidos en el mismo. También MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, T. IX, Reus, Madrid, 1969, p. 776, que afirma que pese a que algunos autores han señalado las leyes 6 y 8 del título IV, libro X, de la Novísima Recopilación como precedentes del art. 1.414, son en realidad completamente extrañas al mismo. La Ley 6, continúa Manresa, permite disponer al viudo de sus ganancias, sin obligación de reservarlos en caso de contraer segundo matrimonio y la Ley 8 dispone que si el marido hace un legado a su mujer no se le descuenta de sus ganancias, sino que cobre íntegramente la mitad de éstas y, además, su legado.

(5) Actualmente el art. 1.423 del Código civil francés reza así:

«El legado hecho por el marido no puede exceder de su parte en la comunidad.

Si ha legado un efecto de la comunidad, el legatario sólo puede reclamarlo en tanto que el efecto, a consecuencia de la partición, resulte adjudicado al lote de los herederos del marido; si el efecto no se adjudica al lote de estos herederos, el legatario tiene la recompensa del valor total del efecto legado, sobre la parte de los herederos del marido en la comunidad y sobre los bienes personales de este último.»

(6) LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, T. XXII, París, 1876, p. 42. COLIN Y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, T. VI, «De los Regímenes Matrimoniales», Ed. Reus, Madrid, 1949, p. 282.

(7) El texto primitivo del art. 1.423 del Código Napoleón decía lo siguiente:

«La donación testamentaria hecha por el marido no puede exceder de su parte en la comunidad.

Si lega en esa forma un efecto de la comunidad, el donatario no la puede reclamar a no ser que el efecto, a consecuencia de la partición, forme parte del lote de los herederos del marido; si el efecto no se incluye en el lote de estos herederos, el legatario tiene la recompensa del valor total del efecto donado, sobre la parte de los herederos del marido en la comunidad y sobre los bienes de este último.»

La reforma del 81, entre cuyas bases estaba la equiparación de los derechos entre los sexos impuesta por mandato constitucional (art. 14 de la CE), es obvio que no pudiera mantener la anterior regulación y extendiera a ambos cónyuges la facultad de disposición *mortis causa* que antes estaba señalada legalmente sólo para el marido. Esto no quiere decir que en el sistema anterior a la reforma, pese a que el artículo 1.414 se refiriese exclusivamente al marido, no gozase también la mujer de esta facultad. En este aspecto, la doctrina anterior a la reforma, no dudaba en afirmar igual poder de disposición a la mujer, pese a que la norma no se refiriese a ella (8). La razón de la falta de alusión a la misma en el precepto, obedecía, según Scaevola, a que el artículo 1.414 constituía una excepción a lo dispuesto en el artículo 1.413 (norma en la que se establecían las facultades de disposición *inter vivos* sobre los bienes gananciales, que sólo tenía el marido en el sistema anterior), de suerte que el artículo 1.414, y ése era el sentido de su existencia, venía a evitar que pudiera entenderse que el marido gozase de igual libertad dispositiva en materia de actos *mortis causa* (9). En contra de la opinión expuesta, un sector de la doctrina anterior a la reforma, juzgaba el artículo 1.414 como un precepto innecesario que consagraba una regla tan obvia, que resultaría del Código aunque no hubiese sido formulada expresamente (10).

Esta explicación de Scaevola servía para dar una certera justificación a la norma que comentamos durante la vigencia de la anterior regulación, pero actualmente, tras la reforma, carecería de virtualidad para explicar el sentido y la subsistencia de similar regla en el artículo 1.379, puesto que ni el marido tiene por sí solo facultades de disposición sobre la comunidad de gananciales, ni el precepto se limita a aludir, como antes, solamente al mismo. Por tanto, el sentido del mismo y su existencia actual hay que investigarlo sobre nuevas bases y, fundamentalmente, como vamos a ver, en relación con la norma contenida en el artículo 1.380, que claramente está en concordancia con la que le precede y en relación también con otros preceptos de la regulación del régimen matrimonial de gananciales y, sobre todo, del Derecho sucesorio.

(8) SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 649. En el mismo sentido, CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, T. II, edición revisada por Cossío y Gullón, Madrid, 1959, p. 560.

(9) SCAEVOLA, *op. cit. y loc. cit.*

(10) Así se expresaba PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, T. IV, vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1970, p. 273. En el mismo sentido, CLEMENTE DE DIEGO, *op. cit. y loc. cit.*; ESPÍN CANOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. IV, Familia, 4.ª ed., EDERSA, Madrid, 1972, y SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, en «Derecho de Familia», T. V, vol. I, Madrid, 1912, p. 844.

1. Conexión del precepto con el artículo 1.380 y con otras normas del Código

El artículo 1.380 dice textualmente: «La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento.»

Si se examinan conjuntamente los artículos 1.379 y 1.380, se observa que, el primero de ellos, limita con carácter general, las facultades de disposición *mortis causa* de cada una de los cónyuges sobre los bienes gananciales, admitiendo solamente, en expresión de Díez Picazo y Gullón (11), las que tengan un ámbito patrimonial global o abstracto, mientras que el artículo 1.380, sin duda, a modo de excepción respecto al anterior, admite la posibilidad de disponer de algún bien ganancial, aunque su eficacia quede supeditada en los términos que señala y que por ahora no interesan. Es decir, en una primera aproximación a la *ratio legis* que preside el sentido de estos preceptos reguladores de los actos de disposición *mortis causa* sobre bienes gananciales, el artículo 1.379 vendría a establecer la regla general de contenido limitativo de aquéllas, ya veremos en qué sentido, y el artículo 1.380 la excepción, en virtud de la cual se concede eficacia a la disposición concreta de alguno de los bienes gananciales.

En el ámbito del régimen matrimonial de la sociedad de gananciales, es claro que la facultad que establece el artículo 1.379 se contrapone a la regla general en materia de actos de disposición sobre estos bienes, contenida en los artículos 1.377 y 1.322, que al exigir el consentimiento de ambos cónyuges, está prohibiendo los actos unilaterales de disposición sobre los bienes de la comunidad. Dado que estas normas no establecen distinción entre actos de disposición *inter vivos* y *mortis causa*, en principio, no parece superflua la existencia de una norma como la que nos ocupa, que establezca la posibilidad de realizar actos de disposición *mortis causa* recayente sobre tales bienes. Sin embargo, en el marco del Derecho de sucesiones, el artículo 1.379 resulta de lo más obvio, puesto que nuestro sistema sucesorio, no admite los actos de disposición *mortis causa* conjuntos (artículo 669). O sea, de no existir el artículo 1.379, sería necesario un esfuerzo interpretativo para salvar esa contradicción entre la reglamentación de las sucesiones que no admite la testamentifacción mancomunada y la normativa del régimen económico de gananciales que sólo admite los actos de disposición conjuntos de ambos cónyuges.

Ya hemos puesto de relieve que un sector de la doctrina anterior a la reforma (12), juzgaba innecesaria la existencia de una norma co-

(11) DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1986, p. 253. Vid. también de DÍEZ PICAZO, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1980, p. 1766.

(12) Vid. autores cit. *supra* nota 4.

mo el actual artículo 1.379. En nuestra opinión, junto a lo dicho, tampoco parece que esté de más la previsión legislativa del precepto en cuestión, si tenemos en cuenta que, tal como lo expresa el artículo 667, el testamento es un acto de disposición de los propios bienes y en este aspecto cabría la duda sobre si se podría disponer de unos bienes como los gananciales, en los que los titulares no ostentan cuotas y, por ende, no podrían disponer de derecho individual alguno. Ciertamente que podría pensarse que el precepto está sobreentendido teniendo en cuenta que el acto de disposición testamentario, por esencia, sólo surte efectos después de la muerte del disponente, es decir, en lo que a nosotros nos interesa, surtiría efectos en un momento en que por obra de la Ley (artículo 1.392.1.º, en relación con el 85), habría cesado la comunidad de gananciales y, por tanto, recaería sobre bienes que en ese momento han dejado de estar sometidos a ese especial régimen. Aun así, consideramos que, en teoría, el precepto no es una norma supérflua, aunque puede que lo sea tal como el legislador lo ha redactado.

3. El artículo 1.379, como precepto permisivo y restrictivo de derechos

Díez Picazo afirma que aunque el artículo 1.379 está formulado en forma positiva, tiene, al igual que el antiguo artículo 1.414, un sentido negativo, el de limitar los poderes del testador en un determinado sentido (13). Y, en efecto, la norma tiene una función limitativa o restrictiva de derechos, pero también tiene un contenido positivo según lo dicho. Desde esta perspectiva, parece lo más adecuado fijar primero lo que permite y luego, por exclusión, determinar lo que prohíbe.

b) Objeto y naturaleza jurídica de la facultad que concede

Para determinar la naturaleza y caracteres de la facultad que el artículo 1.379 concede a cada uno de los cónyuges, nos parece conveniente precisar antes cuál es el objeto sobre el que recae el acto dispositivo, es decir, a que se refiere con la expresión «su mitad de bienes gananciales». En este punto, no existe la menor duda entre los autores sobre lo incorrecto de la dicción del precepto que se arrastra del antiguo artículo 1.414. Sin duda, la expresión demuestra el anclaje en los esquemas de la comunidad romana o comunidad por cuotas, en la que no se concebía ser cotitular de un patrimonio, como acontece con la comunidad de gananciales, hasta el punto de ser asimilada

(13) Díez PICAZO, *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, op. cit. y loc. cit.

por la doctrina a la llamada comunidad de tipo «germánico» o en «mano común», en la que, ni se tiene derecho a la mitad de cada uno de los bienes que forman la masa, ni se es titular de una cuota como derecho individualizado sobre todo el patrimonio. El legislador de la reforma podía haber aprovechado la ocasión y dar una redacción más precisa el precepto.

Como dice de los Mozos, la confusión a que podía prestarse con esta forma de expresarse se adviera con la obligada remisión al artículo 1.344, del que se deduce que no es de la mitad de los gananciales de lo que puede disponer, sino de su parte en el patrimonio, que es la mitad de lo que se le corresponda a su liquidación (14). En un sentido parecido se manifiesta Giménez Duart al afirmar que no es cierto, pese a la dicción legal, que los cónyuges puedan disponer de una mitad, sino de aquello que en su momento se les adjudique en la liquidación (15). Por su parte, Albaladejo, se expresa en estos términos: «Se trata de una disposición anticipada de la parte de bienes que vengan después a corresponder al cónyuge que sea» (16); o, como decía Scaevola en el ámbito de la anterior regulación, de una disposición de futuros bienes propios (17).

En consecuencia, si es sólo de la parte que le corresponda de lo que puede disponer, es claro que lo que el precepto está permitiendo es la disposición testamentaria indeterminada y sin concretar los bienes que resulten adjudicados. En otras palabras, el único acto *mortis causa* que el cónyuge casado bajo el régimen de gananciales puede hacer respecto a éstos, salvo la excepción del artículo 1.380, se limita a la posibilidad de hacer testamento y, dentro de éste, señalar solamente el beneficiario de la parte de bienes que se le adjudiquen en la comunidad, y si son varios los beneficiarios, las cuotas que a cada uno correspondan en esos bienes. Con ello, estamos ya en condiciones de averiguar qué tipo de actos quiere prohibir.

b) *El ámbito de lo prohibido por el artículo 1.379. Fundamento*

El ámbito de lo prohibido por el artículo 1.379, puesto que se trata de una prohibición implícita, ha de determinarse por exclusión, como ya dijimos.

En primer lugar, por oposición a lo que permite el precepto mismo, es obvio, que la prohibición se referirá a todos aquellos actos

(14) DE LOS MOZOS, *cit.*, p. 372.

(15) GIMÉNEZ DUART, *La gestión de la comunidad de gananciales*, en «ADC», 1982, p. 580.

(16) ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, IV, «Derecho de Familia», 2.^a ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1984, p. 185.

(17) SCAEVOLA, *Código...*, *cit.*, p. 649.

mortis causa, en virtud de los cuales un cónyuge disponga, asigne o adjudique, individualizadamente, bienes gananciales. Este carácter individual del acto conduce sin dificultad alguna a considerar que la transgresión de la norma podría llevarse a cabo, tanto por la vía de los legados, como también adjudicando a los herederos bienes gananciales por la vía del artículo 1.056.1.º del Código civil, que es la hipótesis que con mayor frecuencia se da en la práctica y que se produce cuando el testador, al hacer la partición de sus bienes privativos, incluye en ella y adjudica también bienes gananciales. En última instancia, también, habrá de considerarse prohibido por el artículo 1.379, el nombramiento de herederos *ex re certa* en bienes de la sociedad de gananciales, suponiendo, por ahora, que esta figura tenga sustantividad propia en nuestro Derecho. Cualquiera de las posibilidades señaladas, por muy distintas que sean técnicamente, conducen a idéntico resultado de disponer concreta e individualizadamente de un bien o derecho.

En segundo lugar, junto a ese primer elemento definidor de la prohibición implícita en el artículo 1.379, es necesario para precisar su alcance, relacionar el precepto con lo dispuesto en el artículo 1.380. Ya sabemos, que este otro precepto, excepcionalmente, permite la disposición concreta de un bien ganancial, y siendo así, puesto que la prohibición implícita en el artículo 1.379, según acabamos de decir, también afecta a las disposiciones concretas, todo radica en conciliar estos dos preceptos deliberadamente contradictorios. En otros términos, la cuestión que se plantearía, sería la de precisar, donde termina la posibilidad de disponer en concreto de bienes gananciales que concede el artículo 1.380 y comienza la prohibición de 1.379. Esto comporta tener que adentrarnos en una de las cuestiones más problemáticas que plantea el artículo 1.380 y que, por ello, parece más adecuado abordar al estudiar este precepto en concreto, a cuyo lugar nos remitimos. El estudio que aquí haremos, será sobre la base de considerar que lo que no permite el artículo 1.379, son las disposiciones concretas que se extiendan a la totalidad del patrimonio ganancial, cualquiera que sea la vía que se utilice para ello.

Veamos ahora cuál es el fundamento de la prohibición que nos ocupa. En relación a ello, hemos de referir, por la incidencia que ha tenido entre los autores y en el Tribunal Supremo, la doctrina que estableciera la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 18 de diciembre de 1916, recaída en un supuesto de partición en la que se incluyeron bienes gananciales: «Si bien conforme a los términos del artículo 1.056 del Código civil, cuando el testador hiciese por actos entre vivos o por última voluntad la partición de sus bienes, se pasará por ella en cuanto no perjudique a los herederos forzosos, es necesario, para dar efectividad a tales disposiciones, que los bienes distribuidos sean propios del causante, es decir, estén en su disponibilidad, pues, de otro modo, las facultades conce-

didadas al mismo para dividir, liquidar y adjudicar el caudal propio, se harían extensivas a derechos ajenos con el pretexto de hallarse íntimamente ligados a los suyos...»

El Tribunal Supremo en doctrina sentada con anterioridad a la reforma, que sigue siendo enteramente aplicable en la actualidad, estableció la nulidad de la partición cuando ésta recayese sobre bienes gananciales. Así en la sentencia de 12 de diciembre de 1959 (Ar. 4.499), el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de instancia que había declarado la nulidad de la partición efectuada por la testadora, al haber incluido en ella bienes privativos del marido premuerto y bienes gananciales de la comunidad todavía no liquidada. La sentencia de 20 de mayo de 1965 (Ar. 2.602), en otro supuesto de partición de bienes gananciales, se adhirió de manera expresa y transcribió, la doctrina sentada por la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado antes referida. Igual hay que decir de la sentencia de 17 de mayo de 1974 (Ar. 2.068), en otro supuesto de partición en la que se habían incluido bienes gananciales. Por último, en la sentencia de 3 de marzo de 1980 (Ar. 1.016), en un caso de partición recayente sobre bienes gananciales de la comunidad no liquidada, nuestro más alto Tribunal vino a reiterar la doctrina de la resolución repetida y añadió: «...la partición así efectuada es nula con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.414 según el cual el testador no puede disponer en testamento más que de su mitad de gananciales y no habiéndose liquidado la sociedad de gananciales es evidente que la testadora dispuso de aquellos que no le pertenecían...».

A tenor de la doctrina expuesta, la implícita prohibición del artículo 1.379 del Código civil, se extrae relacionando el precepto con otros de la materia sucesoria, que son, según se ha visto, el artículo 659, en cuanto limita la sucesión de una persona a sus propios bienes, derechos y obligaciones y el artículo 1.056, relativo a la partición realizada por el propio testador, que como el mismo artículo expresa, debe limitarse a sus propios bienes. Pues bien, como los bienes gananciales mientras la comunidad dura están sustraídos a la disponibilidad unilateral de los cónyuges y sólo se puede hablar de propiedad exclusiva de cada uno de ellos cuando se adjudiquen, previa la disolución y liquidación, aunque en puridad los bienes no sean ajenos, tampoco son exclusivamente propios, y nunca puede determinarse unilateralmente el destino particularizado de ellos, porque, de admitir estos actos, el resultado sería que se habría dispuesto de bienes que, eventualmente, podría ser adjudicados al otro cónyuge y que resultarían ser de su exclusiva propiedad, es decir, se reputarían válidos unos actos de disposición sobre el patrimonio de otro.

c) *Particular atención a la partición verificada por el propio testador*

Como ya se ha podido comprobar por los casos examinados, la partición por el propio testador del artículo 1.056.1.º del Código civil tiene una importancia capital para el tema que tratamos, pues aquí confluyen los problemas y las cuestiones que suscita el artículo 1.379. Ello nos obliga a detenernos en su estudio, con objeto de delimitar adecuadamente esta clase de partición del testamento, teniendo en cuenta la frecuencia con que se funden y confunden ambas cosas en la práctica y, sobre todo, en la distinción, si es que existe, entre la partición del testador y la *instituta ex re certa*, que según hemos afirmado puede ser otro vehículo junto con el legado para vulnerar el artículo 1.379. En última instancia, la partición por el testador interesa estudiarla en su relación con el legado.

Es significativo constatar que la mayoría de los autores se resisten a dar un concepto de partición por el propio testador, demostrativo de la dificultad que existe para encasillar esta institución en la dogmática del Derecho de sucesiones. El principal obstáculo reside en que, realmente, no constituye una verdadera partición, puesto que falta el *prius* para que pueda hablarse de tal, que es la existencia de una comunidad entre los herederos, siendo de observar a este respecto, que, precisamente, lo que el causante quiere cuando usa de esta facultad, es la evitación de tal comunidad. En base a este argumento, un sector no muy numeroso de la doctrina excluye que pueda hablarse de verdadera partición, postura que llevaría a la insólita consecuencia de asimilar este tipo de atribución a los legados, en los que el efecto es el mismo: adjudicación concreta de bienes. Sin embargo, por la misma razón, también en cuanto a sus efectos, la consecuencia que produce la partición por el testador es similar a la de las demás clases de particiones, que es la de la adjudicación de bienes concretos.

Esta es la postura que sigue la doctrina mayoritaria, que entiende que, mientras el testamento es un acto de disposición, la partición por el testador es un acto de distribución, ejecución o división. En este sentido, Sánchez Román enseña que la partición de la herencia es un acto de última voluntad de mera ejecución, frente al testamento, que es el acto de disposición en el que aquél se apoya (18). Clemente de Diego, la califica de pura y simple división hereditaria por la que se adjudican en concreto a los sucesores las partes o cosas del caudal relicto que se les dejara (19). Albaladejo destaca que frente al acto dispositivo en el que el causante fija la porción hereditaria

(18) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, en «Derecho de Sucesiones», T. VI, vol. III, 2.ª ed., Madrid, 1910, pp. 1986 y 1989.

(19) CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil...*, cit., p. 444, y del mismo autor, *Dictámenes jurídicos*, T. III, «Sucesiones», Ed. Bosch, Barcelona, 1958, p. 614.

de cada heredero, la partición determina los bienes con que se satisfará a cada cual (20).

Por su parte De los Mozos, saliendo al paso de la opinión que niega el carácter de verdadera partición a la verificada por el propio testador y que entiende que se trata de simples llamamientos a título singular y con objeto de reivindicar el carácter de herederos que tienen en este caso los nombrados, señala que ciertamente no es un acto de división, puesto que efectivamente no se puede hablar de división donde no hay previa comunidad de partícipes, sin embargo, la partición verificada por el propio testador tiene una función divisoria (21), porque, o bien se ha de entender que el testador al partir la da por supuesta en virtud de una ficción jurídica, o bien que no se altera la naturaleza de la partición, porque no exista comunidad, o en fin, lo que el testador quiere es que no llegue a surgir, coincidiendo su propósito con la facultad que el artículo 1.056.1.º le concede (22).

González Enríquez critica, igualmente, la opinión que niega el carácter de partición a la verificada por el testador, afirmando que pese a que no existe previa comunidad hereditaria, la finalidad de toda partición se cumple, pues la esencia de la partición es la finalidad ejecutiva de una atribución de cuota y no el extinguir una comunidad (23).

De lo expuesto se colige sin dificultad que estaremos ante una partición por el testador, en el caso de que éste, después de señalar las cuotas, rellene éstas con bienes concretos del caudal y señale los que corresponden a cada uno de los coherederos. Este señalamiento de cuotas previo presuponerlo todos los autores referidos.

Pero, y si el testador designa directamente los bienes sin previo señalamiento de cuotas, ¿podrá hablarse también de partición por él practicada o, por el contrario, se trataría de un supuesto de simples legados? La cuestión interesa de manera general en esta clase de partición, pero también para nuestro estudio.

En punto a esta cuestión, como pone de manifiesto Rodríguez Adrados, no hay precepto que imponga al testador-partidor la previa fijación de cuotas abstractas de institución (24). Y, en efecto, el tenor

(20) ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, V, «Derecho de Sucesiones», Ed. Bosch, Barcelona, 1987, pp. 134 y 135. Del mismo autor, *Estudios de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1955, pp. 333 y 334.

(21) DE LOS MOZOS, *La partición de la herencia por el propio testador*, en «RDN», 1960, pp. 196 y 204.

(22) *Idem*, pp. 204 y 205. Este punto de vista de De los Mozos lo que trata de evitar es una separación tajante entre testamento y partición, lo cual le permitirá, posteriormente, apoyar su criterio en punto a las divergencias entre testamento y partición.

(23) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el propio testador por acto «inter vivos»*, en «RDP», 1954, p. 511.

(24) RODRÍGUEZ ADRADOS, *La partición hecha por el testador*, en «RDN», 1970, pp. 220 y 221.

del artículo 1.056.1.º, que sería el que en todo caso tendría que decirlo, no establece explícita ni implícitamente que deban fijarse cuotas. Lacruz y Sancho, por el contrario, mantienen una postura distinta, expresando la necesidad del señalamiento de cuotas para que exista partición en este caso (25). Ahora bien, estos autores tampoco dicen que se trate de un supuesto de legados, sino que lo consideran un caso de instituciones de heredero *ex re certa* (26). Pero realmente, ¿existe diferencia entre instituir herederos en cosa cierta, suponiendo que tal categoría sea admisible en nuestro Derecho y partir sin previo señalamiento de cuotas?

Para contestar a este interrogante, lo primero a resolver es la cuestión de si tal figura del heredero en cosa cierta es posible en nuestro Derecho.

La posibilidad de la institución de heredero *ex re certa* depende del criterio que se adopte en punto a la calificación del heredero, cuestión que divide a la doctrina española entre los partidarios del llamado criterio objetivo y los seguidores del criterio subjetivo. Si se adopta el criterio objetivo, que es el que parece imperar en el Código según se desprende de los artículos 660, 661 y 768, que siguen autores como Valverde, Clemente de Diego y Castán (27), como lo que prevalece es el contenido de la institución y no el nombre que le de el testador, toda asignación concreta de bienes habrá de reputarse legado y todo llamamiento a cuota lo será a título de heredero, lo que conllevará la responsabilidad por las deudas. En cambio, si se sigue el criterio subjetivo fiel a la tradición romanista, la atribución de la cualidad de heredero o legatario dependería exclusivamente de la denominación que realice el testador, con independencia de que atribuya una parte del caudal o asigne bienes concretos.

Esta segunda posición así formulada resultaría inadmisibles y no parece que ningún autor la defienda en los términos en que la hemos expuesto. Los intentos que se registran en las últimas décadas de revivir el criterio romano, en ningún caso pretenden suplantar el criterio del Código, sino tan sólo revisarlo, siendo falso el presentar las dos corrientes como posturas enfrentadas e irreconciliables. Así lo pone de relieve Vallet de Goytisolo cuando dice que «no existe antagonismo radical entre los criterios subjetivo y objetivo», añadiendo que «ambos deben coincidir si el segundo es rectamente entendido» (28).

(25) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil*, V, «Derecho de Sucesiones», Bosch, Barcelona, 1981, p. 170.

(26) *Idem*, p. 169.

(27) VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, T. V, *Parte Especial*, «Derecho de Sucesión "Mortis Causa"», 3.ª ed., Valladolid, 1926, p. 168. DE DIEGO, *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 23. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, T. IV, vol. I, Ed. Reus, Madrid, 1969, pp. 85 y 86.

(28) VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, «Fundamentos», Ed. Civitas, Madrid, 1982, p. 71. Alguer ya había observado, añade Vallet, que se plantea mal el problema cuando se le hace consistir, como es corriente entre nuestros autores, en la elección de uno de estos dos criterios: subjetivo, objetivo...

En efecto, si se observan las posturas que sustentan los autores que se muestran favorables a atender a la denominación que el causante realice, así, Manresa (29), Scaevola (30), Vallet de Goytisolo (31), Lacruz y Sancho (32), Albaladejo (33) y Puig Brutau (34), no proponen otra cosa que una indagación de la voluntad del testador, atendiendo tanto el contenido de la atribución *assignatio*, como a las denominaciones utilizadas *nomen*. Para estos autores, los artículos 660, 661 y 768, no pueden desconectarse del artículo 668.2.º, que dice: «En la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia»; pues bien, éste y los anteriores preceptos, no serían sino reglas de interpretación de la voluntad del testador.

La consecuencia que se deriva de este punto de vista, al que nos adherimos, es la admisión de la posibilidad del legado de cuota y, para lo que a nosotros interesa, la *institutata ex re certa*. Para determinar su sustantividad respecto del llamamiento a título de legado en la indagación de los casos concretos, Vallet de Goytisolo ha establecido unos criterios que han alcanzado aceptación mayoritaria por la doctrina (35). De entre ellos interesa destacar el primero, demost

(29) MANRESA, *Comentarios...*, *cit.*, pp. 95 y ss.

(30) SCAEVOLA, *Código civil*, XIII, *cit.*, pp. 503 y ss.

(31) Respecto al Código civil, refiriéndose al contenido de los arts. 660 y 768, dice Vallet: «Ha continuado el proceso que de la prevalencia del “nomen” sobre la “assignatio” pasó al predominio de la “assignatio” sobre el “nomen”. Pero es de advertir, continúa diciendo, que se trata del predominio de la “assignatio” como realidad querida por el testador, y no del nombre dado para expresarla, si este nombre no resulta de acuerdo con la intención del propio testador dimanante del tenor del mismo testamento, conforme la pauta interpretativa que expresa el art. 675 del Código civil» (*op. cit.*, p. 164).

(32) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, *cit.*, pp. 30-32.

(33) Albaladejo, tanto en lo que respecta al legado de parte alicuota como en relación a la institución de heredero en cosa cierta, los considera un problema de interpretación de la voluntad del causante, y en relación a esto último se expresa diciendo: «...si se demuestra que fue querido como sucesor universal, será heredero en cosa cierta, no en el sentido de que sea un heredero-sucesor particular, sino de que es un heredero-sucesor universal cuya participación en la herencia se materializa en una cosa singular, a modo de partición hecha por el testador» (*Curso...*, vol. V, *cit.*, pp. 21-23).

(34) Puig Brutau (*Fundamentos de Derecho civil*, T. V, vol. I, Bosch, Barcelona, 1975, pp. 69-80), entiende que, ciertamente, el contenido de la disposición hace presumir «iuris tantum» que el llamamiento a la totalidad o a una cuota supone una institución de heredero y que el llamamiento a un bien determinado constituye un legado, pero también es decisiva la voluntad del testador que puede destruir esa presunción, porque el art. 660 al igual que el 768 son meras normas interpretativas de la voluntad de aquél.

(35) Según Vallet (*Panorama...*, *cit.*, pp. 167 y 168), para la determinación de cuándo estamos ante una institución de heredero en cosa cierta habrá de tenerse en cuenta: 1.º) Los instituidos herederos en cosa cierta, cuando los llamamientos de esa clase agoten el caudal, deben entenderse herederos universales, instituidos en proporción al valor de los bienes que respectivamente se les hayan asignado, considerando que el testador ha usado la facultad (recogida en el art. 1.056, párrafo 1.º), de distribuir entre ellos, en el mismo testamento, los bienes asignados al efectuar las institu

tivo de la identidad que, para este ilustre jurista, existe entre el supuesto de llamamientos en cosas ciertas que agoten el caudal y la facultad del artículo 1.056.1.º, opinión que igualmente mantienen de los Mozos, cuando señala que la diferencia entre señalar o no cuotas es más bien dialéctica que real (36) y de la Cámara al decir que la institución *ex re certa* se manifiesta excepcionalmente a través de la partición testamentaria (37). Por nuestra parte añadiríamos que la exigencia de un llamamiento solidario, que como presupuesto para el derecho de acrecer exige el artículo 982 del Código, demuestra la posibilidad del llamamiento en cosa cierta a los herederos, supuesto en que estaría sustraído el acrecimiento entre ellos. Pues bien, el cauce para el nombramiento de herederos en cosa cierta no es otro que el de la partición por el testador ex artículo 1.056.1.º Todos los llamamientos a título singular que no puedan tener encaje en el artículo 1.056, siguiendo los criterios desarrollados tan magistralmente por Vallet, han de reputarse legados, con las consecuencias tan importantes que ello tiene en orden a la responsabilidad por las deudas del causante.

Por tanto, en nuestra opinión, el supuesto de partición por el testador se produce con independencia de que haya o no señalamiento de cuotas y sentada tal afirmación, tenemos ya precisado el ámbito de la prohibición del artículo 1.379. A parte de los legados, en ella entrarían, tanto el supuesto de propia partición subsiguiente a la fijación de las cuotas, ya se haga en el mismo testamento o en acto *inter vivos*, como el de directa asignación de los bienes a los favorecidos o, si se prefiere, la denominada *instituta ex re certa*. En el primer caso, la separación existente entre lo dispositivo y lo divisorio, permite distinguir netamente lo que es testamento y lo que es

ciones de herederos. 2.º) Cuando, en semejante supuesto testamentario, queden vacantes alguna o algunas de las cosas ciertas asignadas, sea por premoriencia sin sustitutos, incapacidad o repudiación de los llamados herederos, entendemos que quienes «ab intestato» reciben aquellas cosas ciertas deberá entenderse que ocupan una posición jurídica igual que quienes testamentariamente habían sido llamados a ellas. 3.º) Si el testador pensó agotar el caudal con llamamientos en cosa cierta a título de heredero, pero olvidó algún bien, seguramente por su poco valor, o lo adquirió posteriormente, entendemos que con mayor razón debe considerarse que la institución de aquél debe incluir ese remanente atendiendo a la voluntad del testador, conforme al razonamiento acabado de exponer. 4.º) Instituidos uno o varios herederos en cosa cierta y distribuyendo el remanente en legados, sean de cosa específica o parciarios, parece evidente —salvo especiales circunstancias— que la voluntad del testador fue que aquéllos fuesen herederos. 5.º) En fin, cuando el testador hizo varias instituciones en cosa cierta y dejó el remanente a uno de los instituidos, pueden darse varios supuestos, según los términos en que se expresó el testador al disponer de ese remanente y la importancia que le dio y que efectivamente tenía ese residuo. Si lo asignó como mera previsión para evitar que de resultar remanente se llegase al «ab intestato», creemos que no varía este supuesto de aquél en que haya total distribución de la herencia en instituciones de herederos «*ex re certa*».

(36) DE LOS MOZOS, *La partición...*, cit., p. 197.

(37) DE LA CÁMARA, *El legado de cosa ganancial*, op. cit., p. 528, nota 103.

partición. En el segundo, en cambio, puesto que lo divisorio está embebido en lo dispositivo y viceversa, testamento y partición coinciden, sin que pueda establecerse distinción entre los dos tipos de actos. ¿Qué ocurriría en el caso de que se declare la ineficacia de la partición por ir contra la norma del artículo 1.379, es decir, porque el testador parta los bienes gananciales? Las consecuencias serían distintas en cada uno de los casos mencionados, pues mientras que en el primero, la ineficacia de la partición no provocaría la nulidad del contenido dispositivo del testamento, lo contrario ocurriría con el segundo, ya que sería sumamente difícil mantener la validez parcial del testamento, sólo en relación a los bienes propios, pues la distribución habrá sido realizada en función de los otros bienes comunes que se han partido. La ineficacia total del testamento será evidente cuando los nombrados sean legitimarios, porque muy probablemente, por lo dicho, el mantenimiento de la validez del testamento en lo que respecta a los bienes propios, vulnerará las legítimas.

Lo aconsejable, por tanto, es hacer señalamiento de cuotas, pues en el caso de que se impugne el contenido particional del testamento o la partición verificada fuera de aquél, el contenido dispositivo del testamento no tiene que quedar afectado por la ineficacia de la partición.

d) *¿Es posible la partición de los bienes gananciales realizada conjuntamente por ambos cónyuges?*

Lo dicho hasta ahora en relación a la prohibición implícita en el artículo 1.379, ha sido partiendo de la base de que el acto de disposición de los bienes gananciales sea realizado unilateralmente por uno de los cónyuges, como es la regla general en nuestro sistema sucesorio, que sólo concibe los actos *mortis causa* unilaterales. Pero, debido a que la partición ex artículo 1.056.1.º, puede llevarse a cabo por vía no testamentaria, por acto de los llamados *inter vivos*, cabría preguntarse si la prohibición de partir que nos ocupa, se aplicaría igualmente al caso en que sean los dos cónyuges los que concurren al acto particional.

Tal posibilidad, aunque reconociendo que es discutible, la apuntan Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, afirmando que cabría la «partición por el testador» de los bienes comunes mediante acto *inter vivos* y conjunto de ambos cónyuges. En tal caso, agregan estos autores, no se da la mancomunidad prohibida por el artículo 669, porque los cónyuges no testan en sentido estricto, y la prohibición ha de interpretarse restrictivamente (38).

(38) LACRUZ y SANCHO, *Elementos...*, V, *cit.*, p. 171.

Las palabras de Lacruz y Sancho están haciendo referencia a dos cosas distintas que no deben confundirse. Una cosa es que los cónyuges puedan llevar a cabo conjuntamente la partición de sus bienes cuando los que se parten sean privativos porque la comunidad se haya liquidado previamente, posibilidad cuyo tratamiento abordamos en un momento posterior de este trabajo, y otra bien distinta, que es la que ahora nos ocupa, de si los cónyuges pueden, en acto conjunto de ambos, partir bienes de naturaleza ganancial.

El supuesto que contemplamos se planteó en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1965 (A. 2.602). En este caso, la partición fue realizada conjuntamente por ambos cónyuges y en el mismo acto los esposos habían convenido considerar comunes todos sus bienes y, por tanto, fueron objeto de partición tanto los bienes gananciales como los privativos de cada uno de ellos. El Tribunal Supremo decretó la nulidad de la misma apoyándose en dos argumentos. En primer lugar, en la nulidad del acuerdo por el cual consideraban comunes todos sus bienes, en tanto que implicaba un cambio de régimen matrimonial, por entonces prohibido por el Código civil. En segundo lugar, y a lo que aquí interesa, dijo en el considerando 4.º: «...dado el texto del propio artículo 1.056 en relación con el 659 del mismo Código, la facultad que al testador se confiere de hacer, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición se refiere a los bienes del testador, pero no a la división y adjudicación de bienes ajenos...». El argumento del Tribunal Supremo, como se observa, fue el mismo que utilizó para sancionar la invalidez de la partición de los bienes gananciales practicada unilateralmente por uno de los cónyuges, según se vio en las sentencias antes examinadas.

En efecto, en el supuesto de partición de bienes de naturaleza ganancial, pese a que los dos cónyuges realicen el cuaderno particional conjuntamente y en este sentido no se podría decir que partan bienes ajenos pues los dos titulares concurren, la ajeneidad vendría dada en el momento en que fallezca uno de ellos, puesto que el sobreviviente seguiría siendo titular de la mitad de la masa y, de admitirse, resultaría que se abriría la sucesión de unos bienes de los que todavía el otro cónyuge es titular. Es decir, respecto al sobreviviente se produciría una especie de sucesión *mortis causa* en vida, lo cual es absolutamente aberrante. En consecuencia, la llamada partición por el propio testador del artículo 1.056.1.º, que recaiga sobre bienes gananciales, es nula, tanto si se lleva a cabo de forma unilateral por un cónyuge, como si se realiza de manera conjunta por ambos.

II. SOLUCIONES ALTERNATIVAS

Insistiendo en lo ya expuesto, el único acto *mortis causa* que el cónyuge casado bajo el régimen de gananciales puede hacer respec-

to a éstos, salvo la excepción del artículo 1.380, se limita a la posibilidad de hacer testamento y, dentro de éste, solamente puede señalar el beneficiario de la parte de bienes que se le adjudiquen en la comunidad, y si son varios los beneficiarios, las cuotas que a cada uno correspondan en esos bienes.

Son escasos, por tanto, los estímulos que ofrece la institución testamentaria para los cónyuges casados bajo el régimen de gananciales. Tendrá utilidad en aquellos casos en que los cónyuges no tengan hijos y alguno de ellos quiera dar un destino a sus bienes distinto del orden de suceder abintestato. Sin embargo, en el caso de matrimonios con hijos, partiendo de la base de que lo normal es que los padres no quieran romper la igualdad entre todos ellos, la utilidad de hacer testamento se reduce al mínimo, pues salvo que se quiera mejorar o hacer uso del tercio libre, la única ventaja sería el evitar la declaración judicial de herederos abintestato, pero nada más. No es extraño que el acto testamentario sea poco atractivo para la gran mayoría de la población.

Expuesta ya en la introducción, damos por reproducida aquí la problemática que plantea la prohibición de partir los bienes gananciales que hemos estudiado y las trabas legales existentes para que los cónyuges puedan coordinar su sucesión. Simplemente, insistiremos en el hecho de que, en la práctica, frecuentemente se hace caso omiso a las limitaciones que impone el artículo 1.379, y cada uno de los cónyuges, de acuerdo entre ellos, disponen y adjudican en cada uno de sus testamentos, varios bienes comunes o cuotas concretas de algún bien de la comunidad en favor de tal o cual hijo. Como ya ponía hace años de relieve de la Cámara y lo avala su experiencia profesional como Notario, lo más corriente es que los cónyuges quieran articular conjuntamente la partición de todos los bienes de la sociedad conyugal, como si se tratase de un patrimonio único, y si pese a los obstáculos legales, continúa el autor, tales disposiciones se cumplen de hecho, ello es debido a que las últimas voluntades de los padres son generalmente sagradas para los hijos sin discusiones sobre su legalidad (39). Y añadía de la Cámara, que es misión del jurista práctico, y muy particular del Notario, ver si el Derecho positivo vigente brinda algún camino, aunque sea indirecto, para la consecución de los fines perseguidos por los interesados, cuando estos fines, como en el caso que ahora estudiamos, son moralmente irreprochables (40).

A este objetivo queremos modestamente contribuir con las páginas que siguen.

(39) DE LA CÁMARA, *El legado...*, cit., p. 545.

(40) *Idem*, pp. 545 y 546.

**1. Liquidación de la sociedad de gananciales en vida, para que produzca efectos a la muerte del que primero fallezca.
Posibilidad de la partición conjunta o combinada de ambos cónyuges**

La primera y más directa posibilidad de soslayar la prohibición del artículo 1.379, consiste en que los cónyuges realicen capitulaciones matrimoniales, en virtud de las cuales extingan la sociedad de gananciales, liquiden las deudas y se adjudiquen los bienes a cada uno de ellos. Una vez convertido todo el caudal en privativo, podrían distribuir los bienes de ambos, coordinadamente, entre los hijos.

La solución expuesta tiene la gran ventaja que ofrece su total legalidad en la regulación actual, puesto que el ordinal 4.º del artículo 1.392 expresamente previene como causa de extinción de la comunidad de gananciales, que los cónyuges convengan un régimen económico distinto, que habría de ser el régimen de separación de bienes, en función de los fines que aquí interesan. Esta posibilidad que actualmente brinda el Código de dar por extinguida mediante convenio capitular la sociedad de gananciales, procede, no de la reforma de 1981, sino de la que se produjo en el año 1975, en virtud de la cual se suprimió la rígida regla de la inmutabilidad de los capítulos que presidía la regulación del tema desde que se promulgó el Código y que fue ampliamente criticada por buen número de autores durante su vigencia.

Pero, todavía más apropiado, puesto que no significaría cambio en el *status* de los bienes mientras vivan los cónyuges, sería realizar los capítulos sometiéndolos al término *certus an incertus quando* de la muerte de cualquiera de ellos, como momento en el que habría de adquirir eficacia la extinción de la sociedad de gananciales pactada, la liquidación y las adjudicaciones realizadas a cada cónyuge. En relación a esta nueva variante, habría que preguntarse si está permitido someter los capítulos a término, inicial o final, como sería nuestro caso. Esta cuestión recibió una respuesta negativa entre los autores antes de la reforma de 1975, que acabamos de referir. Pero, con posterioridad a esa fecha, el argumento de la inmodificabilidad del régimen matrimonial constante matrimonio, en el que se sustentaba la negativa a admitir la condición o el término, dejó de existir, y, en su consecuencia, la doctrina actual no duda en admitirlos (41).

(41) Vid. GÓMEZ FERRER SAPIÑA, *Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio*, en «RCDI», 1978, p. 496. GULLÓN BALLESTEROS en los, *Comentarios a las reformas del Código civil*, de AMORÓS, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, p. 1071. Díez PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, vol. IV, cit., p. 195. LACRUZ y SANCHO, *Elementos...*, IV, cit., p. 330. CANO TELLO, *La nueva regulación de la sociedad de gananciales*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1981, p. 18.

No es necesario, por tanto, que las capitulaciones que se pacten entren en vigor en el momento de su realización. Antes bien, el objetivo de las mismas, que es facultar a ambos cónyuges para que puedan hacer una adecuada distribución de todos sus bienes, se consigue igualmente y, si cabe, con menor distorsión, si se aplaza la eficacia de la extinción de la comunidad, la liquidación (42) y las adjudicaciones realizadas capitularmente a cada cónyuge, al momento en que fallezca el primero de los cónyuges. Ello permitirá que sobre la base de sendos testamentos realicen la partición conjunta de todos sus bienes entre los hijos incluyendo los gananciales, puesto que éstos adquirirán la condición de privativos en el momento en que fallezca el primero de los cónyuges, coincidiendo con la apertura de su sucesión.

La posibilidad descrita ya fue propuesta por Clemente de Diego allá por el año 1924 en uno de sus «Dictámenes» (43) y posteriormente reafirmada por González Rodríguez (44), Cámara (45), Rodríguez Adrados (46) y Díez Picazo y Gullón (47).

Sin embargo, su admisibilidad no está exenta de inconvenientes. El primer escollo que se presenta es el de si la partición llevada a cabo conjuntamente por ambos cónyuges en acto *inter vivos*, atentaría contra el principio del carácter personalísimo del testamento del Código civil. En punto a esta cuestión Clemente de Diego argumentaba que en contraste con la prohibición del testamento mancomunado contenida en el artículo 669 del Código civil, para la división mancomunada no existe prohibición en el Código y no es lícito, afirmaba

(42) En cuanto a las deudas de la sociedad de gananciales, no parece que su liquidación pueda someterse enteramente al término incierto de la muerte del que primero fallezca. Será necesario hacer en los capítulos un tratamiento separado de las deudas que existan en el momento en que se llevan a cabo los mismos y las que surjan después. En lo que concierne a las primeras, ya estén vencidas o no, bastará con separar una cantidad para su pago y si existen créditos de un cónyuge contra la comunidad, no habrá inconveniente en computarlos y, en función de su importe, hacer las adjudicaciones de metálico o de otros bienes al cónyuge acreedor, con efectos sometidos al mismo término. Sin embargo, en lo que concierne a las nuevas deudas que surjan mientras dure la sociedad, como no se sabe cuál será su importe y, por tanto, no pueden ser tenidas en cuenta en la división del caudal ganancial que se realice, habrá que prever un régimen especial para hacer frente a las mismas, para lo cual podrían arbitrase diversas soluciones, como podrían ser destinar para el pago de los mismos los rendimientos que produzca algún o algunos bienes gananciales o separar un capital a tal fin e, incluso, convenir que el pago se realice a costa de los bienes privativos de los cónyuges proporcionalmente a los ingresos o rendimientos. En lo que respecta, por último, a las deudas que existan cuando el primero de los cónyuges fallezca, como en ese momento todos los bienes de los cónyuges son privativos, lo lógico sería pactar que su pago se haga a costa de los caudales privativos de cada cónyuge en la misma proporción antedicha.

(43) CLEMENTE DE DIEGO, *Dictámenes Jurídicos*, cit., pp. 619 y 620.

(44) GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *Sobre particiones verificadas por el testador*, en «RCDI», año 1927, pp. 171 y 172.

(45) CÁMARA, *El legado...*, cit., pp. 517-519.

(46) RODRÍGUEZ ADRADOS, *La partición...*, cit., pp. 226 y 227.

(47) DíEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema...*, cit., p. 722.

el ilustre civilista, generalizar o extender a otros casos no previstos, preceptos prohibitivos o de excepción (48). Rodríguez Adrados destaca la gran utilidad que tiene esta forma de partición, que no puede lograrse, a su juicio, con la otra variedad de partición del causante, la hecha en testamento, por el carácter unipersonal del testamento en Derecho común (49). En igual sentido favorable a la admisión de esta partición conjunta, se pronuncian Lacruz y Sancho (50) y Díez Picazo y Gullón (51).

Sin demasiados fundamentos es contrario a la misma De los Mozos, que se limita a aducir el carácter personal que, en su opinión, tiene la partición por analogía con el testamento (52).

Cámara se muestra partidario de que los cónyuges pacten la disolución de la sociedad de gananciales con efectos a la muerte de uno de ellos, razonando que no existe en este supuesto un pacto sucesorio prohibido, porque en esa división los cónyuges no se conceden derecho hereditario alguno, ni se lo otorgan a tercero. Ciertamente, continúa Cámara, que los bienes adjudicados a cada cónyuge pasarán en su momento y cuando la adjudicación haya tendido efecto a formar parte de sus respectivas herencias, pero el derecho a dichas herencias, o a bienes determinados integrantes de las mismas, no vendrá conferido por el convenio de liquidación y división, sino por la ley o testamento del cónyuge de que se trate (53). Lo que en cambio rechaza Cámara, como solución a esa tan común aspiración de los padres de distribuir entre sus hijos todos sus bienes, es que ambos procedan a la partición, no ya conjunta que considera no permitida por el artículo 1.056, sino tan siquiera que puedan coordinar sus particiones individualmente realizadas (54). Los argumentos que aduce en defensa de su postura son, en primer lugar, que el artículo 1.056 permite sólo a cada testador partir su propia herencia, en segundo lugar, que no es posible jurídicamente formar una sola masa de bienes paternos y maternos constitutiva de una unidad ideal en las relaciones sucesorias y familiares sobre la cual haya de computarse indistintamente la participación de cada hijo en las herencias de su padre y de su madre y, en último término, añade Cámara, que como las particiones son siempre revocables, si el cónyuge supérstite revoca la partición otorgada de común acuerdo, puede resultar alguno de los hijos grave-

(48) DE DIEGO añade, además, que «la división realizada por los dos cónyuges en un solo acto de los mismos bienes y en pro de los descendientes comunes es lo más congruente con la naturaleza del matrimonio, que imprime en los cónyuges una como unidad de persona e identidad de espíritu, anhelos y afectos» (*cit.*, p. 615).

(49) RODRÍGUEZ ADRADOS, *cit.*, p. 227.

(50) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, V, *cit.*, p. 171.

(51) *Op. cit. y loc. cit.*

(52) DE LOS MOZOS, *La partición de la herencia por el propio testador*, *cit.*, p. 211.

(53) CÁMARA, *cit.*, p. 518.

(54) CÁMARA, *cit.*, p. 546.

mente perjudicado contra la voluntad del premuerto que, si le dejó menos, fue en consideración a lo que el otro cónyuge le dejaba y sin que le quepa recurso alguno mientras su legítima esté intacta (55).

Para salvar esos inconvenientes, Cámara brinda como solución alternativa que los cónyuges otorguen sus testamentos estableciendo que a la muerte del que primero fallezca permanezca indivisa la herencia hasta el fallecimiento del otro, quien también atribuirá en bloque la suya a los herederos; y, continúa Cámara, a mi juicio, se puede imponer por ambos testadores la obligación o carga a los herederos de que cuando fallezca el último de los cónyuges, los bienes que entonces pertenezcan pro indiviso a los sucesores, y procedentes de ambas herencias, se partan en una determinada forma (56).

Frente a los razonamientos de Cámara, nosotros diríamos lo que sigue. En cuanto a la supuesta prohibición de la partición conjunta, nos remitimos y adherimos a las opiniones doctrinales antes expuestas que rechazan la existencia de tal regla en nuestro Código. En cuanto al segundo de los argumentos, que está en íntima relación con el tercero, en efecto, jurídicamente, no sería posible tomar en consideración esa voluntad real de los padres de coordinar sus sucesiones y la consideración de sus patrimonios como si fuera uno, pero de hecho, la fórmula que proponemos consigue un resultado coincidente con esa voluntad. En lo que respecta al tercero de los argumentos de Cámara, ciertamente, nunca podría evitarse que un cónyuge revoque y de al traste con el acuerdo. Pero ello podría ocurrir cualquiera que fuese la fórmula que se elija, incluyendo la que Cámara arbitra como alternativa, en tanto que también presupone el acuerdo. Es más, la solución que Cámara propone, que a lo que parece consistiría en ordenar por vía modal a los herederos el gravamen de partir en una determinada manera, sería radicalmente nula, puesto que supone un gravamen del llamamiento sucesorio que gravaría también las legítimas, en contra de lo preceptuado por el artículo 813.2.º del Código civil.

Aduce Cámara a la solución que nosotros proponemos el inconveniente de que uno de los cónyuges revoque el testamento y la partición realizada coordinadamente con el otro y resulte perjudicado algún hijo. En nuestra opinión, aunque esto puede ocurrir, no parece probable que se produzca, si partimos de la base de que cualquier fórmula que intente coordinar la sucesión entre los cónyuges presupone la mutua confianza. De todas maneras, tal eventualidad podría evitarse sometiendo el testamento de cada cónyuge y la partición conjunta a la condición resolutoria de que el otro no revoque, arbitrando para ese caso sendas disposiciones testamentarias, que, caso de cum-

(55) *Op. cit. y loc. cit.*

(56) *Op. cit.*, pp. 546 y 547.

plimiento de la condición, haría funcionar independientemente la sucesión de cada progenitor. Y suponiendo que la revocación se produzca después de que fallezca el otro, podría ordenarse que permaneciera indivisa la herencia hasta el fallecimiento del otro cónyuge, tal como admite el artículo 1.051 del Código civil, con objeto de evitar la distorsión que se produciría al tener que restituir lo ya percibido por la sucesión del primero, como consecuencia del cumplimiento de la condición. Esta indivisión interina tendría dos ventajas, por un lado, que la adquisición de todos de los bienes por todos los hijos se produciría en el mismo momento, el de fallecimiento del segundo de los cónyuges y, por otro, abriría la posibilidad de otorgar al viudo el usufructo universal de los bienes del premuerto, tan usual en la práctica.

En lo que concierne a la jurisprudencia del Tribunal Supremo la sentencia de 20 de mayo de 65, ya referida con anterioridad, resolvió un caso de partición *inter vivos* practicada conjuntamente por ambos cónyuges, pero con la diferencia respecto del supuesto que nosotros contemplamos, de que los bienes partidos no eran privativos. En el supuesto de la sentencia, los cónyuges en el cuaderno particional habían manifestado su voluntad de hacer comunes todos los bienes, lo cual suponía, como dijo el Tribunal Supremo en el considerando 3.º de la sentencia, un cambio del régimen de gananciales por el de plena comunidad (57), en contra de la regla de la inmutabilidad del régimen matrimonial vigente entonces. El Tribunal Supremo consideró nulo el cambio y en su consecuencia la partición verificada en base al mismo, puesto que resultaba haberse realizado sobre bienes gananciales. Sin embargo, el Tribunal Supremo no dijo, y aquí radica el interés de este caso, que, en sí misma, la partición conjunta fuese nula.

No hay otra manera, por tanto, si se quiere hacer una distribución conjunta de todo el patrimonio familiar entre los hijos, que pactar la liquidación de la sociedad de gananciales y el cambio al régimen de separación, si bien sus efectos queden aplazados a la muerte del que fallezca primero. Una vez realizado ese pacto de carácter capitular, los cónyuges, previos sendos testamentos en los que instituyan herederos a sus hijos, podrían partir todo el patrimonio, bien en un

(57) No resulta, en absoluto, adecuado el pacto que realizaron los cónyuges en el supuesto de la sentencia, de cambiar el régimen de gananciales por el de comunidad universal de bienes, porque de esta manera no se suprimirían los obstáculos que impiden partir o adjudicar los bienes gananciales. Es más, se agudizarían, puesto que resultaría que ni tan siquiera los privativos podrían ser objeto de partición, habida cuenta que también se habrían convertido en comunes. El Tribunal Supremo no se apercibió de este resultado, aunque lo cierto es que tampoco necesitaba decirlo después de haber declarado nulo el cambio de régimen. Los cónyuges que pretendan partir entre sus hijos todos sus bienes deben pactar la liquidación de la comunidad de gananciales, pero nunca su ampliación.

cuaderno único tal como proponemos o separada pero coordinadamente.

2. Delegación de la facultad de hacer la partición al cónyuge viudo

El artículo 831 del Código civil, que establece la posibilidad de que un cónyuge delegue en el viudo la facultad de hacer la partición de sus propios bienes y de mejorar a los hijos comunes, ha merecido la atención de buen número de autores, especialmente, desde la reforma ya referida del año 1975, que liberalizó la posibilidad de pactar capitulaciones con posterioridad a la celebración del matrimonio. La norma estaba sumida en el desuso desde que se la creara en el año 1889, puesto que la posibilidad de delegar en el otro cónyuge solo podía hacerse en capítulos y dado que éstos sólo podían realizarse antes de la boda, nadie en su sano juicio se hubiera aventurado a delegar antes del matrimonio. Sin embargo, una vez que se permitió desde 1975 pactar capítulos después de contraído el matrimonio, algunos autores, por aquellos años (58), prometieron un feliz porvenir al precepto, que luego no se han cumplido, como ha reconocido Díez Gómez en un estudio más reciente (59).

Sin lugar a dudas, el otorgamiento de la facultad de partir y mejorar al otro cónyuge, aunque hoy pueda concederse constante matrimonio, no deja de presuponer una gran dosis de confianza del cónyuge que la otorga en el otro y, por tanto, no resulta aconsejable más que para matrimonios muy bien avenidos, similarmente a lo que ocurre con la fórmula expuesta en el epígrafe precedente. No en vano algunos autores califican al poder que otorga este artículo de «fiducia sucesoria» (60), criterio que compartimos plenamente, pues hay que tener presente que lo que se delega en el ámbito del artículo 831, no es un simple poder divisorio, como si se tratara de un contador partididor. Además de esta facultad de distribución, el cónyuge supérsite tiene poder para señalar a su arbitrio y desigualmente, salvando las legítimas, las cuotas que corresponden a cada uno de los coherederos. Es decir, mientras que el contador-partididor se limita a rellenar las cuotas prefijadas por el causante, el cónyuge, en el caso del artículo 831, determina también la cuota correspondiente a cada cual.

(58) GARRIDO DE PALMA, *Visión notarial del art. 831 del Código civil*, en «Homenaje a Roca Sastre», III, Barcelona, 1976, p. 367. SANS URANGA, *La nueva importancia del art. 831 del Código civil*, en «RDN», abril-junio, 1976, p. 382.

(59) Díez GÓMEZ, *El nuevo art. 831 del Código civil*, en «RDN», julio-diciembre, 1982, pp. 407 y 409.

(60) *Vid.* LACRUZ BERDEJO y SANCHO, *Elementos...*, V, *cit.*, p. 455, y SANS URANGA, *cit.*, p. 384.

Con arreglo al criterio expuesto, no podemos compartir el punto de vista de Seco Caro, cuando califica el supuesto del 831 como comisario especial (61), porque sus facultades sobrepasan con mucho la figura del comisario-contador tal como el Código la concibe. Ello no quiere decir, como afirma Díez Gómez, que se trate de un verdadero poder testatorio (62), pues aunque se acerque al mismo, el cónyuge viudo no está facultado para designar como beneficiarios de la herencia del premuerto a personas distintas de los hijos comunes, es decir, no podría nombrar herederos o legatarios a personas distintas de éstos. Recientemente, José María Miquel, desde el punto de vista de la dogmática extraña al Código, afirma que el artículo 831 contiene un negocio *per relationem*, en el sentido de que el causante ha dispuesto en capitulaciones o en testamento (primer negocio), por referencia a la decisión de su cónyuge (segundo negocio) (63).

En nuestra opinión, el artículo 831 contiene una figura que carece de encaje en las categorías sistemáticas que recoge el Código. Lo único que podría afirmarse con certeza es que se trata de una excepción a la regla general que establece el artículo 670 *in fine* del Código civil, que prohíbe «dejar al arbitrio de un tercero la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente», excepción que se funda en la confianza que el matrimonio puede generar a los cónyuges. Este poder de designar las porciones, junto con el de dividir, singulariza el supuesto que estudiamos.

El artículo 831 ha sido retocado en la reforma operada en el Código por la Ley 11/1981, sin duda, en un intento del legislador de estimular su uso, como lo prueba el hecho de haber admitido la posibilidad de establecer esta delegación también por vía testamentaria. No compartimos la opinión de Miquel, cuando afirma que no sabe muy bien qué hace el artículo 831 en una reforma que en materia sucesoria trata de plasmar la equiparación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales (64). A nuestro juicio, siguiendo los estudios que se han llevado a cabo sobre el precepto, el artículo 831 no es una norma que agote su sentido en el ámbito sucesorio, sino que se proyecta a todo el patrimonio familiar, que sí fue objeto de atención directa por la Ley 11/1981, al ocuparse de los regímenes económicos

(61) SECO CARO, *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo* (Estudio sobre el art. 831 del Código civil español), Ed. Bosch, Barcelona, 1960, p. 183, califica la posición del cónyuge que ostenta la facultad del art. 831, como de especial comisario que puede hacer la partición, distribuyendo desigualmente los bienes del premuerto entre los hijos comunes, señalando su propia cuota hereditaria.

(62) Díez Gómez, *cit.*, p. 413.

(63) MIQUEL, JOSÉ MARÍA, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, *cit.*, pp. 1316 y 1317.

(64) MIQUEL, *cit.*, pp. 1311 y 1312. En un sentido parecido, DELGADO ECHEVERRÍA, *El nuevo régimen de la familia*, II, Cuadernos Civitas, Madrid, 1982, p. 203, que afirma no ver su relación directa con las finalidades de la nueva ley.

matrimoniales, porque como dijo Seco Caro, aunque el artículo 831 no tiene una finalidad esencialmente familiar, sino sucesoria, posee una estrechísima vinculación con el Derecho de familia (65).

¿Cuáles son las ventajas que la delegación de la facultad de hacer la partición y mejora en el cónyuge ofrece en relación con nuestro tema? Ciertamente, el artículo 831 del Código no contribuye e incrementar los poderes del cónyuge que premuere, sino todo lo contrario, puesto que en todo caso supone una dejación del poder particional o de mejora al cónyuge que sobrevive. Sin embargo, la utilización del artículo 831 tiene la ventaja, de que a través de esa delegación que comporta, palía la imposibilidad en que se encuentra el cónyuge que fallece primero, de poder hacer una adecuada distribución entre los hijos incluso de sus propios bienes, puesto que no podría tener en cuenta los demás bienes de la familia, como son los gananciales, y los bienes propios del otro cónyuge. Una adecuada distribución de todo el patrimonio familiar entre los hijos requiere tener en cuenta todo el conjunto y para ello el cónyuge que fallece primero se encuentra imposibilitado.

Pues bien, la delegación de la facultad de hacer la partición, consigue que el cónyuge viudo distribuya entre los hijos todo el patrimonio familiar, incluyendo sus propios bienes y los de su cónyuge, si es que se ejercita la facultad por vía testamentaria o, por lo menos, teniendo en cuenta el destino de los bienes propios. Además, permite una más adecuada distribución, porque el viudo tiene ya una visión de todo el conjunto de bienes de la familia. Por otro lado, y puesto que la distribución se hace más tardíamente, se pueden calibrar mejor cuáles sean las particulares o especiales necesidades de los hijos (66). Precisamente, pensando en esa mejor situación en que se está para distribuir la herencia cuando los hijos han alcanzado más edad, el legislador del 81 ha previsto la aplicación de un plazo para el ejercicio de la facultad por el viudo, supletorio en defecto de que el premuerto no haya fijado ninguno, que es la emancipación del último de los hijos.

En segundo lugar, como pone de relieve la doctrina que ha estudiado el precepto (67), el artículo 831 evita la disgregación de la propiedad territorial o de establecimientos y empresas mercantiles e in-

(65) SECO CARO, *cit.*, p. 113. En el mismo sentido, GARRIDO DE PALMA (*cit.*, p. 372), que además destaca que la finalidad primordial que a su juicio posee el precepto, es evitar la desmembración del patrimonio familiar.

(66) En este sentido dice GARRIDO DE PALMA: «...supongamos que un hijo está impedido o enfermo, o tiene especiales necesidades, o padece incapacidad, o quiere premiarse la conducta de alguno de ellos, o estimularse ciertas condiciones personales, o dar carrera o colocación a alguno de ellos, o también organizar un sistema de vida que permita la subsistencia de toda la familia encomendando el gobierno de ella al hijo mayor o más capacitado...» (*cit.*, p. 371).

(67) *Vid.* SECO CARO, *cit.*, p. 215, y GARRIDO DE PALMA, *cit.*, p. 372.

dustriales, que se presenta como inevitable en muchos casos, de seguir el proceso sucesorio normal, a consecuencia de la desconexión existente, tanto de hecho como de derecho, entre las sucesiones de los dos progenitores. Por la vía de la delegación se podría conseguir, sino una conexión de derecho, rechazada por el Código, sí al menos de hecho, que al fin y al cabo es lo que cuenta.

Por último, otra ventaja adicional nada desdeñable, que el mismo García Goyena calificaba de muy saludable en sus «Concordancias», es el fortalecimiento que el precepto comporta de la posición del cónyuge viudo en relación con los hijos, respeto y dependencia particularmente hacia su madre viuda y conservación de la disciplina doméstica (68). En este orden, la doctrina añade el cauce que la norma brinda como medio para arbitrar un deseo muy común entre los matrimonios a la hora de hacer testamento, pero que tropieza con la institución de la legítimas, de atribuirse recíprocamente el caudal (69). A juicio de Díez Gómez, los deseos de esos testadores que no son otros que dotar al viudo de los máximos poderes sobre los bienes del difunto y tanto más si son gananciales, se logran mejor que con ninguna otra institución con la delegación que permite el artículo 831, junto con otras modalidades sucesorias, como pueden ser el usufructo universal, la prohibición de dividir la herencia dentro de los límites legales, el albaceazgo, la facultad del artículo 1.056 del Código civil y, sobre todo, la del 841 (70).

Las ventajas que según se ha visto ofrece el precepto en examen no justifican los recelos que ha suscitado en la práctica. Esperemos que vayan desvaneciéndose con el transcurso de los años.

III. EL ARTICULO 1.380 DEL CODIGO CIVIL: EL LEGADO DE COSA GANANCIAL

Desde que se promulgó el Código civil, el legislador español tuvo ocasión de regular el llamado legado de cosa ganancial, pues si como parece probable la norma contenida en el actual artículo 1.379 fue tomada del Código Napoleón, bien podía haber hecho lo mismo en ese supuesto. Ahora, a los cien años de la promulgación del Código civil, durante los cuales ha perdurado en este punto la laguna legal, la reforma de 1981 ha regulado el supuesto de legado de cosa ganancial en el artículo 1.380, haciéndolo de manera similar (no enteramente igual, como veremos) a como lo regula el Código francés en su artículo 1.423.

(68) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Ed. Base, Barcelona, 1973, T. II, art. 663, pp. 107 y 108.

(69) SANS URANGA, *cit.*, pp. 382 y 383.

(70) Díez GÓMEZ, *cit.*, p. 410.

Durante este tiempo, la doctrina ha hecho un meritorio esfuerzo por resolver esta laguna de nuestro Derecho, siendo de destacar el excelente trabajo de Cámara que ya conocemos y al que nos tendremos que referir más veces. Porque si la solución del tema en su aspecto esencial ya está resuelto por el artículo 1.380, en el sentido de que no hay que buscar un acomodo legal por vía analógica para dar validez al supuesto de legado de cosa ganancial, han quedado, no obstante, sin resolver algunas cuestiones menores y, a la par, han surgido otras en la inteligencia de la nueva norma tal como ha resultado formulada.

1. Carácter y fundamento de la norma

Prescindiendo de insistir en el carácter excepcional de la norma contenida en el artículo 1.380, que afirmábamos al inicio de este trabajo, a donde nos remitimos sobre el particular y yendo al análisis del precepto en sí, el artículo 1.380 tiene dos partes netamente diferentes en cuanto a su formulación de norma jurídica. Una primera parte, en la cual el legislador resuelve el problema de la validez de este legado, que en otro caso no estaría exento de dudas, como lo prueban las discrepancias doctrinales existentes antes de la reforma del 81. La segunda parte se refiere a los efectos que produce, respecto a lo cual, el precepto previene dos subhipótesis: 1) que el bien legado sea incluido en la parte de bienes de la sociedad ganancial que se adjudiquen al caudal hereditario del cónyuge disponente, en cuyo caso el legado es eficaz como tal, y 2) que por la circunstancia que sea (bien porque se adjudique al cónyuge supérstite o porque se paguen deudas a costa de ese bien), no sea adjudicado como anteriormente queda expuesto, en cuyo caso, el legislador presume que el testador habría querido transformarlo en el pago de su valor, o sea, de un legado *in natura* en un principio, se transforma *ope legis* en un legado de cantidad.

Ahora bien, realmente, esa transformación se basa en la voluntad presunta del testador, como algunos afirman (71), o, por el contrario, como opinan otros, esa transformación prevista por el legislador no perseguiría otro objetivo que prevenir el fraude en que podrían incurrir los herederos (72), o, tal vez según otros, eludir el efecto aleato-

(71) Vid. LAURENT, *Principes...*, cit., p. 44. PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, traducción de Díaz Cruz, T. VIII, primera parte, Cultural Habana, s.f., p. 604. MALAURIE, *Nota a la sentencia de 13 de diciembre de 1965*, en «Rev. Trim. de Droit Civil», D.S., 1966, núm. 275.

(72) COLIN Y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, T. VI, «De los regímenes matrimoniales», Ed. Reus, Madrid, 1949, p. 283.

rio en que quedaría el legado de no haberse previsto (73). En nuestra opinión, todas esas explicaciones resultan plausibles. Cossio ya advirtió que las mismas razones que movieron al legislador a adoptar tal solución de cambio en el legado de cosa ajena (que según establece el art. 861 también se transforma en el valor), parecen que aconsejan admitirla en el legado de cosa ganancial no adjudicada a la herencia del testador (74). Y, recientemente, en relación al legado de cosa ajena, ha escrito González Pacanowska, que lo que prima en materia testamentaria es la voluntad del testador y que esa voluntad sea eficaz y si la efectividad no puede alcanzarse en la forma dispuesta por el causante, debe cumplirse en la forma más aproximada (75). Más tarde añade Pacanowska que lo que se ofrece para el legado de cosa ajena sería una solución tipificada para el supuesto de que la prestación no puede cumplirse *in natura* desarrollando el grado de esfuerzo que presumiblemente quiso el testador, reduciéndola, como se dice en general para toda obligación, «al equivalente de su primitiva onerosidad» (76).

Desde nuestro punto de vista, estamos de acuerdo con Pacanowska, en que ese efecto de transformación en el equivalente, es aplicación del criterio general que rige en la ejecución de toda obligación (arts. 1.101 del Cc y 924.1.º de la LEC) y, por tanto, presumible. Pero también se podría pensar que por medio de esa transformación se pretende evitar que la eficacia del legado quede amenazada, puesto que en muchos casos de no ser por esa previsión, quedaría a merced de los herederos la eficacia del legado, lo cual, evidentemente, iría contra la voluntad del causante.

Con lo expuesto tenemos ya establecida la premisa de la que hay que partir en el análisis del artículo 1.380, de que ese efecto transformador de un legado, que en principio es de cosa específica, en legado de cantidad, tiene un mero carácter dispositivo y de presunción legal de carácter «iuris tantum», respecto a la cual están de acuerdo todos los autores tanto anteriores como posteriores a la reforma (77). Esto

(73) Vid. autores cit. por MARTY y RAYNAUD, *Droit Civil*, en «Les régimes matrimoniaux», 2.ª ed., SIREY, París, 1985, p. 197.

(74) COSSIO, *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, T. 50, cit., p. 207. La opinión expuesta no quiere significar que nosotros entendamos el legado de cosa ganancial como un supuesto de legado de cosa ajena. Esta discusión, actualmente, cuando existe ya una norma que regula específicamente aquél, carece de sentido entrar. Lo único que queremos poner de relieve en relación con el legado de cosa ajena, es la semejanza en cuanto al efecto transformador que existe entre los arts. 861 y 1.380.

(75) GONZÁLEZ PACANOWSKA, *El legado de cosa ajena*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985, p. 161.

(76) GONZÁLEZ PACANOWSKA, cit., p. 163.

(77) Vid., entre otros, BLANQUER UBEROS, *La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones*, en «Anales AMN», T. XXV, EDER-SA, Madrid, 1982, p. 93, nota 74. COSSIO, cit., p. 207. DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sis-*

quiere significar que allí donde se demuestre que el cónyuge disponente de un legado de cosa ganancial, ya sea de una manera expresa o ya sea por vía de interpretación de la voluntad testamentaria, haya previsto la eventualidad de que no pueda cumplirse el legado *in natura* o, cualquier otra, y quiera dejarlo sin efecto, establecer un efecto distinto al legal o unos límites para el pago del valor, primará su voluntad sobre lo establecido en el artículo 1.380.

Respecto a la cuestión escasamente práctica de la naturaleza jurídica de ese efecto transformador del legado de cosa ganancial en legado de cantidad, las opiniones son diversas. Se habla de una eficacia condicionada (78), de conversión del legado (79) y también de una eficacia alternativa (80). A nuestro juicio, ninguna de estas categorías son enteramente satisfactorias. A lo sumo, en lo que respecta a la eficacia alternativa que propone Blanquer, puede afirmarse que en aquellos casos en que dependa exclusivamente de los herederos del testador que se incluya o no la cosa en la herencia de éste, podría decirse que el supuesto sería semejante a un legado u obligación alternativa, puesto que, en definitiva, dependería de los herederos que el legado se pague *in natura* o por equivalente, como es lo propio en las obligaciones alternativas (art. 1.132 del Cc). Pero no siempre está a merced de los herederos que el bien se incluya o no en el caudal del testador. Piénsese en el caso de que el patrimonio ganancial sea insuficiente para pagar las deudas de la comunidad y éstas absorban el bien legado sin que sea posible su adjudicación. En nuestra opinión, para explicar esta transformación, podría hablarse de un efecto novatorio del objeto de la obligación de pago en que consiste el legado, impuesto por el legislador, pero sin que ello signifique especialidad ninguna, sino simple aplicación de las reglas generales sobre cumplimiento de las obligaciones (arts. 1.101 del Cc y 924 de la LEC), en tanto establecen la transformación en el equivalente, cuando no es posible el cumplimiento de la obligación *in natura*.

2. Ambito de aplicación

En lo concerniente al ámbito del artículo 1.380, se plantean diversas cuestiones de gran interés, cuyo examen vamos a abordar separadamente.

tema..., cit., p. 528. GONZÁLEZ PACANOWSKA, cit., p. 445. CÁMARA, *El legado de cosa ganancial*, cit., p. 503. En Francia, vid. MAZEAUD, HENRI, LÉON y JEAN, *Leçons de Droit Civil*, T. IV, vol. I, 4.ª ed., Ed. Montchrestien, París, 1977, p. 323.

(78) DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, vol. IV, cit., p. 253.

(79) CANO TELLO, *La nueva regulación de la sociedad de gananciales*, cit., p. 32.

(80) BLANQUER UBEROS, cit., p. 93.

a) *Los tipos de actos de disposición que el precepto abarca*

La primera de las cuestiones que plantea el precepto que examinamos es la de la clase de actos a los que el artículo 1.380 se está refiriendo. El término que el legislador emplea («disposición testamentaria»), permite entender que el testador pueda hacer estos actos dispositivos, tanto a título de legado, como a título de heredero, con lo cual el precepto estaría admitiendo, no sólo la hipótesis del legado de cosa ganancial, sino también la atribución del bien ganancial a título de heredero. De la Cámara al abordar esta cuestión en su estudio sobre el legado, distinguió el legado de cosa ganancial de aquellos otros supuestos en los que la atribución del bien se realiza por otra vía. Cámara englobó todos esos supuestos como casos incardinables en el ámbito jurídico de la partición verificada por el propio testador que previene el artículo 1.056.1.º del Código civil (81).

Este punto de vista nos parece correcto, pero en lo que no estamos de acuerdo con De la Cámara y tal parece que tampoco el legislador del 81, puesto que el tenor literal del artículo 1.380 permite aplicarlo a todas las disposiciones testamentarias sin distinción, es que deban tener consecuencias diversas el legado de cosa ganancial y el supuesto en que el testador a la hora de hacer su partición, incluya en ella y adjudique excepcionalmente a uno de sus herederos un bien ganancial.

De la Cámara, para estos casos de asignaciones por vía distinta del legado, distinguió según que, previa a la asignación del bien al heredero, se hubiesen señalado cuotas o que no se hubiesen fijado cuotas (82). Para el primer caso, el autor consideró que aun cuando el bien ganancial no se incluyese en la herencia del testador, el heredero beneficiario sí tendría derecho a la indemnización del valor (83); en cambio, para el caso de que no existiera previa determinación de cuotas, que además es el supuesto más frecuente en las particiones realizadas por el propio testador, De la Cámara negó al heredero el derecho a ser indemnizado (84). La razón de esta diferencia de trato reside en que el autor que comentamos consideró que en el caso de fijación de cuotas había que presumir que la voluntad del testador habría sido la de otorgar una indemnización al heredero si hubiese previsto que éste recibiría un valor inferior al de la cuota que le asignó (85); mientras que en el caso de partición sin fijación de cuotas no puede decirse, afirmaba De la Cámara, que el testador haya consi-

(81) CÁMARA, *cit.*, pp. 471 y 522.

(82) *Idem*, pp. 532 y ss.

(83) *Ibidem*, pp. 538.

(84) *Ibidem*, p. 542.

(85) *Idem*, p. 536.

derado las adjudicaciones por él hechas como simple medio de cubrir una cuota matemáticamente bien determinada con respecto a la herencia en su conjunto (86).

El argumento no nos parece suficiente para establecer un trato distinto entre las dos hipótesis, por las siguientes razones.

Cuando los herederos son instituidos directamente en bienes sin fijación previa de cuotas, no sólo podría hablarse de partición, sino también de instituciones de heredero *ex re certa*. Ciertamente que éstas plantean problemas en cuanto a su admisibilidad como tales instituciones de heredero en el Código civil, por enfrentarse con los artículos 660, 668 y, sobre todo, 768 (87). Esta cuestión ya ha sido objeto de atención con anterioridad en otro lugar de este trabajo al que nos remitimos (88). Baste con reiterar ahora que la corriente que siguen los autores más modernos, a la que nos adherimos, concede un mero valor interpretativo a los preceptos antes referidos, admitiendo como consecuencia la institución de heredero en cosa cierta y el legado de parte alícuota (89). Supuesta entonces la posibilidad en nuestro Derecho de las instituciones *ex re certa*, el problema está en distinguirlas del legado. Pues bien, en este aspecto, Vallet de Goytisoló, que se ha esforzado en demostrar la posibilidad de esta figura, entiende que estaremos ante una institución de heredero y no ante un legado, cuando los llamamientos en cosa cierta agoten el caudal, debiendo entenderse herederos universales, instituidos en proporción al valor de los bienes que, respectivamente, se les hayan asignado, considerando que el testador ha usado la facultad del artículo 1.056, párrafo 1.º (90), clara asimilación de la *instituta ex re certa* a la partición por el propio testador. En sentido parecido, De los Mozos, en el marco de la partición por el testador entiende que la diferencia entre señalar cuotas y señalar bienes determinados es más bien dialéctica que real (91); añadiendo a continuación que los herederos cuando hay señalamiento de cuotas, aunque realmente no lo sean, es como si hubiesen sido instituidos *ex re certa* (92). Si a esto añadimos

(86) *Ibidem*, p. 541.

(87) El art. 768, en tanto que dice: «El heredero instituido en cosa cierta y determinada será considerado como legatario», parece rechazar la institución de heredero «*ex re certa*».

(88) *Infra* p.

(89) *Vid. infra* p.

(90) VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, cit., p. 167.

(91) DE LOS MOZOS, *La partición de la herencia por el propio testador*, cit., p. 197.

(92) DE LOS MOZOS, cit., p. 198. En el mismo DE LA CÁMARA, en otro lugar de su trabajo realiza una afirmación similar, cuando dice «que la institución de heredero, para que verdaderamente lo sea, implica como regla general el llamamiento a todo el patrimonio o a una cuota del mismo, añadiendo a continuación que la institución «*ex re certa*», si es caso, sólo puede tener una manifestación excepcional a través, precisamente, de la partición testamentaria» (cit., p. 528, nota 103). Esta virtual

que en los casos en los que no haya señalamiento de cuotas, forzosamente hay que referirse al valor de cada lote para determinar la responsabilidad de cada heredero por las deudas, las diferencias entre que haya o no cuotas, se reducen al mínimo y, en consecuencia, no habrá argumento para conceder un trato distinto al heredero al que el testador le asigna un bien ganancial en uno y otro supuesto. En última instancia, y sin que ello signifique por nuestra parte negar la posibilidad en nuestro Derecho del heredero en cosa cierta, la asimilación del supuesto que contemplamos (testador que al hacer la partición de sus bienes propios incluya y adjudique uno ganancial) al del legado, está establecida en el propio Código (art. 768), precepto que bien podría servir de argumento para someterlos a un mismo tratamiento a los efectos que ahora nos ocupan.

En última instancia, una exégesis gramatical del artículo 1.380, conduce a la misma conclusión de que debe aplicarse a todas las disposiciones concretas de bienes gananciales sean o no legados. En efecto, si el legislador de la reforma hubiese querido limitarlos a éstos, habría utilizado el término legado en lugar de la expresión genérica de «disposición testamentaria». Este punto de vista no lo contradice el hecho de que en la última parte del precepto aparezca la expresión legado para referirse a la consecuencia que produce la disposición testamentaria del bien ganancial en el caso de que no se adjudique a la herencia del testador, cuando dice: «Se entenderá legado el valor», pues a parte de que no sería lo mismo que haber dicho «se entenderá que lo legado es el valor», el término legado también se utiliza para designar, en general, cualquier clase de atribución sucesoria, sea o no en puridad una manda en sentido estricto. Si el legislador hubiese querido que el precepto limitase su ámbito de aplicación exclusivamente a los legados, podría haberlo hecho fácilmente, refiriéndose desde el primero momento a los mismos.

b) *Los límites de eficacia de la facultad de disponer en concreto de bienes gananciales, en relación con el ámbito de la prohibición del artículo 1.379*

El artículo 1.380 plantea el problema de determinar el alcance de la facultad que concede, cuestión que está íntimamente relacionada con la determinación del ámbito de la prohibición contenida en el artículo 1.379 que, recordemos, quedó meramente planteada al estudiar este precepto. Lo que se diga sobre el artículo 1.380 condiciona enteramente el sentido del artículo 1.379, puesto que si este precepto,

asimilación de la institución de heredero en cosa cierta a la partición por el testador, implica una contradicción con la otra postura del autor, al señalar consecuencias distintas, según que haya o no fijación de cuotas.

como sabemos, prohíbe implícitamente las disposiciones concretas, sólo puede precisarse su alcance en función del artículo 1.380, que las admite. Se trata de determinar, por tanto, dónde acaba la posibilidad de disponer en concreto de bienes gananciales en base al artículo 1.380 o, lo que es igual, dónde comienza la prohibición del 1.379.

La facultad que establece el artículo 1.380 del Código civil, literalmente, se limita a un solo bien ganancial. En este marco, caben dos interpretaciones de la norma: la rígida, rigurosamente gramatical, según la cual no sería posible disponer en concreto de más de un bien o derecho de naturaleza ganancial, y la extensiva, que la ampliaría a plurales bienes. Veámos los posibles argumentos a favor y en contra de cada solución.

En favor de la interpretación restrictiva de la norma, militaría el argumento del carácter excepcional de la facultad concedida en el artículo 1.380, frente a la regla general prohibitiva, implícita en el precepto que le precede. Un planteamiento sistemático de las facultades de disposición *mortis causa* sobre bienes gananciales, según afirmábamos al inicio de este estudio, permite llegar a la conclusión de que en este tema, el artículo 1.379 es la regla general y el 1.380 la excepción. Resulta de lo más adecuado que, pese a la regla general, cada cónyuge pueda disponer la sucesión de algún bien ganancial que, por la razón que sea, tiene especial interés en que lo herede determinada persona. En función de lo dicho podría pensarse que el legislador, en el artículo 1.380, habría considerado adecuado hacer una especial concesión a cada cónyuge, que no debería trascender de su letra, pese a que no desconocemos que la hermenéutica normativa no impide la interpretación extensiva de las normas excepcionales, especiales o singulares, como es la del artículo 1.380.

En cuanto a la interpretación extensiva, hay que decir primeramente que en favor de ella se han pronunciado algunos autores. Albaladejo la admite (93) e, igualmente, Díez Picazo y Gullón, quienes afirman que aunque literalmente el artículo 1.380 se refiere en singular a un solo bien ganancial, nada impide ligar el precepto con plurales bienes que tengan ese carácter (94). Sin embargo, existen graves inconvenientes para admitir esta interpretación, que surgen, otra vez, al relacionar el artículo 1.380 con el 1.379. En efecto, se puede afirmar sin lugar a dudas que la prohibición implícita en el artículo 1.379, en virtud de la cual se prohíbe disponer en concreto de los bienes gananciales, no se limita al supuesto de que se disponga de la totalidad del caudal, pues si fuese así resultaría el absurdo de que el artícu-

(93) ALBALADEJO, *Curso...*, vol. IV, «Derecho de Familia», *cit.*, p. 185.

(94) DÍEZ PICAZO, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, *cit.*, p. 1766. DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, vol. IV, *cit.*, p. 253.

lo 1.380 admitiría realizar disposiciones concretas de todos los bienes gananciales, menos uno. En función de ello, el problema que plantearía el aceptar la interpretación extensiva del artículo 1.380 y admitir que se pueda disponer de diversos bienes gananciales, sería el de establecer los límites de estas disposiciones, para no entrar en la prohibición del artículo 1.379. Qué criterios serían los adecuados para fijar ese límite, sería otra cuestión nada fácil de resolver, por carecer de todo apoyo legal para ello. Por otro lado, en caso de litigio ante los Tribunales, suponiendo que se llegara a un criterio delimitador, surgiría otro inconveniente, a la hora de tener que elegir entre varias disposiciones concretas, cuáles habrían de mantenerse válidas y cuáles no. Habría que señalar otro criterio para efectuar esta elección. En definitiva, la interpretación extensiva del artículo 1.380 sumiría al precepto en la más absoluta incertidumbre, nada deseable en Derecho y mucho menos en materia sucesoria.

A tenor de lo expuesto, sin negar la corrección desde el punto de vista técnico a la interpretación extensiva del artículo 1.380, son mayores los inconvenientes que ofrece y parece preferible respetar la literalidad del artículo 1.380. En nuestra opinión, por tanto, la facultad del artículo 1.380 ha de considerarse limitada a un solo bien ganancial. Ahora bien, ello no quiere decir que no se pueda jugar con una amplia interpretación de la expresión bien, en el sentido de que puedan ser objeto de disposición universalidades de hecho o *universitas facti*, entendiendo por tal, siguiendo a Barbero, el conjunto de bienes que pese a poder ser objeto de negocios y relaciones separadas, constituyen una unidad lógica que puede ser objeto de un destino unitario (95). En la doctrina española, ha señalado Goma Salcedo que el concepto de *universitas* constituye un recurso técnico para expresar abreviadamente un conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas que tienen un nexo común que las hace fácilmente identificables (96). Para el caso que estamos estudiando, entendemos que podrían ser objeto de disposición *mortis causa* en el ámbito del artículo 1.380, un conjunto de bienes o derechos de naturaleza ganancial, siempre que guarden entre sí una cierta unidad económica, como podría ser, por ejemplo, una vivienda en la que se incluyeran como pertenencias, una colección de objetos muebles (sellos, cuadros, libros, monedas), una explotación agrícola compuesta incluso de diversas fincas con tal de que tenga una unidad económica, un rebaño, una empresa e, incluso, un paquete de acciones o derechos de una determinada sociedad. El mantenimiento de la cohesión de todas es-

(95) BARBERO, *Le universalità patrimoniale*, Giuffrè Ed., Milano, 1936.

(96) GOMA SALCEDO, *La universitas como posible objeto de Derecho*, Estudios de Derecho Privado coordinados por Martínez Radio, vol. I, EDERSA, Madrid, 1962, p. 302.

tas unidades patrimoniales y otras muchas que podrían pensarse, merecen la protección del ordenamiento jurídico. Será el Notario en su despacho y el Juez en el caso concreto los que tengan que valorar la existencia de esta unidad y aunque ello comportaría cierta dosis de inseguridad, siempre sería menor que la que provocaría una total interpretación extensiva del artículo 1.380. En favor de este punto de vista podría citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1973 (Aranz. 894), que versó sobre un caso de legado de cosa ganancial de una empresa comercial de juguetería, que fue considerado enteramente válido por nuestro más alto Tribunal.

c) *Consecuencias de la transgresión de los límites de eficacia de la disposición de bienes gananciales*

La consecuencia jurídica o sanción a aplicar cuando se trasgreden los límites de lo permitido por los artículos 1.379 y 1.380, no viene establecida en estos preceptos. Ambos constituyen, en este aspecto, disposiciones legales incompletas, que han de llenarse con otra u otras disposiciones. La determinación de la consecuencia jurídica a aplicar no ofrece duda alguna que, puesto que los artículos 1.379 y 1.380 son de carácter imperativo, habría de resolverse por remisión al artículo 6.3.º del Código civil, que, como se sabe, previene la nulidad radical y absoluta para todos aquellos actos que infringen normas imperativas y prohibitivas, cuando en ellas no se previene un efecto distinto para el caso de contravención, como también aquí ocurre. A parte de este precepto, ya de por sí suficiente, podrían traerse a colación, por vía analógica (97), los artículos 1.322.2.º y 1.378 del mismo Código, en tanto que previenen también la nulidad de los actos de disposición gratuitos sobre los bienes comunes realizados unilateralmente por uno de los cónyuges.

Pero sí conviene reflexionar, en cambio, sobre la aplicación práctica de la consecuencia anulatoria a las infracciones de los artículos 1.379 y 1.380. Veamos. La transgresión de los artículos 1.379 y 1.380 consistiría en efectuar más de una disposición concreta y la duda surgiría sobre si la nulidad tendría que afectar a todos los actos dispositivos realizados o sólo a aquellos que excedan del límite permitido. Para estudiar esta cuestión conviene distinguir, según que la transgresión del límite que permite el artículo 1.380 se haya llevado a efecto utilizando la vía del legado o que haya sido por vía particional.

(97) Se trataría de una aplicación analógica ya que si bien entre los supuestos de hecho de los arts. 1.322.2.º y 1.378, de un lado, y los de los arts. 1.379 y 1.380, de otro, existe cierta identidad por tratarse todos ellos de actos de disposición gratuitos de bienes comunes, no serían totalmente equiparables, pues mientras que aquéllos están pensados para los actos «inter vivos», estos otros lo están para los actos «mortis causa».

Comenzando por esta segunda posibilidad, la jurisprudencia anterior a la reforma (sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1959, 17 de mayo de 1974 y 3 de marzo de 1980, ya citadas en este trabajo), es contundente en el sentido de que la partición o adjudicación que afecta o recae sobre bienes gananciales, es nula radicalmente. En nuestra opinión, tal doctrina es también perfectamente mantenible en el seno de la regulación actual, porque la nulidad de la partición no afecta a la validez de la disposición y al mantenimiento del derecho a una cuota de la herencia de los nombrados, solución siempre preferible a la de mantener la validez de tal o cual adjudicación. Incluso el Tribunal Supremo también considera nula la partición en su totalidad, cuando el testador, a la hora de hacer la de sus propios bienes, incluya en ella y adjudique bienes gananciales, hipótesis que, además, es la más frecuente en la práctica. La razón es bien sencilla, en estos casos, como lo normal es que las adjudicaciones de los bienes se hayan realizado sin tener en cuenta su procedencia, al estar confundidos los gananciales y los privativos, no puede mantenerse la validez parcial de la partición en lo que respecta exclusivamente a estos últimos. En esencia, ésta fue la doctrina que mantuvo el Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de diciembre de 1959 (98).

Mas, si tratándose de particiones, lo adecuado es la nulidad total de la misma cuando vulnera el límite del artículo 1.380, si la vía utilizada ha sido la de los legados, el aplicar igual consecuencia tiene el inconveniente de que los legatarios, a diferencia de los herederos en el caso de la partición, perderían todos sus derechos. En pro de que la nulidad no alcance a todos los legados, podría argumentarse que al menos uno de ellos estaría dentro de lo permitido por el artículo 1.380. Pero no sería solución viable mantener la validez de uno de los legados y anular los restantes, pues el problema sería el elegir cuál y nunca existirían razones para que tal legatario resultara respetado en su derecho y sacrificados los restantes, salvo que el legislador hubiese previsto la elección entre uno u otro tipo de legado, de manera similar al orden de preferencia entre legados previsto en el artículo 887 del Código civil, para el caso de que los bienes de la herencia

(98) En la sentencia de 12 de diciembre de 1959, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de plantearse el problema de si podía mantenerse, en lo que concernía a los bienes propios del testador, tal como pedía una de las partes, la validez parcial de una partición en la que también se había dispuesto de los bienes gananciales. A ello respondió el Tribunal Supremo que, teniendo en cuenta que las adjudicaciones se habían realizado «...sin especificar sus distintas procedencias, ni diferenciar los lotes que a cada uno de los herederos formaba con los bienes de su exclusiva propiedad que hubiese permitido distinguir y separar la partición de cada una de las sucesiones...» (cdo. 1), «...la confusión de todos sin discriminación de cuál fuere la sucesión de que procedían, no siendo por ello viable el anular una parte de lo hecho, sin que llevase aparejada la nulidad de lo demás partido y adjudicado...» (cdo. 2).

no alcancen a cubrir todos. ¿Podría ser aplicable por analogía este precepto para determinar qué legado de bienes gananciales de entre varios podría mantenerse? La cuestión es más que dudosa, pues los supuestos no se asemejan en nada y a falta de una previsión legal en este aspecto la consecuencia ha de ser similar a la aplicable a la partición, es decir, la nulidad de todos los legados. A lo sumo, y aunque la hipótesis sea de laboratorio, si el beneficiario de los diversos bienes gananciales dispuestos por vía de legados es el mismo sujeto, entendemos que para éste solo caso podría respetarse la validez de uno de ellos, que habría de ser el de más valor, por resultar lo más acorde con la voluntad presunta del testador.

d) *Otros aspectos delimitadores del artículo 1.380*

Cuestión menor que plantea el artículo 1.380 es la de si sería posible legar sólo una parte de una cosa ganancial, lo cual, sin duda alguna, debe recibir una respuesta afirmativa, por aplicación de la regla lógica de que la norma que autoriza lo más autoriza implícitamente lo menos (99). En este supuesto de legado de parte, al igual que el caso normal, el legado habría de cumplirse *in natura* cuando la cosa se adjudique a la herencia del testador, en caso contrario entregarán el valor de esa parte. Tampoco habría inconveniente en considerar admitido por el artículo 1.380 la realización de dos o más legados, siempre que éstos recaigan sobre un único bien ganancial, como ocurriría en el caso de que se atribuya a dos o más personas diversas partes, indivisas o no, de un mismo bien.

En último lugar y también en orden a los límites de eficacia de la disposición, el artículo 1.380 no ha resuelto, a diferencia de otros Códigos, como el francés, el problema de los límites de eficacia del efecto novatorio del legado de cosa ganancial, en punto a lo cual se haya dividida la doctrina española posterior a la reforma. Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (100), seguidos por González Pacanowska (101), consideran, sin duda, inspirados en Cámara, que si la cosa legada excede del valor de la participación que al testador corresponde en el haber común, habrá de interpretarse que éste funciona como límite de eficacia de la liberalidad. González Pacanowska llega a afirmar, incluso, que si en la liquidación de la sociedad el testador no

(99) Vid. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *cit.*, p. 445, y BLANQUER UBEROS, *cit.*, p. 93.

(100) LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil*, IV, *cit.*, p. 462.

(101) GONZÁLEZ PACANOWSKA, sólo dice que «el límite económico de la disposición viene fijado por lo que, por todos los conceptos, corresponda al testador en la liquidación de la sociedad de gananciales en virtud de lo dispuesto en el art. 1.379» (*cit.*, p. 445). No acertamos a entender cuál es el sentido del art. 1.379 para poder extraer del mismo la limitación que afirma esta autora.

obtiene nada, el legado será ineficaz (102). El argumento que De la Cámara esgrimía antes de la reforma, para considerar este límite, era la aplicación por vía analógica del artículo 864 del Código civil, que se ocupa del legado de cosa en parte propia y en parte ajena, al supuesto del legado de cosa ganancial, precepto con arreglo al cual, entendía Cámara, no podría presumirse legado el exceso sobre la participación del testador en la comunidad de gananciales (103). Diversa opinión mantenía Cossío, que sólo entendía sometido esta clase de legado a los límites de las legítimas (104). Y en cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la reforma de 1981, como ha reconocido González Pacanowska (105), mantuvo el criterio de considerar sometido el legado de cosa ganancial exclusivamente a los límites del sistema legitimario (106).

En nuestra opinión, prescindiendo de que la adopción de la solución que se deriva del artículo 864 no estaría exenta de problemas, pues los supuestos no son equiparables en absoluto (107), actualmen-

(102) *Idem*, p. 447.

(103) DE LA CÁMARA, *cit.*, p. 505. Cabe añadir, que para este autor, el legado de cosa ganancial ha de interpretarse como un legado ordenado por el testador con cargo a su participación en el patrimonio común, funcionando esa participación, y no su supuesta participación en la cosa legada, como límite del legado (p. 506).

(104) COSSÍO, *Tratado...*, *cit.*, p. 205.

(105) GONZÁLEZ PACANOWSKA, *cit.*, p. 437.

(106) Así, en la sentencia de 10 de enero de 1934 (Ar. 35), frente a la argumentación de la recurrente que pretendía se considerase el legado de cosa ganancial, como legado de cosa común del art. 864 del Código civil para así considerarlo reducido a la mitad de su valor, lo cual rechazó el Tribunal Supremo, la sentencia, en el considerando 14, declaró la eficacia del legado con tal de que su valor cupiera dentro de la porción disponible. Igual doctrina reitera la sentencia de 2 de marzo de 1973 (Ar. 894), que en relación a un supuesto de legado de un negocio de juguetería de naturaleza ganancial, dijo textualmente en el considerando 7: «...la disposición testamentaria es válida, ello sin perjudicar los derechos legitimarios de los demás herederos, que han de quedar a salvo, materia que sólo podrá concretarse al practicar las operaciones particionales de ambos cónyuges dando lugar a que si la parte que conforme al testamento se atribuye a la recurrente excede de la que, conforme a la mencionada cláusula, lega y mejora, deba reducirse en la cuantía precisa para que queden a salvo los derechos legitimarios, de los herederos...»

(107) En primer lugar, no entendemos a adivinar cómo puede deducirse del art. 864 el límite de la participación en la comunidad de gananciales aplicable al supuesto de legado de cosa ganancial. El art. 864 está pensado para el legado de una cosa común y es muy difícil extrapolarlo a un supuesto de bienes gananciales, en el que lo común es un patrimonio. De cualquier manera, aplicar el art. 864 al supuesto del legado de cosa ganancial supondría que en todos los casos en los que el testador no declare expresamente su voluntad de legar la cosa por entero, quedaría a merced de los herederos la satisfacción del legatario, pues bastaría con no adjudicar a la herencia del testador toda la cosa para liberarse del pago de la parte que retribuye el valor. El Tribunal Supremo en la sentencia que acabamos de referir de 10 de enero de 1934, saliendo al paso de los intentos de asimilar el legado de cosa ganancial a diversos supuestos de legados tipificados en la normativa del Código, dijo en el considerando 14: «...los preceptos legales relativos a legados de cosa ajena, común o propia del legatario, no son definitivos si se aplican a cosas totalmente dominadas y poseídas por ambos cón-

te, no existen razones, como cuando el Código no regulaba el legado de cosa ganancial, para buscar una norma que cubra una laguna que ya no existe. La mayoría de los autores españoles, o no establecen límite especial alguno o, como expresamente señala De los Mozos, la eficacia del legado no tiene otro límite que el del artículo 817 en materia de legítimas (108). Tal criterio es el que concuerda considerando el artículo 1.380 en conexión con el Derecho sucesorio, al que materialmente pertenece. En este ámbito, puesto que el precepto no señala límite alguno cuando establece la consecuencia de considerar legado el valor de la cosa, tal silencio significa que procede la aplicación de las reglas generales de la materia sucesoria (109). Este punto de vista significaría, que aun excediendo el valor de la cosa legada del que posea la parte que el testador tenga en la comunidad, sería válido y los herederos tendrían que entregar todo su valor, en tanto no mengüe la legítima de los herederos forzosos.

3. Hipótesis especiales de legado de cosa ganancial

a) *Legado a favor del otro cónyuge*

El artículo 1.380 no establece efectos diferentes de la disposición testamentaria, en función de la persona del beneficiario. Para el Código francés, cuyo artículo 1.423 regula similarmente este aspecto, Laurent nos decía, citando al efecto jurisprudencia francesa, que la ley otorga el poder de disponer sin distinguir al perfil de quien se dispone (110). Este punto de vista sería aplicación de la máxima jurídica tan conocida, de que cuando la ley no distingue, no se debe distinguir.

Sin embargo, De la Cámara, con anterioridad a la reforma, sostuvo una interesante fórmula para el supuesto de que el legatario fuese el otro cónyuge, que no ha sido acogido por el legislador de 1981. Cámara, apoyándose en el artículo 878 del Código civil, consideró que, salvo que el testador precisara cómo había de computarse

yuges, ni los razonamientos que partan de una confusión entre cuotas de copropiedad y cuotas de distribución servirán para decidir si en el momento de la muerte de uno de los cónyuges, el dominio de bienes gananciales determinados corresponde al marido o la mujer...». En definitiva, viene a decir la sentencia que el legado de cosa ganancial requiere una solución específica y singular, como singular es la comunidad de bienes entre marido y mujer.

(108) DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones...*, cit., p. 373.

(109) Igual solución adopta también el Código francés, que de una manera expresa determina que el legado de cosa ganancial debe pagarse también con cargo a los bienes privativos del testador, estableciendo al respecto en su art. 1.423.2.º, que «...si el efecto no recae en el lote de estos herederos (los del testador), el legatario tiene la recompensa del valor total del efecto legado, sobre la parte de los herederos del marido en la comunidad y sobre los bienes personales de este último».

(110) LAURENT, *Principes...*, cit., p. 45.

este legado, debía entenderse que no había querido legar toda la cosa con cargo a su participación en el patrimonio común (111). De acuerdo con este punto de vista, el ilustre jurista proponía que antes de la división de la comunidad habría de adjudicarse directamente el efecto legado al cónyuge legatario, procediendo a continuación con el resto a partirse entre los herederos del testador y el cónyuge supérstite (112). Es claro, por tanto, que con este planteamiento, el legado resultaría ser de la mitad de la cosa. Para el caso extremo de que el cónyuge legatario absorbiera por derecho propio todo el patrimonio común incluyendo el bien legado, a juicio de Cámara, el legado quedaría sin efecto (113).

Tras la reforma, el criterio de Cámara no parece haber tenido eco en la doctrina. González Pacanowska, al estudiar el legado de un cónyuge en favor del otro, lo considera sometido a al mismo límite que, con carácter general, rige para todo legado de cosa ganancial y que, a juicio de esta autora, como ya hemos expuesto, no puede exceder de la participación que corresponda al testador en el caudal común. De acuerdo con ello, según esta autora, el bien habrá de adjudicarse al caudal del testador y, si no se consigue, se entregará al cónyuge legatario el valor, pero siempre con el límite referido (114).

En nuestra opinión, aun reconociendo el valor argumentativo y la finalidad que Cámara perseguía de hacer menos gravoso a los herederos el legado de un cónyuge a favor del otro, actualmente, el artículo 1.380 debe aplicarse en sus propios términos cualquiera que sea el beneficiario. Por tanto, en el caso de que en la división de la comunidad se adjudique al cónyuge sobreviviente el bien legado, los herederos tendrán que entregarle el valor total del bien, independientemente de que el testador tenga o no participación en el caudal y cualquiera que sea su valor, siempre, claro está, que el legado no perjudique la legítima de los herederos forzosos (115).

b) *Hipótesis anómalas de pervivencia u ordenación del legado después de estinguida la comunidad*

Los supuestos que bajo este enunciado pueden imaginarse son dos: 1) extinción y liquidación de la comunidad de gananciales y no revocación del testamento anterior en el que el cónyuge ordenaba el lega-

(111) CÁMARA, *cit.*, p. 511.

(112) *Idem.*, p. 512.

(113) *Ibidem.*

(114) GONZÁLEZ PACANOWSKA, *cit.*, p. 449.

(115) Igual solución a la aquí propuesta y en idéntico caso de legado de cosa ganancial de un cónyuge a favor del otro, adoptó el Tribunal Supremo en la sentencia, ya referida, de 10 de enero de 1934 en la que como sabemos declaró la validez total del mismo a cargo de los bienes del testador cualquiera que fuese la procedencia de los mismos, siempre que el valor de la cosa legada quepa dentro de la porción disponible.

do, y 2) ordenación de un legado después de extinguida la comunidad, pero continuando indivisa y no liquidada la masa común.

Respecto al primero de ellos, de acuerdo con la doctrina mayoritaria (116), es claro que después de extinguida la comunidad, cualquiera que sea su causa, y adjudicados los bienes a cada uno de los cónyuges o a sus herederos, el legado ordenado anteriormente recaerá ya sobre bienes sustraídos al especial régimen a que están sometidos los gananciales, es decir, serán propios del cónyuge testador o ajenos y, como tales, no estarán sometidos al juego de la regla que rige para el legado de bienes gananciales (art. 1.380), quedando enteramente sometido a las normas generales en materia de legados. Con arreglo a éstas, si la cosa es propia del disponente, valdrá enteramente el legado. Si la cosa es ajena entrarían en aplicación los artículos 861 y 862, supuesto para el cual, Cámara y tras él González Pacanowska, mantienen que como la cosa no era ajena cuando se hizo el legado, no puede ser eficaz porque el artículo 861 exige para la validez del legado de cosa ajena, que el testador supiese al legarla que lo era (117). En efecto, desde nuestro punto de vista, el artículo 861 es terminante en cuanto al conocimiento de la ajeneidad de la cosa al tiempo en que se hizo el legado, y como en ese tiempo la cosa era ganancial o, lo que es lo mismo, se ignoraba su ajeneidad, falta el presupuesto para la aplicabilidad de la norma y el legado será ineficaz. Por último, si la cosa resultó sólo en parte propia del cónyuge testador, vale el legado por esa parte, mientras que por la parte ajena sería ineficaz por la razón anterior.

En lo que atañe al segundo de los supuestos antes mencionado, se trata en realidad de un legado impuesto sobre los bienes de la comunidad no liquidada, hipótesis que, como señala González Pacanowska, es necesario plantearse ante lo frecuente que es que permanezca la indivisión de la comunidad postmatrimonial entre los herederos y el cónyuge viudo (118). En Francia, ya Laurent se planteó el problema en el siglo pasado, estimando, que puesto que el artículo 1.423 del Código civil francés (homólogo de nuestro art. 1.380), era un precepto excepcional, no admitiría ser objeto de interpretación extensiva a la hipótesis de legado realizado después de que la comunidad se disolviese; el supuesto, según Laurent, entraría en el campo del Derecho común (119). Actualmente, el tema es objeto de opinión

(116) En sentido contrario, GIMÉNEZ DUART (*La gestión...*, *cit.*, pp. 580 y 581), que a pesar de reconocer que el art. 1.380 está pensado para el supuesto de premoriencia del testador, considera conveniente sustentar un criterio homogéneo y aplicarlo también a la hipótesis de supervivencia del testador a la liquidación.

(117) CÁMARA, *cit.*, p. 509. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *cit.*, pp. 453 y 454.

(118) GONZÁLEZ PACANOWSKA, *cit.*, p. 454.

(119) LAURENT, *Principes...*, *cit.*, p. 46. Con arreglo al Derecho común, la disposición sería válida o nula, respectivamente, según que la cosa se adjudicara al lote de los herederos del testador o al del otro cónyuge.

nes encontradas entre los autores franceses (120). En la doctrina española, mientras que Díez Picazo y González Pacanowska (121) se manifiestan partidarios de considerarlo sometido a las mismas reglas del legado de cosa ganancial, Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, sin argumentar su postura, ni decir cuál habría de ser su solución, se oponen a someter este supuesto al artículo 1.380 (122). Por último, es de hacer notar la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1973, que en un caso igual al aquí contemplado de legado de un bien perteneciente a la comunidad postmatrimonial, declaró su validez y lo consideró un caso de legado de cosa común ex artículo 864, que había de entenderse extensivo a la totalidad de la cosa, según dedujo de los términos del testamento, y sin más límites que los derechos legitimarios de los demás hijos. El Tribunal Supremo, por tanto, dio al caso una solución igual a la que recibiría hoy de aplicar el actual artículo 1.380.

En nuestra opinión, siguiendo el criterio con el que iniciábamos el estudio del artículo 1.380, de que la consecuencia de considerar legada toda la cosa o su total valor, responde a la voluntad presunta del disponente, si ello es así cuando el otro cónyuge vive y va a distraer su parte haciendo más gravosa la satisfacción del legado por los herederos del premuerto, en el supuesto de indivisión entre el testador y sus herederos, se puede presumir con mayor razón que el testador quería legar toda la cosa o su total valor. Es de hacer notar, por último, que la solución expuesta habría que aplicarse tanto si el testamento en que se ordenó el legado se hizo con posterioridad a la muerte del otro cónyuge, cuando ya había surgido la indivisión, como en el caso de que el legado hubiese sido ordenado en testamento llevado a cabo antes de morir el otro cónyuge, siempre, claro está, que la indivisión de la masa persistiera en el momento de fallecer el cónyuge testador y que no hubiese revocado el testamento.

c) *Legado ordenado por ambos cónyuges*

En el caso de que ambos cónyuges quieran que determinado bien del caudal ganancial sea atribuido a una persona determinada, en principio, con independencia de otras posibles soluciones sugeridas por la doctrina para alcanzar ese propósito, la vía más normal parece que sería la que ofrece el artículo 1.380, es decir, que cada uno de

(120) *Vid.*, para un resumen de las mismas, MARTY y RAYNAUD, *Droit Civil*, en «Les régimes matrimoniaux», 2.^a ed., SIREY, París, 1986, pp. 197 y 198.

(121) DÍEZ PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, T. III, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1976, p. 484. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *El legado de cosa ajena*, *cit.*, p. 456.

(122) LACRUZ-SANCHO, *Elementos...*, IV, *cit.*, p. 463.

ellos en su respectivo testamento legara o dispusiera del bien en concreto. Sin embargo, la ordenación por cada cónyuge del mismo legado a favor de la misma persona, debido a las consecuencias que el artículo 1.380 establece, conduciría, en ocasiones, a un resultado práctico que no creemos esté de acuerdo con lo querido por los cónyuges. La cuestión es la siguiente: como el artículo 1.380 previene la eficacia del legado en todo caso, se adjudique o no la cosa al caudal del testador, ocurrirá que habiendo recibido el legatario el bien *in natura* en el testamento del cónyuge que primero fallezca, también en el del segundo recibirá el total valor o, viceversa, lo cual parece desorbitado. Este resultado se produciría, no sólo en el caso de que el segundo fallezca sin haberse dividido la comunidad postmatrimonial, supuesto que, según hemos dicho antes, debe regirse igualmente por el artículo 1.380, sino también en el supuesto de que se haya liquidado la comunidad postmatrimonial y hubiese resultado atribuido al cónyuge sobreviviente el bien que fue legado por el primero. En estos casos, si los cónyuges quieren evitar ese resultado, como será lo más normal, y partiendo de la base de que deseen que sus testamentos se lleven a cabo coordinadamente, pues si los realizan independientemente no podría impedirse, habría que introducir un correctivo en cada uno de ellos, en el que se previera, «que caso de sobrevivir al otro consorte quede sin efecto el legado que se ordene, siempre que el legatario hubiese ya recibido el bien en la sucesión del otro cónyuge y si sólo lo hubiese recibido en parte, dejarlo sin efecto en la parte ya recibida». Pero la inclusión de esta cláusula no impediría que el legatario que hubiese recibido parte del bien en la sucesión del primer fallecido y parte en la del segundo, también resultara beneficiado en exceso, pues por efecto de la sucesión del cónyuge que haya premuerto, habría recibido el valor de la parte del bien no adjudicada a la herencia del mismo. Lo mismo ocurriría, en el caso de que el bien no hubiese sido adjudicado a la herencia del premuerto, ya que habría recibido por efecto de ésta su total valor. Para estos dos casos podría añadirse una cláusula en los dos testamentos que previera que, «caso de premoriencia del testador, si el legatario no recibiese el bien *in natura* o lo recibiera en parte, tenga que devolver la cantidad recibida en concepto de pago del valor del bien o de la parte no adjudicadas, en tanto que reciba posteriormente el bien o la parte que reste por efecto de la sucesión de su consorte». El añadido de esta cláusula comportaría además un importante estímulo para que los herederos entreguen el legado *in natura*, ya que si en la sucesión del segundo de los progenitores fallecido, no entregan el bien o la parte que reste al legatario, resultarán perjudicados, pues no tendrán derecho a la devolución por el legatario del valor que recibió en la herencia del primero.

Como conclusión a lo expuesto, podemos afirmar que la previsión de estas cautelas en los testamentos de los dos cónyuges, permiten

un juego más que satisfactorio del legado de cosa ganancial ordenado por ambos, incluso mayor, a nuestro juicio, que el ordenado por uno de ellos solamente.

Pero, con independencia de la vía que ofrece el artículo 1.380, ya advertíamos al inicio de este epígrafe, que para el común propósito de los cónyuges de querer atribuir a determinada persona un bien del caudal ganancial se ofrecen otras soluciones distintas. Cámara propuso dos alternativas. Una primera, según la cual podría convenirse la adjudicación en su día de la cosa legada al cónyuge que fallezca primero, ordenando en su testamento el legado cada uno de los testadores y condicionando su vigencia a que no haya tenido eficacia el establecido por el otro y, una segunda, por virtud de la cual la división del objeto legado se haría por mitad entre ellos, ordenando separadamente con su mitad respectiva un legado, a favor de distintos legatarios o del mismo (123).

Las soluciones que arbitra Cámara parten de un previo acuerdo de adjudicación del bien a uno o a ambos cónyuges, sobre cuya validez, actualmente, no cabe dudar a tenor del artículo 1.323 del Código civil y también, en razón a que por suponer una parcial disolución de la comunidad de gananciales, habría de reputarse válida al estar permitida la disolución total mediante convenio (art. 1.392.4.º del Cc). La validez de estos convenios no tendrían más límites que el de respetar los derechos de los acreedores de la comunidad y que, caso de que se adjudique a uno sólo de los cónyuges el bien legado, haya bienes suficientes en el caudal común para cubrir la parte del otro, siempre que éste tenga herederos forzosos, que pueden ser distintos de los del otro cónyuge. Sobre la base de estos convenios, el legado que ordene cada cónyuge recaerá, en el momento de tener eficacia, sobre un bien que ha dejado de ser ganancial y que estaría fuera de la regla contenida en el artículo 1.380. El único inconveniente de lo que propone Cámara no es más que la necesidad de ese adicional documento en el que se convenga la adjudicación del bien (disolución parcial de la comunidad), que habrá de ser forzosamente en escritura pública, dado su carácter capitular (art. 1.327).

d) *Legado o atribución de cosa ganancial en pago de la legítima*

El legado o atribución de una cosa ganancial a un legitimario en pago de la porción que en concepto de tal le corresponde, puede plantear problemas sobre los que conviene reflexionar. En la práctica, además, lo más frecuente es que el testador que asigna un bien ganancial, lo haga, precisamente, a un legitimario. El problema surgirá

(123) CÁMARA, *cit.*, pp. 516 y 517.

en el caso de que al hacer la partición del haber ganancial, la cosa legada no se adjudique al lote del testador. Como en ese caso el legado se transforma en el pago del valor, resultará que el legitimario no recibiría bienes del caudal relicto, a los que tiene derecho, con graves repercusiones sobre la eficacia de todo lo dispuesto por el causante.

Pero antes de entrar en la patología que el supuesto planteado origina, conviene precisar, en primer lugar, que la posibilidad de satisfacer la legítima mediante legado es indiscutible, pues frente al Derecho histórico español, que sólo admitía, bajo sanción de nulidad del testamento, la atribución de la legítima en calidad de heredero (124), el Código civil consiente, según se desprende implícitamente del artículo 815, que se atribuya por cualquier título, ya sea legado o ya sea donación *inter vivos*. Mas, si sobre la validez de un testamento en el que un legitimario o los legitimarios no son instituidos herederos, no discrepan los autores, se ha mantenido por algún sector minoritario, cuyo máximo defensor es Ortega Pardo, que el legitimario es siempre heredero, con independencia de que el testador le atribuya esa condición (125). Consecuentemente, le corresponderán, según este autor, todos los derechos y obligaciones de éstos (126). Es decir, de aceptar este punto de vista que, desde luego, no compartimos, el título por el que atribuya el testador bienes o cuotas a los legitimarios, resultaría irrelevante y nunca les serían aplicables las especialidades que rigen para los legatarios, por mucho que el testador lo pretenda. Pero la cuestión está inequívocamente resuelta por la doctrina mayoritaria desde que se promulgó el Código, en el otro sentido, de admitir que el legitimario pueda ser legatario con todos sus consecuencias, si el testador así lo quiere (127).

Sentado lo anterior, el problema que nos compete es el de resolver la anomalía que se produce cuando el testador, en pago de la legiti-

(124) Teniendo su antecedente en la «Novela» 115 de Justiniano, la «Partida» 6, 8, 5, recogió la exigencia de que la legítima se dejara a título de heredero: «El padre, haciendo testamento dejar a su hijo su parte de legítima como heredero, si aquella parte la dexasse en el testamento, non como a heredero, mas como en razón de manda, estonces podría quebrantar el testamento.»

(125) ORTEGA PARDO, *El legado en lugar de la legítima*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1945, p. 130, se apoya fundamentalmente en la dicción del propio Código, que en varios preceptos, como es sabido, denomina a los legitimarios «herederos forzosos».

(126) *Idem*, p. 131.

(127) Hay práctica unanimidad en la doctrina en el sentido de que la legítima puede atribuirse por cualquier título: VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama...*, 1, *cit.*, p. 458, que incluye, como es habitual en este estudioso, un amplio estudio de la perspectiva histórica del tema y los antecedentes que inspiraron al legislador del Código para derogar, según palabras del propio Vallet, el deber de instituir herederos a descendientes o ascendientes legitimarios (*vid.*, pp. 455-461). En el mismo sentido, ALBALADEJO, *Curso...*, V, *cit.*, p. 380; LACRUZ BERDEJO y SANCHO, *Elementos...*, V, *cit.*, pp. 428 y 429, y Díez Pícazo y Gullón, *Sistema...*, IV, *cit.*, p. 571.

ma, atribuye un bien ganancial que resulta no ser adjudicado a la herencia del mismo. Su transformación en el valor, produce, como ya puso de relieve Cámara, «una vulneración del deber de pagar la legítima en cuerpos hereditarios» (128) o, lo que es lo mismo, una infracción de la llamada regla de la intangibilidad cualitativa de la legítima, que subsiste en nuestro Código a pesar de las importantes excepciones que tiene, sobre todo después de la reforma de 1981 (129). Ahora bien, como según se ha visto antes, la atribución del bien ganancial «pro legítima», se puede hacer tanto por vía de legado, como también a título de heredero por el cauce de la partición practicada por el propio testador, se impone, puesto que son distintas sus consecuencias, el estudio separado de cada hipótesis.

Comenzando por el caso del legado, Cámara consideró que para salvaguardar el derecho del legitimario-legatario, éste podría pretender que se le pague el valor de la cosa legada en bienes de la herencia (130). La solución que el ilustre Notario da al supuesto, se asemeja a la que Albaladejo (131), Lacruz y Sancho (132) y Vallet de Goytisoló (133), brindan, en general, para los supuestos en los que el testador señala un contenido inadecuado para satisfacer la legítima (134), de entre los cuales interesa destacar el caso en el que la legítima se ordena que se pague en cosa no hereditaria, que es, en definitiva, lo que viene a ocurrir en el legado de cosa ganancial cuando ésta no se atribuya a la herencia del testador. La solución que los autores últimamente citados arbitran para estos casos es considerar que el legitimario-legatario puede optar, entre aceptar lo que el causante le dejó, que en nuestro caso sería el pago del valor de la cosa ganancial, o reclamar el pago en bienes del caudal, de lo que por legítima le correspondería pura y simplemente (135). Lo que no podría hacer, según esta opinión a la que nos adherimos, es reclamar el pago en bienes por un valor que exceda de la porción de legítima que le corresponde, bajo pretexto de que la cosa ganancial legada

(128) CÁMARA ALVAREZ, *cit.*, p. 514.

(129) A las ya tradicionales excepciones a esta regla existentes en los arts. 821, 822, 829, 839 y 1.056.2.º, hay que añadir la mucho más amplia que ha consagrado el legislador de 1981, en los arts. 841 a 847.

(130) *Op. cit. y loc. cit.*

(131) *Op. cit.*, p. 382.

(132) *Op. cit.*, pp. 429, 493 y 494.

(133) *Op. cit.*, p. 636.

(134) Como casos en los que el testador señala un contenido inadecuado para satisfacer la legítima, VALLET DE GOYTISOLO (*op. cit. y loc. cit.*) enumera los siguientes: en cosa perteneciente al heredero; en cosa ajena; en derechos por él creados sobre la herencia o bienes de ésta, como, por ejemplo, en el usufructo de una cuota o de bienes determinados; en dinero no hereditario, fuera de los supuestos en los cuales el Código civil lo autoriza como medio de satisfacerla.

(135) ALBALADEJO, *cit.*, p. 382. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama...*, I, *cit.*, p. 636. LACRUZ BERDEJO y SANCHO, *cit.*, pp. 493 y 494.

tiene un mayor valor que aquella porción. He aquí la diferencia de esta postura con la que sustenta Cámara. Como dicen Lacruz y Sanchó, si opta por su legítima ha de abstenerse de recibir las atribuciones testamentarias que infringen cualitativamente dicha legítima (136). Desde nuestro punto de vista, a ello añadiríamos que, más que una opción, jurídicamente hablando, lo que en realidad puede hacer el legitimario en el caso del legado de cosa ganancial que no resulta atribuido *in natura*, es repudiar el legado y si lo rechaza, nada podrá pedir por este concepto. En cambio, como bien dice Vallet, sí podría, en el caso de que acepte el legado «pro legítima», reclamar el suplemento, si cuantitativamente hubiese lugar a él (137).

Naturalmente, la posibilidad expuesta de rechazar el legado y reclamar la legítima en bienes de la herencia, nunca podría tener efectividad, cuando el testador haya usado alguna de las facultades que el Código le ofrece, de ordenar que el pago de la legítima se realice en dinero no hereditario. Si el testador, aparte del legado de cosa ganancial ordenado a favor de un legitimario, ha hecho uso también de la facultad del artículo 1.056.2.º o de la que disponen los artículos 841 y siguientes, resultará que el legitimario-legatario que no recibía la cosa ganancial *in natura*, no podrá pretender el pago en bienes hereditarios.

Hasta aquí el caso en el que la atribución «pro legítima» del bien ganancial se realiza por vía de legado. En lo que respecta al otro supuesto de atribución por acto particional realizado por el propio testador, presupuesto igualmente que el bien ganancial no sea adjudicado a la herencia del testador, la solución, evidentemente, no puede ser como en el legado, la de repudiar. Perdería todo derecho sobre la herencia, ya que renunciaría a su condición de heredero, que presupone toda atribución particional. Tampoco consiste en un problema de índole cuantitativo, cuya solución fuese el ejercicio de la acción de suplemento de legítima o de reducción de legados o donaciones inoficiosas, pues no se trata de completar una atribución insuficiente, que es el presupuesto para el suplemento en el artículo 815 del Código civil, sino de absoluta falta de legítima por inadecuación del bien atribuido. Pero ello no quiere decir tampoco que sea un caso de preterición del artículo 814, porque el legitimario ha sido instituido heredero en el testamento en el que necesariamente ha de apoyarse la partición. La anomalía se produce en la partición y en esa sede material ha de resolverse.

Colocado el problema en el ámbito exclusivamente particional, en nuestra opinión, también hay que excluir que se trate de un caso

(136) *Op. cit. y loc. cit.*

(137) *Op. cit. y loc. cit.* Aun así, el testador podría evitar la reclamación de ese exceso, poniendo una cautela sociniana.

de rescisión de la partición del artículo 1.075. Entendemos que la rescisión de la partición trata de corregir una insuficiencia provocada en la valoración de los bienes que componen el lote del perjudicado, pero que resulta inadecuada cuando hay una falta absoluta de bienes, cual es nuestro caso. Lo prueba el hecho de que el heredero perjudicado que ejercita la acción carezca del derecho de pedir que se le satisfaga lo que falta en bienes del caudal y, por el contrario, esté a merced del heredero demandado consentir una nueva partición que remedie la lesión o, simplemente, indemnizarle el perjuicio. Por otro lado, y como consecuencia de lo dicho, el aplicar al caso que nos ocupa la acción de rescisión, provocaría dejar al arbitrio del heredero el total pago de la legítima en metálico o en bienes del caudal, lo cual es inadmisibles sin necesidad de mayor consideración. En última instancia, si aplicamos en este caso la rescisión por lesión, el legitimario resultaría de peor condición que si se le atribuyese como legatario, pues mientras que para éste hemos dicho que podrá exigir el pago de su legítima en bienes del caudal, en este otro caso, pese a haber sido instituido heredero por el testador y, por tanto, existiendo más motivos para presumir un mejor trato, no tendría derecho a exigir el pago de su legítima en bienes del as hereditario. Se impone, por tanto, buscar un remedio distinto a la rescisión.

Albaladejo, refiriéndose a la misma hipótesis de la que nos venimos ocupando, dice que en el caso de que el testador haya «incluido en el lote de cualquier heredero algún bien que no es del difunto, por ejemplo, dice el autor, uno ganancial, no impide que haya verdadera partición y a la vista del espíritu de nuestra ley, de conservar la partición mientras que sea posible, creo, termina Albaladejo, que no debe dar lugar sino a corregirla en lo que proceda, manteniendo el resto (138). Desde otro punto de vista, también podemos llegar a la misma solución que propugna Albaladejo. Si tenemos en cuenta que la situación material que se origina en el caso que nos ocupa, es que el causante ha atribuido al legitimario un bien que no existe en su sucesión, en sede de partición, esta situación es enteramente semejante a la que se produce cuando después de hacer la partición el testador ha enajenado algún o algunos de los bienes que conformaban el lote de un partícipe. Esta hipótesis, aunque el Código no la prevee, si ha merecido la consideración de la doctrina y además en relación con el supuesto de partición que a nosotros nos interesa, que es la verificada por el propio testador. Sánchez Román ya apuntó la conveniencia de limitarse, en caso de enajenaciones de los bienes, a modificar o adicionar la partición antes que anularla, apoyándose en los artículos 1.079 y 1.080 (139), pronunciándose en idénticos tér-

(138) ALBALADEJO, *Curso...*, cit., pp. 136 y 137.

(139) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, cit., p. 1991, refiriéndose en concreto a la partición realizada por el propio testador, decía que en las alteraciones o

minos Clemente de Diego (140). Roca Sastre considera que «aunque alguna de las personas que hubieren entrado en la partición se hubiese quedado sin bien alguno de los comprendidos en su lote, por efecto de los actos de disposición del causante, no será nula tal partición; igualmente, cuando ésta se hubiese hecho con preterición de algún heredero» (141). Como se observa, Roca, cuya opinión ha sido posteriormente secundada por De los Mozos (142), asimilan el supuesto de enajenación al de preterición en la partición, al que se refiere el artículo 1.080 que, naturalmente, nada tiene que ver con la preterición del heredero forzoso del artículo 814. Ciertamente, a los efectos, es lo mismo no adjudicar ningún bien en la partición al heredero previamente nombrado al no incluirlo en la misma (preterición participacional), que atribuirle bienes que no existen en el caudal.

Pues bien, este artículo 1.080, resuelve el problema de la preterición de algún heredero en la partición verificada por los propios interesados, ordenando que éstos paguen al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda, pero sin que ello dé lugar a la rescisión, como el mismo precepto establece, salvo que haya existido mala fe. Como el pago al que el precepto alude se entiende referido a bienes de la herencia (143), la partición, por tanto, en el caso de preterición, ni se anula ni se rescinde, sólo habrá lugar a modificarla en lo necesario para entregar al heredero bienes de la herencia suficientes para cubrir la cuota que el testador le atribuyera. Si esto es así en el caso de la partición verificada por los interesados, con mayor razón habrá de aplicarse igual consecuencia si la partición la ha practicado el propio testador. Con ello llegamos, por otro camino, a la misma conclusión que Albaladejo, en relación al supuesto que estudiamos de atribución de bien ganancial «por legítima» en la partición verificada por el testador.

Hay que advertir, por último, que la modificación de la partición que proponemos en este caso por aplicación del artículo 1.080, siguiendo al Profesor Albaladejo, requerirá el consentimiento de todos

enajenaciones de los bienes, «habrá de tenerse como criterio preferente, antes que anular la partición, mientras sea posible, limitarse a modificarla o añadirla en lo que fuere preciso, sin rescindirla, pues aunque el Código no provea a este supuesto, continúa este autor, ése es también su criterio para las particiones en general según los arts. 1.079 y 1.080.»

(140) CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, cit., p. 446.

(141) ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, cit., p. 383.

(142) MOZOS, *La partición de la herencia por el propio testador*, cit., p. 229.

(143) VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil*, V, cit., p. 608, dice en relación al art. 1.080 del Código civil, que la palabra pago debe entenderse, «no en su sentido vulgar, sino en el jurídico, es decir, no en pagarle en metálico solamente, sino satisfaciendo su haber según las reglas legales de la liquidación, esto es, en cosas bienes y valores de la herencia, de la misma especie y calidad de los demás, de conformidad a los arts. 1.061 y concordantes». En el mismo sentido, ALBALADEJO, cit., p. 180.

los partícipes, incluyendo el perjudicado (144). Con ello resulta, dice Albaladejo, que el sistema montado por el artículo 1.080, da como solo fruto el permitir a cualquiera de los que partieron exigir el mantenimiento de lo que se hizo, sin tener que soportar que cuando se incorpora el omitido, alguno pretenda hacer una nueva distribución de la herencia (145).

De lo que acabamos de exponer se extrae la diferencia más notable que existiría entre que la atribución del bien ganancial se realice por vía particional y a título de heredero, o que se realice a título de legatario. Mientras que el heredero, como participe en la modificación, concurre y presta su consentimiento al lote de bienes del caudal que los herederos pretendan entregarle en pago de su porción, el que sólo es legatario no participa y ha de conformarse con lo que le ofrezcan los herederos, sin poder exigir más que su pertenencia al caudal del testador. En cambio, sí resultan equiparados el heredero y el legatario, en lo que respecta al derecho a participar en la división del haber ganancial.

(144) *Idem.*

(145) *Ibidem.*

Las garantías mobiliarias

(Fundamentos del Derecho de Garantías Mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de América)

Por LUIS ROJO AJURIA

Profesor titular de Derecho civil de la Universidad de Cantabria

SUMARIO: Introducción.—I. Las garantías mobiliarias en el Derecho comparado.—II. Las garantías mobiliarias en el Derecho español.—III. El artículo 9 del Uniform Commercial Code como Ley General de las Garantías Mobiliarias.—IV. Elementos para el estudio de las garantías mobiliarias.—1. *Los principios básicos de política jurídica adoptados por el ordenamiento.*—2. *Cuestiones de técnica jurídica.*—3. *Formalismo y publicidad.*—V. La generalización de la garantía mobiliaria.—VI. La superación del formalismo.—VII. El derecho de garantía y el derecho de propiedad.—VIII. Tipicidad de derechos, libertad contractual y garantías mobiliarias.—1. *Tipicidad y contenido de los derechos de garantía.*—2. *El ejemplo de la venta en garantía.*—3. *Derecho de garantía y privilegios.*—4. *Garantías mobiliarias y política legislativa.*—IX. El contrato y el derecho de garantía.—X. Los derechos de los terceros. La reipersecutoriedad.—XI. La subrogación real en la garantía mobiliaria.—XII. La garantía flotante y la garantía del dinero de compra.—XIII. La inscripción registral.—XIV. La publicidad de las garantías mobiliarias.—1. *La publicidad mobiliaria.*—2. *Información y publicidad en las garantías mobiliarias.*—Conclusiones.

INTRODUCCION

El análisis del Derecho de Garantías Mobiliarias en las actuales sociedades industrializadas, basadas en el capitalismo financiero, se revela tan complejo como interesante. El objetivo del presente trabajo es plantear los fundamentos y principios básicos de este sector del ordenamiento jurídico, sacrificando un mayor desarrollo de las cuestiones abordadas o el tratamiento específico de problemas concretos. El método elegido, entre otros posibles, es un estudio comparativo, poniendo especial énfasis en el *artículo 9 del Uniform Commercial*

Code (art. 9 UCC, a partir de ahora), que se podría describir como la *Ley General de Garantías Mobiliarias de los Estados Unidos de América*. Los motivos de la elección son evidentes: en Europa se desconoce una solución semejante como salida a la confusión y complejidad de la regulación de las garantías mobiliarias (1). Entendemos que, aunque el modelo que plantea el art. 9 UCC pueda ser susceptible de mejoras (2), su conocimiento y estudio son obligados en cualquier análisis de las garantías mobiliarias.

Las garantías mobiliarias plantean una primera cuestión básica, *la de su propia admisión*. Tal cuestión es *axiológica*, y previa a la configuración del derecho de garantía. Es preciso decidir si el ordenamiento jurídico ha de admitir o no tales garantías. La doctrina europea no suele tratar este problema de una forma específica, pero sí lo hace la doctrina americana. Y es que, sea cual sea la respuesta, *es preciso plantearse la pregunta*, porque las razones que se utilicen en este primer momento van a configurar los principios básicos, y a evitar confusiones ulteriores. Un ordenamiento jurídico que careciese de garantías mobiliarias, pero en el que existiese una norma que consagrarse de forma absoluta el *principio de igualdad de acreedores (par condicio creditorum)* no sería un ordenamiento defectuoso por adolecer de una laguna normativa, pues el universo de casos relevantes tiene solución (el reparto de los bienes del deudor entre todos sus acreedores *por igual*). La crítica a tal ordenamiento sólo se podría hacer desde un *criterio axiológico determinado* (por ejemplo, la *par condicio* no se adecúa a la eficiencia económica del mercado, las garantías mobiliarias expanden y abaratan el crédito...), por lo que en

(1) De tal afirmación se puede inferir que el eje de la comparación no está en la dicotomía *civil law-common law*. Evidentemente, el art. 9 UCC se enmarca en un ordenamiento jurídico basado en la tradición del *common law*, pero sus planteamientos son en gran medida nuevos. El país, cuna del *common-law*, Inglaterra, desconoce una legislación semejante a la del art. 9. El panorama de las garantías mobiliarias en Inglaterra es tan confuso e insatisfactorio como en otros países europeos, *vid.* GOODE, R. M., *The Modernisation of Personal Property Security Law*, «The Law Quarterly Review», 1984, pp. 234-251. Por lo demás, la mentalidad de los juristas ingleses en esta materia tiene más en común con sus colegas europeos que con los americanos, *vid.* GOODE, R. M., *Legal Problems of Credit and Security*, Londres, 1988. Los defectos del Derecho inglés referente al crédito y las garantías fueron puestos de manifiesto en el *Crowther Report* (1971), que también incluía una serie de recomendaciones sobre los cambios legislativos necesarios. Fruto de tales recomendaciones fue la *Consumer Credit Act* (1974), pero el problema de las garantías mobiliarias sigue sin resolverse, *vid.* DAVIES, IWAN, *The Reform of Personal Property Law: Can Article 9 of the US Uniform Commercial Code be a Precedent?*, «International and Comparative Law Quarterly», 1988, pp. 465-504.

(2) *Vid.* DAVIES, *op. cit.* Siguiendo el precedente marcado por el art. 9 UCC se han promulgado varias leyes en Canadá, que por ser más modernas y por conocer el resultado del art. 9, pueden ser más perfectas en ciertos aspectos. No obstante, como nuestro trabajo se centra en los principios básicos, que son los mismos, se ha optado por evitar las referencias a las leyes canadienses, ya que de lo contrario la complejidad del trabajo podría resultar excesiva.

este caso no es propio hablar de lagunas normativas, siendo más correcto, para hacer referencia a la cuestión planteada, el término de *laguna axiológica* (3).

El ocaso de la garantía genérica, de la *par condicio creditorum*, es un dato que une a todos los ordenamientos. No obstante, la derogación de la norma de la igualdad de los acreedores puede hacerse obedeciendo a muy distintas *opciones de política jurídica*, y por vías muy diversas. Se puede derogar permitiendo que los particulares puedan constituir un derecho de garantía sobre cualquiera de sus bienes muebles para garantizar sus obligaciones, es decir, mediante la *libertad contractual*. Esta es una característica común a los ordenamientos alemán y americano. Por el contrario, la derogación puede ser *parcial y controlada por el legislador*, estableciendo mediante leyes especiales ciertas formas de garantía mobiliaria para garantizar determinado tipo de créditos, y cuyo objeto sólo puede ser determinado tipo de bienes. Es la solución de los ordenamientos jurídicos de tradición romanista (Apdo. I).

En el Derecho de Garantías Mobiliarias los problemas se *superponen*. El derecho de garantía sobre bienes muebles del que se parte en esta evolución es el *derecho de prenda*, lo cual plantea graves problemas dogmáticos. Una visión de las garantías mobiliarias apegada a las tradicionales figuras de la prenda y de la hipoteca es poco apta para articular un sistema de garantías que cubra las necesidades del proceso de producción y circulación de la riqueza mobiliaria. La posibilidad de crear hipotecas mobiliarias tiene unos límites muy definidos. Los contenidos de un derecho de garantía basado en la desposesión o en la reipersecutoriedad del bien, en un sector de la economía caracterizado por la celeridad del tráfico, por la transformación física o por la transmisión jurídica de los bienes, muestran una clara inadecuación. En el Derecho español se pueden comprobar los límites de esta visión (Apdo. II).

Ante tamañas dificultades, la doctrina europea suele tener siempre la misma tentación: la utilización del *derecho de propiedad con finalidad de garantía* (cuyo paradigma es el ordenamiento alemán). Una visión del art. 9 UCC nos da una perspectiva radicalmente nueva: tal ley general de garantías mobiliarias se basa en *la superación de las distinciones formales*. Se configura un *único derecho de garantía* que podría constituirse sobre toda clase de bienes muebles. Por otra parte, el art. 9 UCC es *sólo* una ley de garantías mobiliarias, sin in-

(3) Vid. ALCHOURRON, CARLOS E., y BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1987, pp. 145-167. De una forma más simple, NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, 1983, pp. 281-289.

troducir otro tipo de normativa (protección del consumidor, Derecho concursal...) (Apdo. III).

La superación de los clásicos derechos de prenda e hipoteca lleva implícita otra consecuencia: el problema de la *propiedad aparente*. Se plantea entonces la cuestión de la *publicidad* de las garantías mobiliarias. En este terreno el art. 9 UCC se aproxima a los ordenamientos latinos, caracterizados por el principio de la publicidad, y se aleja del alemán, dado que el peculiar desarrollo de las garantías mobiliarias en este ordenamiento no ha sido acompañado de ningún sistema de publicidad. Ahora bien, el art. 9 UCC adopta el *notice filing*, una inscripción concisa que prescinde del principio de especialidad. Con todo ello, hemos reunido los *elementos básicos* para el estudio de las garantías mobiliarias (Apdo. IV).

El art. 9 UCC no surge de la nada, sino que es el fruto de una *evolución* jurisprudencial, legal y doctrinal de más de un siglo. Una breve visión de los problemas que se tuvieron que superar para permitir la génesis de una ley como el art. 9 UCC, y que toda la propiedad mobiliaria pueda ser objeto de un derecho de garantía, nos mostrará cómo la experiencia americana responde a una situación muy similar a la europea (Apdo. V). Quizá la característica más sorprendente del art. 9 UCC para la mentalidad jurídica europea sea la *superación del formalismo*, y por ello este tema requiere una especial atención (Apdo. VI). Dentro de este mismo tema destaca la *asimilación de la reserva de dominio al derecho de garantía*, verdadero núcleo duro de las distinciones formales en los ordenamientos europeos (Apdo. VII). Ahora bien, aunque la doctrina europea plantea el problema en un plano aparentemente formal o dogmático, la mayoría de las veces tales controversias jurídicas encubren *discrepancias valorativas acerca de cuestiones sustanciales*. Por ello, es necesario abordar de manera explícita toda una serie de cuestiones que se suelen plantear entorno a la tipicidad de derechos, la libertad contractual, la prelación de créditos, los privilegios... (Apdo. VIII).

A continuación se expondrán los ejes básicos del art. 9 UCC: los requisitos y efectos del contrato y derecho de garantía (Apdo. IX) y los efectos del derecho de garantía frente a terceros (Apdo. X). En las garantías mobiliarias, al margen de sus efectos frente a terceros, adquiere una especial relevancia la *subrogación real*, objeto de una específica regulación (Apdo. XI). Uno de los aspectos más polémicos del art. 9 UCC es su extrema facilidad para constituir una garantía flotante (*floating lien*), aunque la prioridad absoluta del dinero de compra (*purchase money security interest*) suponga un límite esencial y un replanteamiento de ciertos temas que la doctrina europea articula a través de la reserva de dominio (Apdo. XII).

El art. 9 UCC opta por la *publicidad de las garantías mobiliarias*. Si en todo su contenido el art. 9 UCC nos muestra claramente una

netamente diferenciación entre la regulación de la propiedad mobiliaria y de la propiedad inmobiliaria, también en el sistema de publicidad adoptado se muestra claramente tal diferencia. La inscripción en el Registro es fundamental para determinar la prioridad del acreedor garantizado, pero el *notice filing* es un sistema basado en una inscripción extremadamente concisa (Apdo. XIII). Ahora bien, dado que el problema de la propiedad aparente (*ostensible ownership*) no es exclusivo de los derechos de garantía (por ejemplo, también en los arrendamientos), la doctrina americana se plantea el problema de la *publicidad mobiliaria* en términos generales. Además, cabe preguntarse cuánta información ha de contener la publicidad de las garantías mobiliarias (Apdo. XIV).

A lo largo de los catorce apartados se pretende conseguir un objetivo: la formulación de una manera global de los *fundamentos y principios de un sistema de garantías mobiliarias*. El art. 9 UCC regula de una forma precisa y detallada cada una de las cuestiones planteadas, y un estudio de las garantías mobiliarias habría de adentrarse en muchos problemas específicos. Pero eso queda ya fuera de nuestro alcance.

I. LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS EN EL DERECHO COMPARADO

El estudio de las garantías mobiliarias en el marco del Derecho Comparado resulta sumamente complejo. No nos estamos refiriendo a las dificultades que pueden derivarse de la ambigüedad que la palabra *garantía* tiene en el lenguaje jurídico, o del contenido heterogéneo del concepto de garantía en sentido amplio (4). Sorteando este primer escollo (5), partimos de la base de que un estudio de las garantías mobiliarias ha de tener como objeto aquellas figuras jurídicas, de origen *contractual*, destinadas a modificar el régimen general de responsabilidad universal del deudor e igualdad de los acreedores, otorgando al acreedor la titularidad de un derecho sobre *determinados* bienes muebles del deudor y una *prioridad* en el cobro de su crédito respecto al resto de los acreedores.

El marco de referencia propuesto se basa en un criterio finalista y no dogmático. Tal planteamiento no es sólo la consecuencia de una opción metodológica general (6), sino que responde a necesidades con-

(4) Vid. FRAGALI, MICHELE, *Garanzia e diritti di garanzia*, en «Enciclopedia del Diritto», T. XVIII, pp. 448-466.

(5) Sobre el marco conceptual de la garantía mobiliaria, *Infra*, Apsos. VIII, IX y X.

(6) «Tiene poco sentido polemizar contra los conceptos en cuanto conceptos. Por otra parte, tales instrumentos conceptuales no son obviedades fundadas hasta lo último. Han de ser escogidos, refinados, controlados y en caso necesario alterados. Re-

cretas del sector de las garantías mobiliarias. El desarrollo de este sector en el Derecho Comparado no se ha basado en criterios dogmáticos homogéneos, siendo el resultado una gran disparidad en los instrumentos jurídicos utilizados para alcanzar las finalidades señaladas anteriormente. Obviamente, nos estamos refiriendo sobre todo a la etapa en que, por imperativos económicos, el tradicional derecho de prenda entra en crisis como único derecho de garantía sobre bienes muebles. Las razones históricas de tal disparidad son varias, partiendo de un dato básico (7): «Las diversas formas de las modernas garantías mobiliarias nacen o se afirman esencialmente en la fase más avanzada de la economía crediticia, que se desarrolla progresivamente sólo después de la obra de nacionalización del *ius commune*.» Sin poder entrar en un análisis mínimamente satisfactorio del proceso histórico, nos hemos de conformar con marcar ciertas coordenadas básicas del moderno desarrollo de las garantías mobiliarias.

En *Alemania*, a pesar de la reciente promulgación del BGB, que como otros códigos se basaba en el derecho de prenda y en la abrogación de la hipoteca mobiliaria, ya a principios del presente siglo, *Eigentumsvorbehalt* (EV) y *Sicherungsübereignung* (SÜ) dominaban, con sus múltiples y refinadas utilizaciones, el entero sector de las garantías mobiliarias sin desposesión (8). El estudio del ordenamiento jurídico alemán en la actualidad (9) nos proporcionaría la visión de un desarrollo extremadamente articulado de las garantías mobiliarias basado en la *autonomía de la voluntad* y la reserva (EV) o transmisión (SÜ) del *derecho de propiedad*. Tal desarrollo ha sido legitimado, y en cierta medida controlado, por la jurisprudencia. Por último, cabe destacar la *ausencia de publicidad*.

En Francia (10), una mayor defensa de la *gage commun* y de la *par condicio creditorum*, junto a una mayor tutela del acreedor más débil basada la teoría de la *solvencia aparente*, conducen un desarrollo radicalmente distinto. En primer lugar, la jurisprudencia se opone

quieren una dirección. Precisamente por eso fue un error considerar esos instrumentos de clasificación como si fueran el sistema del derecho», LUHMAN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, 1983, p. 53.

(7) Vid. PIEPOLI, GAETANO, *Garanzie sulle merci e spossessmento*, Nápoles, 1980, pp. 2 y ss.

(8) PIEPOLI, *op. cit.*, p. 45.

(9) Una síntesis asequible es la efectuada por BÄRMANN, JOHANNES, y otros en *Les garanties de crédit en droit allemand*, París, 1978. También WITZ, CLAUDE, *Le droit des sûretés réelles mobilières en République Fédérale d'Allemagne*, en «*Revue Internationale de Droit Compare*», 1-1985, pp. 27-68. En castellano, BLOMEYER, ARWEED, *Las garantías sin desposesión sobre cosas muebles en Alemania*, en «*AAMN*», XI, 1961, pp. 7-19.

(10) Vid. BEDOURA, JEAN, *Les garanties du crédit*, París, 1981; BROCCA, ANTOINE, *Manuel de la clause de réserve de propriété*, Lyon, 1982. Sobre los principios generales del ordenamiento francés en este sector trata también PIEPOLI, *op. cit.*, *passim*.

a la utilización del derecho de propiedad con fines de garantía. El desarrollo de las garantías mobiliarias se va a hacer mediante *leyes especiales* que introducen diversas formas de *prendas sin desposesión* (*warrants, nantissement*) para supuestos específicamente previstos por el legislador, en su causa y su objeto, y no como una figura de utilización general. No obstante, el ocaso de la garantía genérica es irreversible, y las Leyes de 2 de julio de 1966 y de 12 de mayo de 1980 regulando el *crédit-bail* (*leasing*) y la reserva de la propiedad, respectivamente, han acabado admitiendo en el Derecho francés la utilización del derecho de propiedad con finalidad de garantía, aunque de forma limitada.

La experiencia jurídica *italiana* tiene las mismas raíces que la francesa y presenta características similares. El punto de partida es el art. 2.741 Cc: «Los acreedores tienen igual derecho a ser satisfechos con los bienes del deudor, salvas las causas legítimas de prelación. Son causas legítimas de prelación los privilegios, la prenda y la hipoteca.» Así el ordenamiento jurídico italiano, al igual que el francés, se caracteriza por el principio de *la inadmisibilidad de las garantías ocultas* (11). Sobre esta base, el desarrollo del sector se ha realizado con la introducción de la hipoteca mobiliaria (12) para ciertos bienes susceptibles de publicidad registral, y, sobre todo, con la introducción de abundantes privilegios mediante leyes especiales (13). En cuanto a los *privilegios*, que derogan el principio de la *par condicio creditorum*, es preciso destacar con Tucci (14), que constituyen siempre, incluso cuando se habla de privilegios convencionales, causas legítimas de prelación, *legislativamente previstas en relación con créditos que derivan de particulares relaciones*. En cuanto a la utilización del derecho de propiedad con fines de garantía, a través del negocio fiduciario, ha sido siempre rígidamente sancionado por la jurisprudencia mediante la invocación de la norma de prohibición del pacto comisorio (15). No obstante, el *Codice Civile* de 1942 ya regulaba la venta con reserva de la propiedad (arts. 1.523 a 1.536), y posteriormente también lo han hecho otras leyes (Ley de 28 de noviembre de 1965 referente a la adquisición de nuevas máquinas herramientas). Esta particular forma de utilización de la propiedad con fines de garantía es un argumento utilizado por parte de la doctrina para defender la introducción en el ordenamiento italiano de una figura similar

(11) Vid. TUCCI, GIUSEPPE, *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti. L'esperienza statunitense e italiana*, Milán, 1974, p. 161.

(12) Vid. RUBINO, DOMENICO, *L'ipoteca*, Milán, 1956.

(13) Vid. PARENTE, FERDINANDO, *Nuovo ordine dei privilegi ed autonomia privata*, Napolés, 1981; CICCARELLO, SEBASTIANO, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Milán, 1983.

(14) *Op. cit.*, *ibidem*.

(15) ID., *op. cit.*, p. 189.

a la SÜ alemana (16). Aunque tal posición no parece tener demasiado eco, sí se pueden encontrar otros supuestos en los que la propiedad cumple, entre otras, una función de garantía, como son las operaciones de *locazione finanziaria* (*leasing*).

Procedamos a una primera recapitulación. Es frecuente destacar, como la diferencia esencial entre el ordenamiento jurídico alemán y los latinos, la admisión de la transmisión de la propiedad con fines de garantía. No se puede negar que tal diferencia de planteamientos ha provocado una confusión en la dogmática jurídica, con importantes derivaciones doctrinales y jurisprudenciales. Sin perjuicio de que en otro lugar intentemos clarificar de alguna forma el alcance de tal controversia (17), es preciso destacar, más allá de esa diferencia instrumental, la existencia de una diversidad fundamental de política jurídica. El ordenamiento jurídico alemán, y no es cuestión de formas jurídicas, rompe la *par condicio creditorum* desde la *autonomía de la voluntad*. El instrumento (transmisión o reserva de la propiedad) se adapta (prolongación vertical y horizontal) al fin: que todos los bienes muebles (incluidos créditos) pueden ser objeto de una garantía por voluntad de las partes. La otra vía de superación del Derecho codificado (derecho de prenda, *par condicio creditorum*), es a través de la *legislación especial*. Ahora bien, tanto la legislación francesa como la italiana es de carácter *fragmentario*. Es decir, no se introduce en el ordenamiento jurídico una garantía mobiliaria de ámbito general, sino que se legisla en atención a supuestos particularizados. La diferencia es esencial (18): «Mientras la prenda y la hipoteca voluntaria pueden ser constituidas para *cualquier crédito* y encuentran así su fundamento en la voluntad de las partes, los privilegios, por el contrario, son exclusivamente establecidos por la ley *en consideración a la causa del crédito*.» La misma diferencia se puede atribuir a un ordenamiento como el francés en el que las garantías mobiliarias sin desposesión no pueden ser constituidas para *cualquier crédito*, sino sólo para los casos determinados por la ley (19): «La no organización —o la organización muy fragmentaria— de nuestro derecho de prenda sin desposesión constituye igualmente una laguna a la cual las garantías nuevas, nacidas de la práctica, han tratado a veces de obviar.» Entendemos que la referencia a las lagunas es impropia, pues no se puede hablar de laguna normativa allí donde existe una norma

(16) Vid. VARRONE, CLAUDIO, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Nápoles, 1968; BARBIERA, LELIO, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Nápoles, 1971.

(17) *Infra*, Apdo. VII.

(18) RUISSI, G.; PALERMO, A., y PALERMO, C., *Il privilegio*, *Giurisprudenza sistematica Civile e commerciale*, diretta de Walter Bigiavi, Turin, 1980, p. 6. Los subrayados son nuestros.

(19) Vid. VAN OMMESLAGHE, PIERRE, *Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté*, en «Les Sûretés», París, 1984, P. 347.

(la igualdad de acreedores), sino en todo caso de laguna axiológica (20). Pero sí queda al descubierto una cuestión *axiológica*, previa a cualquier planteamiento dogmático: si consideremos defectuoso un ordenamiento jurídico que no incluya una garantía mobiliaria sin desposesión que al igual que la prenda pueda ser constituida, *por voluntad de las partes*, para asegurar *toda clase de obligaciones* (art. 1.861 Cc español) y *sobre todas las cosas muebles que están en el comercio* (art. 1.864 Cc español). Sólo si previamente se ha tomado una postura respecto a esta cuestión se pueden plantear, en consecuencia, los problemas dogmáticos.

II. LAS GARANTIAS MOBILIARIAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

Es muy probable que la mejor síntesis del problema en España se haya realizado en la Exposición de Motivos de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión. En su primer apartado, *Necesidad de la reforma*, se pone de relieve la insuficiencia del Derecho vigente para satisfacer *todas las necesidades de la garantía real*, así como que las legislaciones han resuelto el problema, por regla general, de un *modo parcial* y atendiendo a los diversos objetos susceptibles de garantía. Pero ya en su segundo apartado el legislador nos va a revelar cuál es su mayor condicionamiento dogmático: «La *acción real* ha tenido siempre, como elemento indispensable, la *identidad de la cosa*; por eso, teóricamente, no ha sido posible construir derechos reales perfectos sobre cosas genéricas ni sobre cosas futuras.» Es decir, el modelo de la hipoteca inmobiliaria se presenta como el ideal del legislador. Esto se vuelve a reiterar en el apartado *El Registro*, donde explícitamente se afirma que un Registro de la Propiedad, al modo de la propiedad inmueble, hubiera sido el sistema más completo. Afortunadamente, el legislador es consciente de que esa opción *exigiría un cambio total y absoluto en el sistema de transmisión de propiedades y contratación de esta clase de bienes*.

La hipoteca mobiliaria es una alternativa posible, pero su alcance sólo puede ser muy limitado. En realidad, como afirma Rubino (21), la hipoteca mobiliaria no determina un tercer tipo de garantía real, distinto de la prenda y de la hipoteca inmobiliaria, sino *una simple subespecie del único tipo hipoteca* y, en consecuencia, no parece posible una *publicidad necesaria para la constitución de la garantía real*

(20) Vid. ALCHOURRON, CARLOS E., y BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1987, pp. 157-167.

(21) *Op. cit.*, pp. 193-201. Los subrayados son nuestros.

sin que esté prevista de hecho una registración originaria del bien, sea o no obligatoria hacia el Estado, porque sólo tal registración puede dar, de los singulares, concretos bienes muebles, *la más rigurosa determinación indispensable para la hipoteca*, dada su *especialidad respecto al objeto*, y también para toda otra publicidad mobiliaria, que de hecho se realiza siempre con un *sistema no personal, sino real*. En conclusión, el límite no está ya en la causa del crédito, sino en la adopción de un tipo preestablecido (la hipoteca), que condiciona su ámbito de aplicación a los objetos establecidos en el art. 12 LHM y PSD.

El legislador es consciente de que tal solución no se puede aceptar impunemente (*sic*), por eso, y a pesar de los escrúpulos de orden doctrinal y práctico que se presentaban se introduce *la prenda sin desplazamiento de posesión*. La actitud del legislador es conservadora: «Tampoco era posible crear una figura jurídica nueva, con propia denominación o sin ella, que apareciera como un derecho real de garantía entre la prenda y la hipoteca. Esta solución hubiera sido poco prudente y tal vez de poca eficacia en la realidad de abandonar la institución a las dificultades de índole doctrinal, jurisprudencial y práctica que lleva consigo toda novedad legislativa... Por último, la configuración de este derecho como prenda permite su fácil engranaje en los preceptos que sobre prelación de créditos contienen los Códigos Civil y de Comercio, mientras que la creación de un derecho nuevo hubiera obligado a una revisión y modificación de tales normas.» De la misma forma, la PSD se limita a los objetos establecidos en los arts. 52 a 54 de la ley.

Así, la Exposición de Motivos de la Ley de 17 de julio de 1965 sobre Venta de Bienes Muebles a Plazos puede afirmar que los préstamos garantizados con hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento son aplicables a *muy limitados bienes*. Dicha ley regula la cláusula de reserva de dominio, cuya validez y oponibilidad ya había sido admitida por reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo, y crea un nuevo Registro (Orden de 15 de noviembre de 1982 para la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles). Como afirma Lalaguna (22): «La Ley de Garantías Mobiliarias de 16 de diciembre de 1954 y la Ley de Venta a Plazos de 17 de julio de 1965 afrontan en distintos planos y con diverso planteamiento y amplitud un *problema común, la necesaria adecuación entre concesión de crédito y garantía en el tráfico jurídico de los bienes muebles*.» Ahora bien, es preciso destacar que la regulación de las garantías en la Ley de Ventas a Plazos es sólo un aspecto

(22) LALAGUNA, ENRIQUE, *La legislación de venta a plazos y las garantías reales mobiliarias*, en «Estudios de Derecho civil, Obligaciones y Contratos», Madrid, 1978, p. 149.

muy parcial de la finalidad de la ley (23), y que dicha ley tampoco tiene un ámbito de aplicación generalizado, sino que sólo se aplica a ciertas ventas a plazos y respecto a los bienes determinados (y no excluidos) por el legislador (art. 4 LVP, art. 1 Decreto 12 de mayo de 1966, arts. 2 y 3 de la Ordenanza del Registro). Por último, destacamos que la citada Ordenanza mantiene el *principio de especialidad*, al exigir que los bienes sean *perfectamente identificables* [art. 2 a) y 7]

Nos estamos moviendo siempre en el terreno marcado por unas premisas (o prejuicios), como se puede ver en la obra de Serrano García (24): «En general, puede decirse, que tanto en el caso de la hipoteca mobiliaria, como en el de la prenda sin desplazamiento posesorio, *se pretende la identificación de las figuras con las de la hipoteca inmobiliaria y prenda manual.*» Consecuencia de este planteamiento es la afirmación del mismo autor de que (25): «Los bienes muebles son tan variados que *es imposible organizar, respecto de ellos, un derecho real de garantía único.*» El art. 9 del *Uniform Commercial Code* desmiente tal afirmación, aunque para ello, en vez de identificar la realidad con las figuras jurídicas, sea preciso identificar las figuras jurídicas con las necesidades de la realidad.

III. EL ARTICULO 9 DEL UNIFORM COMMERCIAL CODE COMO LEY GENERAL DE LAS GARANTIAS MOBILIARIAS

Se ha elegido el art. 9 del *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos de América como punto de referencia básico de este trabajo no sólo por razones divulgativas, ya que el Derecho norteamericano es poco conocido en España, sino fundamentalmente porque su promulgación supuso un avance único en el mundo, en el campo de la regulación de las garantías mobiliarias. Entendemos que el conocimiento de la experiencia estadounidense es sumamente clarificador en un terreno, como es el de las garantías mobiliarias, donde reina muchas veces la confusión.

En primer lugar, es necesario aclarar que el art. 9 no es un artículo en el sentido europeo. El art. 9 equivale a una ley general de garantías mobiliarias dividida en cinco partes: 1. *Título corto, aplicabi-*

(23) Sobre el particular, en especial la pretendida defensa del consumidor por la Ley de Venta a Plazos: BERCOVITZ, RODRIGO, *Comentarios a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*, Madrid, 1977; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS, *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1988.

(24) SERRANO GARCÍA, IGNACIO, *La hipoteca de establecimiento mercantil*, Madrid, 1975, p. 32.

(25) ID, *op. cit.*, p. 16.

lidad y definiciones. 2. Validez del acuerdo de garantía y derechos de las partes. 3. Derechos de terceras partes; derechos de garantía perfeccionados; reglas de prioridad. 4. Registro. 5. Incumplimiento. Cada parte se divide en secciones, equivalentes a nuestros artículos, aunque, en general, más amplios y con varios párrafos.

En segundo lugar, creemos que se puede mantener que el Uniform Commercial Code no es un Código de Comercio, al menos en el sentido clásico del término. Por ello, no nos parece que se pueda afirmar, con la rotundidad que utiliza Galgano (26), que se instaura «en un contexto que hasta entonces la había ignorado, no sólo la idea de código, sino también la categoría formal del Derecho mercantil». En lo que sí podemos estar totalmente de acuerdo con Galgano es que la uniformación normativa se ha realizado bajo el signo de la *mercantilidad* de las materias reguladas (27). *Commercial law*, en USA, se refiere al marco legal en que los bienes se mueven desde el productor de materias primas, a través de los procesos de elaboración y distribución, al consumidor último (28). Aunque la idea original de Karl Llewellyn (29) fuese la introducción de *merchant rules*, como se ha señalado (30), en el definitivo Uniform Commercial Code la concepción original de Llewellyn de las *merchant rules* ha desaparecido esencialmente. Por lo demás, no es ésta la sede adecuada para replantear el tema de la división entre el Derecho civil y el Derecho Mercantil (31).

El concepto del Uniform Commercial Code es que las *transacciones comerciales* son una única materia para el Derecho, a pesar de sus muchas facetas (32). Se podría entonces pensar en el Uniform Com-

(26) Vid. GALGANO, FRANCESCO, *Historia del Derecho Mercantil*, Barcelona, 1981, p. 132.

(27) *Ibidem*.

(28) Vid. NODSTROM, ROBERT J.; MURRAY Jr., JOHN E., y CLOVIS, ALBERT L., *Problems and Materials on Secured Transactions*, St. Paul, 1987, p. 1.

(29) Uno de los aspectos a los que hemos de renunciar en este estudio del art. 9 y que ofrece un gran interés, es el de la elaboración del Uniform Commercial Code y la influencia del gran jurista Karl Llewellyn y el movimiento realista americano en la concepción y características del Uniform Commercial Code, *vid.* TWINING, WILLIAM, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Londres, 1973. En todas las obras americanas acerca del Uniform Commercial Code se hace una referencia a la historia y elaboración del mismo, así como a las características que lo configuran como un «código» muy peculiar. Ciertamente, es una premisa necesaria para no incurrir en enfoques erróneos, pero, por desgracia, en esta sede no podemos ir más allá de lo indicado en el texto, pues de lo contrario nos desviaríamos excesivamente de nuestro objetivo.

(30) WISEMAN, ZIPPORAH BATSHAW, *The limits of visión: Karl Llewellyn and the merchant rules*, 100 «Harvard Law Review», 1987, pp. 465-545.

(31) Tal cuestión exigiría un análisis histórico-comparatista, *vid.* MARTY, JEAN-PIERRE, *La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine*, 1981, pp. 681-702.

(32) Vid. STONE, BRADFORD, *Uniform Commercial Code*, St. Paul, 1984, pp. 1-8. Así el Uniform Commercial Code regula todos los aspectos de una transacción comer-

mercantil Code como un gran *Código de las obligaciones y de los contratos* (33), pero también es preciso recalcar, de cara a nuestra mentalidad jurídica, que el Uniform Commercial Code no es un código, *al menos en el sentido clásico* (34). Basta leer la primera parte del art. 1, *Disposiciones Generales*, para comprender las razones. En la Sección 1-102 se establece: 1.º) Esta ley será interpretada y aplicada liberalmente para promover sus finalidades y principios (35); subyacentes. 2.º) Finalidades y principios de esta ley son: a) simplificar, clarificar y modernizar el Derecho que gobierna las transacciones comerciales; b) permitir la expansión continuada de prácticas comerciales, a través de la costumbre, uso y acuerdo con las partes; c) uniformar el Derecho entre las distintas jurisdicciones. Al respecto, es fundamental destacar la existencia de un *Official Comment* correspondiente a cada sección y subsección, en el que más que una interpretación auténtica encontramos un desarrollo de esas finalidades y principios en los que se basaron los redactores del Uniform Commercial Code. Además, el Uniform Commercial Code no deroga globalmente todo el Derecho anterior, sino que, salvo aquellas normas que hayan quedado expresamente derogadas, éste se aplicará de forma suplementaria (Sección 1-103). La lectura de la Parte 2 del art. 1, *Definiciones generales y principios de interpretación*, nos confirma que la idea clásica de código no es aplicable al Uniform Commercial Code y que como dijo Grant Gilmore, uno de los principales redactores del código (36): «Haríamos mejor pensando en él como en una gran ley, o como una recopilación de leyes unidas en el mismo libro, que va tan lejos como va y no más allá.» Pero nuestro interés se centra exclusivamente en el art. 9, *Sucred Transactions*.

La Sección 9-102 establece: 1.º) Excepto en lo dispuesto por la Sección 9-104 referente a transacciones excluidas, este artículo se aplica a: a) toda transacción (independientemente de su forma) cuya finalidad sea crear un derecho de garantía en bienes muebles..., b) a toda venta de créditos o títulos (que representan créditos). 2.º) Este artículo se aplica a los derechos de garantía creados por contrato incluyendo... y cualquier otro contrato de retención de título o gravamen y arrendamiento o depósito (para la venta) con finalidad de garantía. Este artículo no se aplica a los privilegios legales excepto en lo establecido por la Sección 9-310. La primera característica a destacar acerca

cial: *General Provisions* (art. 1), *Sales or Goods* (art. 2), *Commercial Paper* (art. 3), *Bank Deposits and Collections* (art. 4), *Letters of Credit* (art. 5), *Bulk Transfers* (art. 6), *Documents of Title* (art. 7), *Investment Securities* (art. 8), *Sucred Transactions* (art. 9).

(33) GALGANO, *ibidem*.

(34) NORDSTROM, *op. cit.*, p. 6.

(35) La traducción de *policies* por principios no es exacta, pero es el término que se utiliza en nuestro lenguaje jurídico.

(36) *Vid.* NORDSTROM, *ibidem*.

del art. 9 es su alcance (37): abarca todo, devora todo, cubre todo. Y es precisamente sobre este rasgo esencial del art. 9 sobre el que se va a desarrollar este trabajo. La globalidad del art. 9 se basa, en primer lugar, en que una ley de garantías debe abarcar las figuras de garantía disponibles para los acreedores en cada fase del ciclo de distribución (38), lo que supone que el objeto de la garantía pueda ser todo tipo de bien mueble, corporal o incorporeal, incluidos los derechos. Es decir, que al igual que en nuestro Código civil la categoría de la *personal property* tiene un carácter residual (39): son muebles todos aquellos bienes que la ley no considera expresamente como inmuebles. En segundo lugar, la globalidad implica la superación de las distinciones formales y la definición de un único derecho de garantía sobre bienes muebles como eje básico del sistema. Desde la perspectiva opuesta, tal derecho de garantía supone que no sea posible la «invención» de nuevos instrumentos de garantía, lo cual nos llevará a analizar las verdaderas dimensiones de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las garantías mobiliarias.

En cuanto a las exclusiones de la Sección 9-104, como afirma Gilmore (40), no responden a un análisis racional, sino a motivos diversos. Nos vamos a limitar a enumerarlas, pues de su naturaleza se puede deducir las causas de su exclusión: las garantías sujetas a legislación federal (hipotecas navales y de aeronaves, propiedad intelectual), el privilegio del arrendador, las transmisiones de créditos salariales, el material ferroviario, las transmisiones de derechos derivados de una póliza de seguros, el derecho derivado de una sentencia, el derecho de compensación, los derechos de garantía sobre inmuebles, la transmisión de acciones derivadas de responsabilidad civil...

De mayor interés conceptual son dos exclusiones de las que parte la ley. En primer lugar, la Sección 9-102 (2), se refiere a derechos de garantía *creados por contrato* y excluye a los privilegios legales. La separación de estos dos terrenos es una condición *sine qua non* para evitar muchas confusiones. En segundo lugar, el art. 9 pretende ser una ley general de garantías mobiliarias, pero sólo eso y nada más que eso. Es decir, en el art. 9 no se regulan otros aspectos de la financiación, ventas a plazos...; en el art. 9 no se introducen normas referentes a la protección del consumidor, la usura... Ya en la

(37) Vid. GILMORE, GRANT, *Security Interest in Personal Property*, 2 vols., Boston, 1965, p. 295. La obra citada es un clásico de la doctrina americana y punto de referencia esencial para un estudio de las garantías mobiliarias. GILMORE fue uno de los redactores del art. 9 y su figura también merecería una referencia más amplia, vid. *In Memory of Grant Gilmore*, 92 «Yale L. J.» (1982).

(38) Vid. DUNHAM, ALLISON, *Inventory and Accounts Receivable Financing*, 62 «Harvard Law Review», pp. 588-589 (1949).

(39) Vid. DÍEZ PICAZO, LUIS, *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, vol. II, Madrid, 1978, p. 165.

(40) *Op. cit.*, pp. 312-332.

Sección 9-102 se advierte que el art. 9 no pretende derogar la legislación de venta a plazos (usualmente destinada a evitar los abusos contra pequeños comerciantes y consumidores), y en la Sección 9-203 se vuelve a insistir en que: «Este artículo está diseñado para regular todos los aspectos de *garantía* de las transacciones dentro de su objetivo. Sin embargo, existe mucha legislación imperativa, particularmente en el campo del consumo, que complementa este artículo y que no debería ser derogada por su promulgación.» Tal separación vuelve a ser imprescindible, pues son cuestiones completamente diversas, aunque una ley, como nuestra Ley de Venta a Plazos de 1965, pueda mezclarlas (con resultados poco satisfactorios).

Por último, el art. 9 (y nuestro trabajo) no se introduce en el ámbito del Derecho concursal. Aunque estemos de acuerdo con Baird (41) en que la eficacia del derecho de garantía ha de manifestarse también en el concurso, las posibles limitaciones de tal eficacia dentro del concurso es una cuestión que exige un análisis específico, y dentro de los principios y líneas de política jurídica de una legislación determinada. No obstante, dada una legislación concursal, no se puede pretender eludirla a través de «nuevos» derechos de garantía. Como mantendremos en su momento (42), la erosión que la acción legislativa pueda realizar sobre la fuerza del derecho de garantía, ya sea a través de los privilegios legales, ya sea a través del Derecho concursal, es una circunstancia *externa* al propio derecho de garantía, pero ineludible si se trata de *derecho imperativo*

IV. ELEMENTOS PARA EL ESTUDIO DE LAS GARANTIAS MOBILIARIAS

1. Los principios básicos de política jurídica adoptados por el ordenamiento

El Profesor Douglas Baird (43) comenzaba su explicación acerca de las garantías mobiliarias con una pregunta sorprendente: ¿pueden imaginar un mundo sin garantías? La pregunta es absolutamente pertinente, porque nos está planteando dos cuestiones básicas: primera, un ordenamiento jurídico puede carecer de garantías mobiliarias; segunda, la existencia de garantías mobiliarias ha de tener una razón de ser y hemos de averiguarla.

Un ordenamiento jurídico, y esto no es ciencia-ficción, podría basarse en una norma que estableciese la responsabilidad universal del

(41) BAIRD, DOUGLAS, *Property Rights, Priority Rights, and Ostensible Ownership: the Deep Structure of Article 9*, en COOGAN, «Secured Transactions», pp. 36-39.

(42) *Infra*, Apdo VIII.

(43) En el *Salzburg Seminar, Session 269, American Law and Legal Institutions*, julio 3-22, 1988.

deudor y el principio de igualdad de los acreedores. Como ya se ha planteado en la *Introducción*, tal ordenamiento carecería de lagunas normativas, pues todos los casos tienen la solución establecida por las normas jurídicas indicadas. Para tal ordenamiento la pretensión de un acreedor de cobrar su crédito, al margen de las normas generales de responsabilidad establecidas, sería un *interés no merecedor de tutela dentro del ordenamiento* (parafraseando al art. 1.322 Cc. italiano). La doctrina americana se ha planteado las diferencias de eficacia entre un ordenamiento basado en tal política jurídica, y un ordenamiento que, como el art. 9 UCC, se basa en la política jurídica de una admisión generalizada de la garantía. El debate es amplio y complejo, y se percibe la influencia de análisis económico del Derecho (44).

Si bien no es posible reproducir aquí tal debate, sí es muy conveniente dejar constancia de alguna de sus características. En primer lugar, la respuesta acerca de si las garantías son una buena idea ha de mirar, tal como dice Baird (45), a las ventajas de la transacción desde la perspectiva de todos los que tienen un interés en el deudor *como grupo*. Es decir: «A menos que las ventajas de las que un acreedor garantizado disfruta superen las pérdidas que los otros acreedores sufren, no podemos decir que el crédito garantizado sea una buena idea.» Y es que no se puede olvidar que, además de otros aspectos, la garantía supone que un deudor está dando un derecho de prioridad a un acreedor *a expensas de otro*. En resumen, el análisis de las garantías por la doctrina americana se basa en *las relaciones entre los distintos agentes del mercado de financiación (acreedores) y en las relaciones de éstos con el deudor*.

Tal enfoque nos parece más acertado que el que deriva de la concepción de la garantía real como un derecho sobre una cosa, ya que la relación entre *un acreedor y una cosa* difícilmente puede explicarnos la razón de ser de la garantía. Pero el problema es más amplio, y el enfoque adecuado sería partir, como Díez-Picazo (46), de la premisa de la *irreductible unidad del Derecho civil patrimonial*. Tal como

(44) El análisis económico del Derecho ocupa a una importante corriente de la doctrina estadounidense, habiendo generado un amplio debate y abundante literatura. Vid. A. MITCHELL POLINSKY, *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Barcelona, 1985.

(45) *Op. ult. cit.*, pp. 11-13.

(46) Díez PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, vols. I y II, Madrid. El autor comenta cómo la disciplina normativa de la vida económica aparece extrañamente escindida en dos compartimentos estancos (vol. I, p. 39). Dentro de las interesantes nociones que el autor esboza en el primer capítulo está la de orden público económico: las reglas básicas con arreglo a las cuales en un momento dado aparece organizada la estructura y el sistema económico de la sociedad (p. 43). Creemos que la disciplina de las garantías o principios tales como los de propiedad aparente, *par condicio creditorum*..., se podrían inscribir dentro de esta idea de orden público económico.

indica el mismo autor (47), la dinamización que en virtud de toda esta evolución ha recibido el Derecho de Cosas, lo ha llevado a alterar su signo y convertirse en un Derecho de Obligaciones. Por otra parte, el estudio del Derecho real de garantía, en cuanto relación con la cosa, olvida que tal atribución patrimonial tiene su causa en un contrato entre deudor y acreedor. El art. 9 UCC regula ambos aspectos de un mismo fenómeno: el contrato y el derecho de garantía. Creemos que es el método adecuado.

La doctrina americana (48); analiza pormenorizadamente cada una de las razones posibles para justificar la existencia de garantías, para contrastar así su verdadera eficacia. Se parte de las explicaciones intuitivas (49), como que las garantías maximizan el acceso al crédito, y no resultan satisfactorias. En la búsqueda de la razón de ser de las garantías se preguntan los autores acerca de las causas por las que ciertos acreedores permanecen sin garantías mientras otros las exigen. Prescindiendo de otras explicaciones (garantía como autoprotección, aversión al riesgo, incertidumbre y señalización, decisiones de inversión y financiación) la doctrina americana parece inclinarse por las razones de *especialización* en el *monitoring* (vigilancia o control) de las actividades del deudor, o en otras explicaciones que refuerzan la hipótesis central de que los variados mecanismos contractuales para controlar los conflictos entre deudor y acreedor pueden incrementar el valor de la empresa (50). Así, la institución del crédito garantizado permite a los acreedores dividirse el trabajo de asegurarse que el deudor cumple las promesas que hace en los contratos de préstamo de una forma sensata (un acreedor garantizado puede ser mejor «monitor» de bienes de equipo que de la salud financiera global de la empresa) (51). La consecuencia sería la reducción de los costes totales de *monitoring* la actividad del deudor. Los acreedores comerciales, que no utilizan las garantías, son considerados como *joint-venturers* (52) a efectos de explicar su comportamiento, y la preferencia que sobre ellos obtienen los financiadores institucionales.

(47) ID, *op. cit.*, vol. II, pp. 39-40. Concluye el autor con un claro corolario: los nuevos planteamientos imponen un nuevo Derecho de Cosas.

(48) Vid. BAIRD, DOUGLAS, *Deep Structure cit*, y BAIRD y JACKSON, *Security Interest in Personal Property*, St. Paul, 1987, pp. 316-329; JACKSON, THOMAS H., y KRONMAN, ANTHONY T., *Secured Financing and Priorities Among Creditors*, 88 «Yale L. J.», p. 1143 (1979); LEVMORE, SAUL, *Monitors and Freeriders in Commercial and Corporate Settings*, 92 «Yale L. J.», p. 49 (1982); SCHWARTZ, ALAN, *Security Interests and Bankruptcy Priorities: A Review of Current Theories*, 10 «Journal of Legal Studies», p. 1 (1981); SCOTT, ROBERT E., *A Relational Theory of Secured Financing*, 86 «Columbia Law Review», p. 901 (1986).

(49) BAIRD, *Deep Structure cit*, pp. 14-33.

(50) SCOTT, *op. cit.*, p. 970.

(51) JACKSON y KROWMAN, *op. cit.*, pp. 1158-1161.

(52) BAIRD, *Deep Structure cit*, pp. 31-32: «En muchos casos el acreedor comercial tendrá una relación a largo plazo con el deudor y estará en algún sentido en una *joint venture* con él. Los beneficios del acreedor comercial crecen con los del deudor, porque puede vender más productos.»

Pero incluso las teorías del *monitoring* y especialización tienen sus límites: el crecimiento de las financiaciones basadas en todos los elementos de la empresa, que separa al derecho de garantía de los específicos bienes. Por ello, la doctrina americana (53) es consciente de que la elección entre las distintas teorías descansa en último término en la evidencia acumulada del modo de operar real de los mercados crediticios. Lo cual significa que las ventajas que puedan derivar de la ruptura de la igualdad de acreedores tienen su origen y desarrollo en un mercado de libre competencia. La generalización de la garantía, en Estados Unidos de América o en Alemania, implica una política jurídica que reconoce en el libre juego de las leyes de mercado la razón de ser de la ruptura de la *par condicio creditorum*, en aras de una mayor eficiencia económica. Dentro de esta política jurídica es evidente que el ordenamiento ha de posibilitar la constitución de garantías sobre todo tipo de activos del deudor, en cualquier fase del proceso de producción y circulación de bienes.

En realidad, los planteamientos que se están formulando no son en absoluto ajenos a nuestra doctrina, pues basta remitirse a Vallet de Goytisolo para comprobarlo. Su crítica a la LHM y PSD se basa en razones de política jurídica (54): «Extender la susceptibilidad de ser objeto de crédito real a todos los bienes supone, si no aniquilar, por lo menos reducir el crédito personal... La hipoteca mobiliaria es un instrumento de crédito que sólo conviene utilizar cuando no sea suficiente el crédito personal.» Es decir, Vallet está propugnando una línea de política jurídica favorecedora del crédito personal, y restrictiva del crédito basado en garantías mobiliarias. La visión de los ordenamientos latinos nos ha permitido constatar que existen opciones de política jurídica contrarias a la generalización de la garantía mobiliaria: la tutela de los deudores, o la tutela de la *par condicio* (y del acreedor no garantizado). Pero además, nos ha permitido descubrir la existencia de una política jurídica radicalmente opuesta a la que subyace en los ordenamientos americano o alemán: el desarrollo de los *privilegios*, o de las garantías mobiliarias limitadas a ciertos bienes y contratos, es un claro exponente de una *economía dirigida* y de intervención estatal en el mercado crediticio.

Como se irá manteniendo a lo largo de este artículo, la diferencia básica entre privilegio y garantía no radica en la naturaleza de derecho real, o en qué privilegio implique un concurso de acreedores, sino en que el privilegio es atribuido por el legislador. No existe, por tanto, ninguna nueva relación contractual (de garantía) que derive de las negociaciones del deudor con los agentes del mercado crediticio o comercial. Una política jurídica basada en la ruptura de la

(53) SCOTT, *op. cit.*, p.970.

(54) VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre garantías reales*, Madrid, 1973, pp. 556-560.

par condicio mediante el desarrollo de un sistema de privilegios nos coloca ante un ordenamiento jurídico muy diferente, aunque el privilegio haya de ser pactado (convencional) y se le dote de reipersecutoriedad (55). Es evidente que ambas políticas jurídicas son opuestas y no pueden coexistir en un mismo ordenamiento. Esto no significa que un ordenamiento basado en la generalización de la garantía no pueda tolerar o deba tolerar ciertos privilegios (por diversas razones), como el derivado de créditos salariales o de créditos refaccionarios; pero es palpable que ambas políticas llevan a una tensión interna (por ejemplo, entre garantía y privilegio salarial).

En conclusión, la regulación de las garantías mobiliarias depende, *en primer lugar*, de los principios básicos de política jurídica adoptados por el ordenamiento. Este primer elemento para el estudio de las garantías mobiliarias nos ha de dar las líneas fundamentales para adentrarnos en este sector, antes de abordar las cuestiones llamadas dogmáticas. La diferencia entre la SÜ alemana y el privilegio italiano es históricamente, más allá del plano dogmático, la diferencia entre dos políticas económicas, dos mercados crediticios, dos países de un capitalismo muy diverso. El art. 9 UCC responde también a una determinada política jurídica y a un país, Estados Unidos de América, con todo lo que ello significa.

2. Cuestiones de técnica jurídica

La Exposición de Motivos de nuestra LHM y PSD nos plantea el caso de una ley que, basada en una política jurídica de expansión de las garantías mobiliarias, encuentra dificultades técnicas o dogmáticas para alcanzar sus objetivos. Ciertamente los tradicionales derechos de garantía, la prenda y la hipoteca, tienen un alcance limitado como bases de un sistema de garantías mobiliarias. Es necesario un esfuerzo de renovación de la técnica jurídica en este sector del ordenamiento.

Los ordenamientos europeos, y de forma especial el alemán, prescindiendo de la prenda e hipoteca, han sido proclives a utilizar la *propiedad* para articular el nuevo sistema de garantías mobiliarias. El uso de la propiedad con finalidades de garantía no es ningún avance en técnica jurídica y puede provocar notables confusiones. Si bien en el ordenamiento alemán se ha logrado un sofisticado desarrollo de las garantías mobiliarias en base al instrumento de la propiedad; en los ordenamientos latinos tal planteamiento más bien tiende a provocar perplejidad y anomalías (56).

(55) Como sucede en el ordenamiento jurídico italiano, donde el privilegio especial se considera un derecho real, *vid.* RUISI, *op. cit.*, pp. 20-22.

(56) Dadas las importantes diferencias entre el ordenamiento alemán y los latinos respecto al sistema de transmisión de bienes y derechos, como ha destacado recientemente PANTALEÓN, FERNANDO, *Cesión de créditos*, en «ADC», 1988, pp. 1034-1059.

Entendemos que el art. 9 UCC supone un mayor esfuerzo de renovación de la técnica jurídica en el sector de las garantías mobiliarias. Usualmente en tal sector del ordenamiento se ha tendido a soluciones fragmentarias, lo cual implica una abundancia de distinciones formales y tipológicas. El art. 9 UCC se plantea la superación del formalismo, la «destipificación» de los derechos de garantía mobiliaria, absorbiendo todos los tipos existentes en la creación de un único y omnicomprendivo contrato y derecho de garantía sobre bienes muebles. La explícita *tipificación de tal contrato de garantía y del derecho de garantía sobre bienes muebles* supone, a nuestro entender, una mejor herramienta técnica para la articulación del sector de las garantías mobiliarias. Sólo de esta forma se pueden superar ciertas controversias jurídicas que se alimentan a sí mismas, como la del negocio fiduciario o la propiedad con fines de garantía.

Hace ya muchos años, Castán comentaba (57): «Un reciente escritor ha propuesto que, para evitar el sinuoso cauce que sigue hoy, en la práctica, la garantía mobiliaria (disfrazada con las más extrañas figuras del pacto de retro, del de reserva de dominio, del arrendamiento simulado), hay que *crear un nuevo derecho real de garantía mobiliaria sin desplazamiento*, injertado, no en el tronco de la prenda, sino en el de la hipoteca.» El art. 9 UCC se basa en un dato básico: el tráfico de la propiedad mobiliaria es radicalmente diferente al tráfico de la propiedad inmobiliaria. El nuevo derecho real de garantía mobiliaria no puede surgir del tronco de la prenda, dado el papel esencial que juega en ésta la desposesión (58), pero tampoco, o al menos muy limitadamente, del tronco de la hipoteca, dadas las esenciales diferencias del tráfico mobiliario e inmobiliario.

Partiendo de esta base, la técnica jurídica ha de preocuparse de la labor de dar contenido al nuevo derecho real de garantía mobiliaria sin desplazamiento, en función de las necesidades de tráfico. El tráfico mobiliario de bienes o créditos es esencialmente dinámico (frente al carácter más estático del inmobiliario y a la perdurabilidad de los bienes inmuebles), lo que implica que el derecho de reipersecutoriedad en el sentido clásico pueda tener mayores limitaciones (como el propio derecho de propiedad mobiliaria), y, por otro lado, que sea necesario articular una sofisticada y compleja red de subrogaciones (*proceeds* en el art. 9 UCC). La eficacia de una garantía sobre unos bienes que se van a emplear en el proceso de producción, o que van a introducirse en un proceso de comercialización, la eficacia de una garantía sobre unos créditos que han de ser cobrados... nos plantea

(57) CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Hacia un nuevo Derecho civil*, Madrid, 1933, pp. 104-105.

(58) Que no se limita a ser una forma de publicidad frente a terceros, sino que determina el contenido del derecho de prenda, tal como se desprende de la lectura de los arts. 1.863 a 1873 Cc.

problemas específicos del sector de garantías mobiliarias. El art. 9 UCC significa no sólo el reconocimiento legal de un derecho de garantía mobiliario omnicomprendivo, sino la consagración de la especificidad de la garantía mobiliaria como objeto de estudio, de cuya relevancia es muestra el gran número de manuales, monografías y artículos dedicados a la *secured transactions* (59).

En definitiva, la elaboración técnica o dogmática de las garantías mobiliarias exige tanto un esfuerzo de renovación y adaptación al tráfico, como el suficiente grado de autonomía en su tratamiento dada la especificidad de sus problemas (sobre todo en relación con el tráfico inmobiliario). Así es en el tráfico mobiliario, donde se plantea una de las cuestiones técnicas más complejas, la de la garantía flotante (*floating lien*), cuya articulación resulta insoslayable, como resulta patente en el art. 9 UCC, en el marco de una política jurídica de generalización de las garantías mobiliarias.

3. Formalismo y publicidad

Una vez admitida la generalización de la garantía mobiliaria, la doctrina americana se ha preocupado fundamentalmente del problema de la publicidad. El interés tiene su razón de ser en la tradicional doctrina del *common law* referente a la protección de la propiedad aparente frente a las transmisiones fraudulentas. Por el contrario, en Alemania nunca se ha introducido un sistema de publicidad. ¿Es necesaria una publicidad de las garantías mobiliarias? ¿Qué clase de publicidad? El tema es sumamente controvertido.

Sí se puede partir de la base de que el grado de formalismo y la articulación de la publicidad han de ser distintos a los requeridos por el Derecho Inmobiliario Registral. La experiencia del Derecho Comparado muestra que una expansión de la garantía mobiliaria necesita de una forma de constitución sencilla y poco costosa. La publicidad de las garantías mobiliarias se articulará en función de los efectos que de ella se pretendan, que pueden ser mucho menores de los que conlleva el Registro de la Propiedad. Así, una publicidad mobiliaria cuya función esencial sea establecer el orden de prioridad entre acreedores ha de articularse fundamentalmente como un registro de deudores. Cuanto mayor sea la pretendida eficacia del registro, más se habrá de asemejar éste a los registros inmobiliarios, pero esto supone un cambio fundamental en la regulación del tráfico de dichos bienes (60).

(59) Tal como se refleja en la bibliografía de este trabajo. No obstante, es preciso recordar que la intensidad del estudio de las garantías mobiliarias es directamente proporcional a su utilización en el tráfico.

(60) Como dice BAIRD, *Deep Structure cit*, p. 36, la adecuación de una descripción depende de las finalidades para las que la descripción tiene que servir.

Podemos preguntarnos entonces si la publicidad mobiliaria está en función de las garantías o si, por el contrario, es preciso enfocar el problema desde una perspectiva más general, abarcando todos los supuestos que crean situaciones de propiedad aparente. Por otro lado, dada la gran diversidad de los bienes muebles y la creciente creación de distintos Registros Administrativos de Bienes, cabe plantearse que aquellos bienes muebles, cuyo tráfico se pueda basar en su identificación registral, reciban una regulación específica, en la que lógicamente sería preciso incluir las garantías.

En conclusión, el análisis de la publicidad de las garantías mobiliarias no ha de hacerse sólo en función de la regulación de tales garantías, sino que, con toda probabilidad, sería más adecuado introducirlo en el marco de un estudio global de la publicidad mobiliaria. Por tanto, una aproximación a la publicidad desde el tema de las garantías mobiliarias ha de ser necesariamente parcial y limitada.

V. LA GENERALIZACION DE LA GARANTIA MOBILIARIA

La Sección 9-102 establece que este artículo se aplica a toda transacción (independientemente de su forma) cuya finalidad sea crear un derecho de garantía en bienes muebles o pertenencias incluyendo *goods, documents, instruments, general intangibles, chattel paper o accounts*. El propio UCC se ocupa de definir tales términos en las Secciones 1-201 y 9-105 y 106, pero a nosotros nos basta con saber que dentro de los bienes muebles (*personal property*) se incluyen: los bienes materiales e inmateriales, los créditos y las distintas clases de títulos valores (61). La Sección 9-102 no es sino el resultado final de un *proceso de generalización de la garantía mobiliaria* sobre el

(61) *Document* significa *document of title*, que incluye cualquier documento que es tratado en el tráfico como evidencia adecuada de que la persona que lo posee tiene derecho a recibir, poseer y disponer del documento y los bienes que representa. Para ser un *document of title*, un documento debe significar que ha sido emitido o es dirigido a un *bailee* y debe significar que cubre bienes en posesión del *bailee* que son identificados o partes fungibles de una masa identificada (Sección 1-201, 15). Es decir, *títulos de tradición o representativos de mercancías* (conocimiento de embarque, resguardo de depósito en almacenes generales...).

Instrument significa *títulos valores* en general, ya sea negociables, *títulos de pago* (cheque, vale, pagaré...), ya sea *títulos de inversión y participación social* (acciones, obligaciones...), y que se transmiten en el tráfico por entrega con un necesario endoso o cesión (Sección 9-105, i).

Chattel paper significa un escrito o escritos que evidencian tanto una obligación pecuniaria como el derecho de garantía o un arrendamiento de bienes específicos (Sección 9-105, b).

Account significa todo derecho al pago por bienes vendidos o arrendados o por servicios prestados que no está incorporado a un *instrument* o *chattel paper*, se haya o no adquirido por el cumplimiento (Sección 9-106).

General Intangibles significa cualquier bien mueble (incluidas acciones) distinto a *goods, accounts, chattel paper, documents, instruments* y dinero.

que es preciso dejar una breve constancia. La época anterior al UCC es ahora conocida como la de los mecanismos de garantía *independientes*, y la referencia a ella es obligada, pues no sería posible comprender el art. 9 sin el conocimiento de esta etapa previa. Recordemos que el UCC no es un código clásico y que carece de esa voluntad de ruptura con el pasado, aunque suponga una importante evolución. La mejor referencia a la etapa de los mecanismos independientes se encuentra en la obra clásica de Gilmore (62).

El primer mecanismo, después de la prenda, es la hipoteca mobiliaria, *chattel mortgage*, cuyo desarrollo estaba obstaculizado por el *Twyne's Case* (1601), que estableció en el *common law* la doctrina de que una transmisión de un derecho en un bien mueble sin entrega de la posesión se presumía fraudulenta en esencia, e inválida contra acreedores y compradores (63). El *chattel mortgage* necesitó la legitimación de la ley, y a partir de 1820 se comenzaron a promulgar leyes en distintos Estados, pero la jurisprudencia interpretaba la legitimación legal en los límites más estrechos posibles. Esto dio lugar a un proceso, que duró durante casi todo el siglo XIX, y durante el cual Gilmore compara el Derecho de garantías mobiliarias al oscuro bosque en el que Dante descubrió las puertas del infierno. Pero, por fin, la comunidad financiera disponía de un medio por el que los bienes muebles podrían ser objeto de un derecho de garantía sin desplazamiento de posesión, pero con necesidad de registro (cuyas reglas eran frecuentemente muy detalladas).

Otro proceso paulatino fue el de la admisión de la *after-acquired property clause* (hipoteca sobre bienes futuros), en el que vuelve a triunfar el pragmatismo (64). Aunque la teoría fuese vacilante y la jurisprudencia confusa, después de un período de prueba y error, se aceptó que en el contexto de la financiación industrial la hipoteca de bienes futuros tuviese eficacia frente a terceros.

Una doctrina constante en el *common law* (65), y que sería absolutamente coherente con el Derecho y la jurisprudencia española (66), es que son los jueces los que determinan la verdadera naturaleza de un contrato de garantía, y que ni las palabras, ni las formas, utilizadas por las partes impiden ejercer la labor de recalificación judicial. Por distintos motivos (unos legítimos, otros ilegítimos) aparecieron

(62) GILMORE, *op. cit.*, pp. 3-286.

(63) ID, *op. cit.*, pp. 24-61.

(64) ID, *op. cit.*, p. 38.

(65) ID, *op. cit.*, pp. 47-50.

(66) Dado el carácter *causalista* de nuestro ordenamiento y la reiteradísima jurisprudencia que reserva al juez la función de calificar los contratos, porque éstos son los que son independientemente del nombre que le hayan dado las partes. No obstante, estos principios, que son tan claros para aplicarlos a otros contratos, se nublan cuando de las garantías se trata, introduciéndose categorías jurídicas tales como el negocio indirecto, fiduciario... Esta es la razón por la que, aun partiendo de los mismos principios, nuestra jurisprudencia y la estadounidense son absolutamente discordantes.

en el campo de las garantías mobiliarias las ventas con finalidad de garantía, *bill of sale absolute in form*. La doctrina americana estableció que en tal caso el deudor y los terceros podían alegar que la venta aparente era en realidad una hipoteca. Ante el fracaso del mecanismo, fue abandonado. Los casos de *bill-of-sale-mortgage*, después de haber representado un foco vivo de litigación durante medio siglo, desaparecieron de los repertorios. Es de destacar que *esta doctrina tuvo en el campo de los bienes muebles una importancia que nunca había tenido en el de los inmuebles*.

El *chattel mortgage* se convirtió entonces en el eje del Derecho de garantías mobiliarias, de forma que el resto de mecanismos nuevos de garantía era enjuiciado de acuerdo con sus requisitos legales. Entre éstos destaca una insistencia en las *formalidades*, dentro de las cuales se encuadran los *description cases*. Los tribunales llegaron a exigir descripciones absolutamente exactas de los bienes muebles, como las que requiere el Derecho Inmobiliario. La analogía con la hipoteca inmobiliaria estaba motivada entonces por la actitud de hostilidad de los jueces contra las garantías mobiliarias sin desposesión. Posteriormente, una actitud más liberal de los jueces permitió el cambio, basado en una premisa que Gilmore destaca con su particular énfasis (67): «La división de toda la propiedad en *real* (inmueble) y *personal* (mueble), como la división de todo el Derecho en sustantivo y procesal, es una dicotomía cuya verdad es tan evidente para la mente jurídica que cualquier discusión de por qué tal división debería haberse hecho en primer lugar resultaría intolerable. *El Derecho Inmobiliario y el Derecho de los bienes muebles son compartimentos separados y no comunicantes.*» De cualquier forma, el mecanismo del *chattel mortgage*, rígido y formal, no se adaptaba a las necesidades de las garantías sobre bienes inmateriales.

El *common law* también conocía la reserva de dominio, *conditional sale* (68). A últimos del siglo XVIII, bajo la influencia de Lord Mansfield, el Derecho inglés de contratos elaboró una teoría flexible de las condiciones. El resultado fue la consolidación de una doctrina jurisprudencial sobre la reserva de dominio muy semejante a la doctrina clásica europea. Los tribunales no pensaban en términos de transacciones garantizadas; *conditional sale* y *chattel mortgage* eran miembros de familias muy distintas. Todo ello aunque supusiese ir contra una de las más firmes doctrinas del *common law*: la protección de los acreedores contra los derechos ocultos sobre los bienes.

Esta radical distinción entre reserva de dominio y derechos de garantía se mantiene todavía en la doctrina inglesa. Dentro de su definición de derecho de garantía, Goode (69) excluye los creados por reser-

(67) ID, *op. cit.*, p. 54.

(68) ID, *op. cit.*, pp. 62-85.

(69) GOODE, *Legal Problems, cit.*, pp. 5-9.

va del acreedor: «Es por esta razón por la que la reserva de dominio en una venta, arrendamiento-venta o acuerdo de *leasing* no constituye un derecho de garantía.» Como dice Gilmore (70), aunque esta idea es de las difíciles de captar, los mecanismos basados en la reserva de dominio (*title*) han sido siempre mirados como algo *más fuerte* que los *más débiles* mecanismos de gravamen (*lien*), como la hipoteca, prenda y el *factor's lien*.

A finales del siglo XIX se generaliza el uso de la reserva de dominio en dos campos: la financiación de bienes de equipo y de bienes de consumo. La reacción judicial y legislativa, tras un tiempo, fue predecible y sensata (obviamente, desde el punto de vista americano): *si la reserva de dominio estaba siendo utilizada como un mecanismo de garantía, debería ser tratada como un mecanismo de garantía*. Y lo mismo debía suceder con los contratos de *consignment*, *bailment* y *lease* (depósitos y arrendamientos fundamentalmente). Así es tradicional la jurisprudencia que distingue un verdadero arrendamiento de un arrendamiento con finalidades de garantía, tema muy conflictivo a raíz del descubrimiento del *leasing* como medio de embellecimiento contable y garantía de ventajas fiscales (71). Y, aunque en un momento pudo haber sido interesante basarse en el arrendamiento para articular la financiación de bienes de equipo industrial, y limitar la reserva de dominio a los bienes de consumo, separando transacciones de millones de dólares de bienes de equipo y de miles de dólares de bienes de consumo (argumento que se puede utilizar en España actualmente), desde hace ya mucho tiempo en USA los arrendamientos con finalidad de garantía son tratados como derechos de garantía.

En resumen, en la mentalidad jurídica norteamericana, al contrario que en la europea, quedó claro en palabras de Gilmore (72) que: «En el Derecho de contratos, que incluye las ventas, *condición* significa, aproximadamente, una promesa contractual cuya realización es tan vital al objeto del contrato que un fallo en el cumplimiento de la condición liberará a la otra parte del contrato (en lugar de darle solamente un derecho a indemnización por incumplimiento). En el Derecho de garantías, *venta condicional* vino a significar un derecho de garantía por el precio de compra (*purchase money security transaction*) de un tipo muy conocido».

Chattel mortgage y *conditional sale* eran mecanismos que hundían sus raíces en el viejo *common law*. Si hubo un mecanismo de garantía del que casi se puede decir que fue inventado, ese es el *trust receipt* (73). Su finalidad era facilitar la financiación del *capital circu-*

(70) ID, *op. cit.*, p. 67.

(71) ID, *op. cit.*, pp. 73-81. Sobre el tema me remito a mi obra *Leasing mobiliario*, Madrid, 1987. Sobre la visión que tiene la doctrina privatista americana del *leasing* volveremos en próximos apartados.

(72) ID, *op. cit.*, p. 83.

(73) ID, *op. cit.*, pp. 86-127.

lante (inventory). La esencia de la teoría del *trust receipt* era que las mercancías eran entregadas para su venta, que el derecho de garantía del banco (cuando habían sido vendidas) era sólo contra el precio (subrogación real) y que los compradores de las mercancías adquirirían libres de los derechos del banco. Tal mecanismo comenzó en el comercio del grano, pero acabó siendo utilizado exclusivamente para la financiación de las importaciones de los USA. Posteriormente encontró aplicación en la financiación de la comercialización de automóviles. Era un mecanismo complejo y altamente especializado, que dio lugar a una ley difícil, *Uniform Trust Receipt Act*, que a su vez se puede considerar como uno de los precedentes del art. 9 UCC. En resumen, el *trust receipt* financiaba la adquisición de capital circulante, y la garantía se deslizaba automáticamente de las mercancías a lo obtenido por su venta.

El *factor's lien* (74) tiene su origen en el sector textil. Tal mecanismo de garantía tenía como objeto el capital circulante (*inventory*) o los créditos (*accounts receivable*) o ambos. A partir de 1940 fueron promulgadas abundantes *Factor's Lien Acts*. Se planteó el tema de si tales leyes permitían el *floating lien*. Otro mecanismo creado para financiar el capital circulante fue el *field warehousing* (75), procedimiento conocido en Europa como *warrant*, consistente en el depósito de las mercancías en un almacén y su incorporación a un título de crédito a través del cual se constituye la garantía. La *Uniform Warehouse Receipts Act* data de 1906.

Tras esta breve síntesis del proceso legal y judicial de generalización de la garantía mobiliaria en los Estados Unidos, podemos plantearnos unas reflexiones. En primer lugar, evidentemente, el art. 9 no surge de la nada, sino de una experiencia económica, comercial y jurídica de más de un siglo. En segundo lugar, los obstáculos que había en el camino eran tan importantes, o mayores, que los que ha encontrado la doctrina europea. En tercer lugar, es evidente que las mayores dificultades no surgen en reconocer una posible hipoteca mobiliaria sobre bienes perfectamente identificables, sino en la garantía sobre bienes inmateriales (derechos contractuales, créditos...) o sobre capital circulante. Un claro ejemplo de tales dificultades, en el campo de los créditos, fue la regla *Benedict v. Ratner* (US Supreme Court, 1925). Basándose en que la transmisión de un bien que reserva al transmitente el derecho de disponer del mismo, o de emplear los fondos que obtenga con su venta para sus propios usos es, frente a los acreedores, fraudulenta y nula, la regla *Benedict v. Ratner* exigía en la financiación cuya garantía eran los créditos el ejercicio del «dominio», consistente en que los fondos cobrados fuesen remitidos dia-

(74) ID, *op. cit.*, pp. 128-145.

(75) ID, *op. cit.*, pp. 146-195.

riamente por el deudor al acreedor. Tales inconvenientes se intentaron superar mediante la promulgación de leyes sobre cesión de créditos entre 1943 y fines de los cincuenta.

Los redactores del art. 9 parten de dos premisas que parecían imposibles a sus coetáneos colegas españoles (76): las diferencias formales que separaban un mecanismo de otro debían ser borradas y reemplazadas con *el simple concepto de un derecho de garantía sobre bienes muebles; todo tipo de bienes muebles, ya sea para uso o ya sea para venta, debían ser reconocidos como disponibles para una garantía*. No obstante, en un principio se pensó que era necesario elaborar una ley distinta para cada tipo de bienes. Sin embargo, al avanzar los trabajos se vio que las diferencias entre los distintos tipos de financiación no eran tan grandes como se había asumido y que cada ley tendía a ser sustancialmente una repetición de las otras. El resultado es el actual art. 9.

El art. 9 mantiene las *diferencias funcionales*, pero su importancia es muy pequeña, sólo para cuestiones de detalle, por lo que vamos a seguir los consejos de Gilmore (77): «Cualquiera que se aproxime al art. 9 por primera vez hará bien en tener en su mente que la anti-pática lista de definiciones de la Parte 1.^a del artículo puede ser obviada para la mayoría de los propósitos.» Baste añadir a lo ya mencionado al comienzo de este apartado que la Sección 9-109 clasifica a los bienes materiales (*goods*) en: bienes de consumo, bienes de equipo, productos agrícolas y mercancías (capital circulante) (78).

Frente a todo tipo de obstáculos y resistencias, el art. 9 demuestra la posibilidad de elaborar una ley general de garantías mobiliarias. La doctrina americana es unánime en alabar las ventajas del art. 9 en este sentido, evitando la concurrencia de leyes, la creación de dife-

(76) ID, *op. cit.*, pp. 288-294.

(77) ID, *op. cit.*, p. 293.

(78) *Goods* incluye todas las cosas que son muebles al tiempo de pactar el derecho de garantía o que son pertenencias, pero no incluye dinero, *documents, instruments, accounts, chattel paper, general intangibles* o minerales o similares (incluyendo petróleo y gas) antes de la extracción (Sección 9-105, h).

Sección 9-109. *Goods* son:

1. *Consumer goods* si son usados o comprados para ser usados principalmente para fines personales, familiares o del hogar.

2. *Equipment* si son usados o comprados para ser usados principalmente en negocios (incluyendo agrícolas o una profesión) o por un deudor que es una organización sin fines lucrativos o una agencia gubernamental o si los bienes no están incluidos en las definiciones de *inventory, farm products* o *consumer goods* (es decir, es la categoría residual).

3. *Farm products* si son cosechas o ganados o provisiones para ser utilizadas o producidas en operaciones agrícolas...

4. *Inventory* si son poseídos por una persona que los posee para venderlos o arrendarlos o para ser equipados mediante contratos de servicio o si han sido así equipados, o si son materias primas usadas o consumidas en el negocio. *Inventory* de una persona no debe ser clasificado como su *equipment*.

rentes registros (cada ley creaba un nuevo registro, situación similar a la española), las distinciones formales, los tecnicismos... Todos admiten que el esfuerzo merecía la pena. No es de extrañar si admitimos, con Piepoli (79), que «lo que hoy parece radicalmente puesto a discusión en este sector es propiamente *la lógica subyacente a todo proyecto de dilatación de las garantías específicas*; es decir, *la obra de unificación funcional de los diversos elementos del capital circulante, como objeto de garantía de la financiación*, en virtud de la cual el titular de la garantía se coloca en una posición de privilegio».

VI. LA SUPERACION DEL FORMALISMO

Se ha advertido en el mismo comienzo de este trabajo que sería erróneo pensar que la peculiaridad del art. 9 responde a la tradicional dicotomía *common law-civil law*. El art. 9, por el contrario, es un fenómeno típicamente americano. Y si hay una diferencia básica entre el Derecho inglés y el Derecho americano, quizá sea esa, como han señalado Atiyah y Summers, la contraposición entre *forma* y *sustancia* (80). El ordenamiento inglés es más formal que el americano, que se inclina más al uso de razones sustantivas. El UCC da muestras de esta tendencia, y quedan huellas de los planteamientos realistas de Llewellyn. Así se considera un gran éxito que el art. 2 (ventas) eliminase el tradicional concepto de título (*title*) como el punto básico para resolver todos los problemas que se plantean en el contrato de compraventa (riesgos de pérdida...) (81). El art. 9, más rígido que el art. 2, se plantea también la superación del formalismo en las garantías mobiliarias. Existe unanimidad en afirmar que el estado del Derecho de garantías mobiliarias había llegado a resultar intolerable y que la solución del art. 9 de «todo bajo un mismo techo» se recomendaba a sí misma frente a todos. No cabe duda, y en Europa lo sabemos por experiencia, de que el Derecho de las garantías mobiliarias es propicio a una formalización excesiva.

La mejor fuente para comprender el significado de la superación del formalismo en el art. 9 es el propio *Official Comment*, Sección 9-101. «El Derecho anterior al Código reconocía una amplia variedad de mecanismos de garantía, que entraron en uso para hacer posibles diferentes tipos de financiación. Las diferencias entre un mecanismo y otro persistían, en los requisitos formales, en los derechos del acreedor contra el deudor y terceros, en los derechos del deudor contra el acreedor y en los requisitos de publicidad, aunque muchas

(79) *Op. cit.*, p. 111.

(80) ATIYAH, P. S., y SUMMERS, ROBERT S., *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, 1987.

(81) WISEMAN, *op. cit.*, p. 538.

de esas diferencias no servían ya para ninguna función útil.» Se constata la existencia de media docena de registros (organizados de forma diferente) y, a pesar de todo, la existencia de huecos sin llenar en la regulación de las garantías. «La creciente complejidad de las transacciones financieras forzó a las legislativas a continuar amontonando nuevas disposiciones legales encima de nuestra estructura decimonónica del Derecho de garantías, inadecuada y ya suficientemente complicada. El resultado de este desarrollo continuo fue incrementar los costes a ambas partes e incrementar la inseguridad en cuanto a sus derechos y los derechos de terceras partes relacionadas con ellas.»

Ante tal situación, «el objetivo de este artículo es proporcionar una *simple y unificada estructura* con la que la inmensa variedad de las actuales transacciones garantizadas puedan seguir adelante *con menos costes y con mayor seguridad*». El art. 9 prescinde de las distinciones formales, *y se aplica a todas las transacciones cuya finalidad sea crear un derecho de garantía sobre bienes muebles y pertenencias, y el único término derecho de garantía (security interest) sustituye a los varios términos descriptivos que han crecido en el common law bajo un siglo de leyes.*

Entonces, tal como afirma el *Official Comment* de la Sección 9-102, *el principal test para saber si se aplica este artículo a una transacción es: ¿es la finalidad de la transacción tener efectos como garantía?* «Cuando se descubre que el derecho de garantía, tal como se define en la Sección 1-201 (82)†, era la finalidad, se aplica este artículo independientemente de la forma de la transacción o del nombre con que las partes la han bautizado.» El lector español de estas líneas puede sentirse muy familiarizado con los razonamientos. Nuestra jurisprudencia sobre la venta en garantía, véanse las recientes Sentencias de 25 de febrero y 9 de marzo de 1988, se basa en la posibilidad de que el juez, a través de las pruebas oportunas, pueda determinar cuál era la verdadera finalidad del contrato: «Pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, *al no ser esa la finalidad perseguida, que sólo quiso la garantía, sin voluntad de comprar o vender*» (S. 8 de marzo de 1988). Es decir, si un ordenamiento jurídico no admite las transmisiones abstractas de derechos, es lógico que haga posible un proceso de indagación (83)† «La significación del elemento causal, al menos en el terreno del negocio de Derecho Privado, no se aleja nunca, en su desarrollo de dos milenios, de la inherencia a un *acto idóneo para alterar las relaciones patrimoniales preexistentes.*»

(82) GILMORE, *op. cit.*, p. 298. El art. 9 ha sido criticado en varios de sus aspectos (*notice filing, floating lien...*), pero no en el de la superación del formalismo y su concepción como ley general de las garantías mobiliarias. Ningún autor mantiene una revisión del art. 9 en tal sentido.

(83) GIORGIANNI, MICHELE, *La causa del negozio giuridico*, Milán, 1961, p. 29.

Otra Sentencia, de 12 de febrero de 1988, asume que los actos dispositivos que realice el fiduciario, *aparente* titular dominical, serán plenamente eficaces en favor del tercero de buena fe por título oneroso, que ha inscrito su adquisición, en virtud de la responsabilidad del fiduciante, al haber creado, e incluso al haber admitido, aunque sea fruto de su agobiante situación, dicha *simulación*. Es extraño que nuestro Tribunal Supremo asuma ese lenguaje, pues es reiterada la jurisprudencia en la que se parte de una afirmación, que es más bien una declaración de fe: el *pactum de fiducia cum creditore* no puede motejarse de contrato ficticio, aparente, o simulado o disimulado, sino real y existente y querido por las partes contratantes (S. 8 de marzo de 1988). Ahora bien, lo realmente querido por las partes está perfectamente claro: «No puede obtener más que *la devolución de lo garantizado*, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, *al no ser esa la finalidad perseguida*, que sólo *quiso la garantía, sin voluntad de comprar o vender*» (S. 8 de marzo de 1988). ¿Por qué no hay simulación si las Sentencias de 25 de febrero y 8 de marzo de 1988 reconocen explícitamente que *no hay una verdadera transmisión del dominio inter partes*? Porque ambas sentencias admiten que tal *titularidad formal* (que no propiedad, que no se ha transmitido) produce determinados efectos entre partes y de cara frente a terceros. Reconocido que *la causa no consiste en la enajenación propiamente, sino en la garantía o afianzamiento del débito a que la relación obligatoria responde* (S. 8 de marzo de 1988), el problema se desplaza hacia los *efectos*, la idoneidad para alterar las relaciones patrimoniales existentes. Es decir, hacia el *derecho de garantía*. En traducción a nuestra dogmática: *la tipicidad del derecho real de garantía*.

La doctrina del *common law* admitía que sobre una venta (*absolute bill of sale*) pudiese probarse que lo realmente querido era la constitución de una hipoteca (*mortgage*), que producía los efectos oportunos, siempre que se hubiese cumplido con los requisitos legales. Nuestro Tribunal Supremo niega que en tales casos haya simulación, porque no establece que las partes hayan querido constituir un derecho de hipoteca (derecho de garantía por excelencia), sino otro derecho (titularidad formal, cesión en garantía). El embrollo no surge con el test acerca de la finalidad de garantía, *test que en un ordenamiento causalista es obligado*, sino con la respuesta al test: en el art. 9 la respuesta positiva significa que la transacción queda sometida a su regulación. Lo esencial del art. 9 es la creación de esa estructura simple y unificada que es el *derecho de garantía*. De esta forma, un contrato cuya causa sea la finalidad de garantía es acto idóneo para constituir el derecho de garantía sobre la cosa, pero nunca acto idóneo para modificar la titularidad dominical, ni *inter partes*, ni frente a terceros. Esta premisa no es en absoluto extraña a nuestro ordenamiento, sino más bien parte de nuestro ordenamiento. Así lo ha de-

fendido recientemente Pantaleón (84) respecto a la cesión de créditos: «En el Derecho alemán, en el que impera el “dogma de la abstracción”, cabe perfectamente la cesión *plena* de un crédito con finalidad de garantía. No es así en el Derecho español.»

En el art. 9 se define (o tipifica) *un* contrato de garantía (*security agreement*) y *un* derecho de garantía (*security interest*). «El esquema del artículo es hacer distinciones, donde las distinciones son necesarias, con criterios *funcionales* más que formales» (*Official Comment*, Sección 9-101). La Sentencia de 8 de marzo de 1988 mantiene la doctrina que basa la posibilidad del *pactum de fiducia cum creditore* en la libertad contractual (art. 1.255 Cc.), por lo que, desde esa perspectiva, cabe esperar una objeción contra el art. 9: restringe la libertad contractual. Sin embargo, la Sección 1-102 (3) del UCC establece que el efecto de las disposiciones de esta ley puede ser variado por acuerdo, excepto que se establezca lo contrario en esta ley.... Es decir, el UCC se basa en la libertad contractual, y como recalca el *Official Comment* de la Sección 9-101: «Excepto para el procedimiento en caso de incumplimiento, la libertad contractual prevalece entre las partes inmediatas de la transacción garantizada.» El contexto político y económico del art. 9 ciertamente lo hace poco sospechoso de regir en una sociedad en la que la libertad contractual esté cercenada. No obstante, «las normas contenidas en este artículo son concernientes principalmente con los límites de la protección del acreedor contra compradores y acreedores del deudor» (*Official Comment*, Sección 9-101). Y el *Official Comment* de la Sección 1-102 (3), explicando en qué consiste la libertad contractual, puntualiza: «Los derechos de los terceros según la Sección 9-301 cuando un derecho de garantía no se ha perfeccionado, por ejemplo, no pueden ser destruidos por una cláusula en el contrato de garantía.» La solución es idéntica si aplicamos el art. 1.257 Cc. español. Por tanto, el problema del formalismo y el de la libertad contractual, o la tipicidad del derecho real, se mueven en órbitas diferentes, como veremos en el apartado octavo.

Pero antes de avanzar hacia otros terrenos es preciso hacer unas precisiones sobre la superación del formalismo. En primer lugar, la Sección 9-102 (2) establece que este artículo se aplica a los derechos de garantía creados por contrato incluyendo... (y cita a continuación las formas contractuales anteriores). Una lista que según el *Official Comment* es sólo ilustrativa, y cuyo significado es que el art. 9 *no abole* explícitamente los mecanismos de garantía existentes. La reserva de dominio o el arrendamiento-venta, por ejemplo, *no están prohibidas; pero aunque se usan, se aplican las normas de este artículo*. La insistencia en la *no abolición* de los mecanismos de garantía anteriores al UCC reflejan los temores de parte de las organizaciones que

(84) PANTALEÓN, FERNANDO, *Cesión de créditos*, en «ADC», 1988, pp. 1039-1051.

habían patrocinado el *Code*. Pero como dice Gilmore (85): una de las mayores sorpresas en la historia del art. 9 fue el gradual descubrimiento de que los temores eran injustificados. Para nosotros es importante destacar que, más allá de los nominalismos, lo esencial son los efectos jurídicos atribuibles, no al *nomen iuris*, sino al negocio jurídico. En un plano más reducido, Lipari (86) nos aclara la puntualización: «En relación con *la particular disciplina para nuestro sistema*, vender a plazos con reserva de la propiedad o bien dar en arrendamiento con el pacto citado *es la misma cosa*, diferenciables, en el plano social, los dos distintos comportamientos; no obstante, toda posible diferenciación de los intentos o de los intereses *es necesario reconducirlos al mismo criterio clasificador o bien a la misma categoría legislativa*.» No obstante, continuar por esta vía nos llevaría al centro mismo de la teoría del negocio jurídico (87), por lo que es preciso volver al espejo del art. 9.

El art. 9 no sólo se proyecta hacia el pasado, sino también hacia el futuro: «Otros viejos mecanismos, *así como todos los nuevos que la ingeniosidad de los abogados pueda inventar están incluidos*, siempre que se encuentre el requisito de la finalidad. *La definición que controla* es la contenida en la subsección (1)» (*Official Comment 9-102*). No suele ser precisamente la ingeniosidad la que mueve a los abogados a inventar nuevos mecanismos de garantía (88), pero lo importante es destacar el planteamiento del art. 9 ante la «invención» de «nuevas garantías». Anteriormente, todo lo que no podía ser hecho a través del *chattel mortgage* podía ser hecho bajo otro de los «mecanismos independientes». El art. 9, dotándose de una estructura amplia y flexible, trata de evitar ese proceso: la existencia de finalidades *fuera de la ley*. Es preciso recordar que volvemos a encontrarnos con otro de los argumentos utilizados para legitimar el negocio fiduciario, aunque creemos que ya Messina (89) escribió con claridad y magisterio suficiente para colocarlo en sus justos términos. Recuérdese que en el campo de las garantías es preciso distinguir perfectamente entre lagunas *normativas* y lagunas *axiológicas*.

En definitiva, el art. 9 UCC, como ley general de garantías mobiliarias, con su superación del formalismo, supone también una aclaración respecto al debate de las garantías y la autonomía de la voluntad. El art. 9 puede ser criticado en su regulación, y de hecho lo

(85) *Op. cit.*, p. 298.

(86) *Vid.* LIPARI, NICOLO, *Il negozio fiduciario*, Milán, 1971.

(87) *ID.*, *op. cit.*, *passim*. Una aproximación al tema se puede ver en nuestra obra *Leasing mobiliario*, Madrid, 1987.

(88) Sea o no ingenioso el procedimiento, la búsqueda de la garantía legal existirá siempre que las garantías existentes no otorguen una preferencia *absoluta* al acreedor, o sean costosas en su constitución..., *vid. Infra*, Apdo. VIII.

(89) *Vid.* MESSINA, GIUSSEPPE, *Scritti Giuridici I*, en «Negozii fiduciari», Milán, 1948.

es en ciertos aspectos, pero lo que ya no caben son planteamientos que impliquen la posibilidad de «inventar» como solución a los problemas. Así lo destaca Gilmore (90): «Un consejero enfrentado a una nueva situación no puede, bajo el art. 9, inventar un nuevo mecanismo que, si eventualmente gana el reconocimiento judicial, desarrollará su propia normativa, su propia estructura metafísica, y, con el tiempo, su propio registro. De cualquiera de las formas que el consejero resuelva la nueva situación, sea cual sea el nombre que pueda dar a los documentos que redacte, acabará, si la transacción tiene como finalidad crear un derecho de garantía, con un derecho de garantía del art. 9, sujeto a la normativa del art. 9, a la metafísica del art. 9 y, lo más importante, al sistema de registro del art. 9.»

La superación del formalismo supone que, cuando un arrendamiento o depósito tengan finalidad de garantía, sean tratados como derechos de garantía (Sección 1-201) (37). La determinación de cuándo un arrendamiento tiene una finalidad de garantía se basará por los hechos de cada caso (91). Otra muestra de la superación del formalismo, que va más allá de cuestiones de calificación contractual y simulación, es que el art. 9 se aplica a las ventas de créditos y *chattel paper* [Sección 9-102 (1), b)]. La razón de esta conclusión la da el *Official Comment*: «La financiación comercial sobre la base de créditos y *chattel paper* se realiza a menudo de tal forma que la distinción entre un contrato de garantía y una venta se difumina, y una venta de tales bienes está cubierta, por tanto, por la subsección (1), b), ya tenga o no tenga finalidad de garantía, a menos que esté excluida por la Sección 9-104.» Tal Sección 9-104 f) excluye las ventas de tales bienes que sean parte de la venta del negocio del que surgieron, o una cesión con finalidad de cobro sólo, o una cesión de derecho de pago bajo un contrato a un cesionario que ha de cumplir la obligación según el contrato, o una cesión de un único crédito a un cesionario en pago total o parcial de una deuda preexistente. El *Official Comment* señala que tal tipo de cesiones, por su naturaleza, no tienen ninguna relación con la financiación (92).

Por último, una breve referencia a la superación del formalismo en el Derecho español. El art. 9 UCC no debería suponer un especial sobresalto para el jurista español. El también art. 9 de la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura, declaraba incluida en su

(90) ID, *op. cit.*, p. 296.

(91) El tema es muy concreto y complejo, por lo que no vamos a entrar en su desarrollo. *Vid.* ROJO AJURIA, *op. cit.*, pp. 73-110.

(92) Aunque en principio este trabajo abarca todo el art. 9 UCC, por razones de una necesaria limitación se ha optado por centrar la exposición en los bienes de equipo y de consumo, entre otras cosas porque son los ejemplos más sencillos. Por tanto, las referencias a los créditos, títulos valores, bienes inmateriales... serán mucho más escasas. Sobre el tema de la cesión de créditos me remito al excelente trabajo publicado recientemente por Fernando Pantaleón.

regulación toda *operación sustancialmente equivalente* a un préstamo en dinero, *cualquiera que sea la forma que revista el contrato* y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido. Los tribunales resolverán en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes (art. 2). El art. 2.2.º LVP establece que: «También se entenderán comprendidos en esta ley los actos o contratos, *cualquiera que sea su forma jurídica*, mediante los cuales las partes se propongan conseguir *los mismos fines económicos* que con la venta a plazos» (93).

No obstante, más allá de disposiciones legales concretas, la razón fundamental está en ese principio unánimemente admitido de que *el ordenamiento español es causalista* (94). El art. 9 UCC, adoptada la política jurídica de generalización de la garantía mobiliaria, debe ser perfectamente comprensible, e incluso asumible, desde la perspectiva de una *ordenamiento causalista*. Otra cosa es que el carácter *causalista* de nuestro ordenamiento se convierta en una declaración retórica de la que no se extraen consecuencias. Quizá porque la monumental controversia jurídica acerca de lo que es la *causa* ha llegado a ocultar sus efectos más básicos.

VII. EL DERECHO DE GARANTIA Y EL DERECHO DE PROPIEDAD

En el apartado anterior hemos obviado entrar en una cuestión que planea sobre la superación del formalismo, y que no es otra que la utilización del derecho de propiedad con finalidad de garantía. Es el momento de abordar el tema, y nada mejor para ello que comenzar con la solución que aporta el art. 9, en un panorama en que la confusión entre la propiedad (*title*) y la garantía (*lien*) tenía idénticas raíces históricas que las de los ordenamientos europeos. Frente

(93) Las razones para incluir tal tipo de artículos en determinados sectores del ordenamiento jurídico son evidentes. Se trata de evitar que mediante el *formalismo* tal regulación legal sea burlada y resulte ineficaz. Por otra parte, suponen otorgar un gran margen de confianza a los jueces, pues, al menos en los casos dudosos, se tratará de una cuestión de determinación judicial (si es aplicable el art. 9, GILMORE, *op. cit.*, p. 335). Ahora bien, es preciso reconocer que tal tipo de política legislativa y técnica jurídica choca con la mentalidad jurídica más tradicional.

El art. 2.2.º LVP ha tenido una vida corta y su muerte no ha levantado ningún réquiem, al ser derogado por el art. 21 del Real Decreto Ley 15/1977, de 25 de febrero, respecto a las operaciones de arrendamiento financiero. Incluso estando de acuerdo en que la Ley de Venta a Plazos no debería ser aplicable a las operaciones de *leasing*, creemos que si el art. 2.2.º LVP hubiera tenido una eficacia real y asumida por nuestros jueces y nuestra doctrina, hubiera sido un obstáculo mucho más difícil de salvar. En conclusión, entendemos que tales normas tienden a considerarse como cuerpos extraños dentro de nuestra tradición jurídica. El tema exigiría un estudio más profundo.

(94) Así se han manifestado BERCOVITZ, *op. cit.*, y PANTALEÓN, *op. cit.*, *passim*.

al presunto avance con el que a veces se justifica la admisión de las transmisiones de propiedad con fines de garantía (95), es preciso reconocer con Lacruz (96) que históricamente no es sino una regresión a la *fiducia* romana.

La Sección 9-202 establece que: «Cada disposición de este artículo con respecto a derechos, obligaciones y acciones se aplica ya recaiga la propiedad (*title*) sobre el objeto de la garantía en el acreedor o en el deudor.» Al igual que en el art. 2, en el art. 9 el *title* deja de ser un argumento que controla: «Los derechos y deberes de las partes en una transacción de garantía y de las terceras partes son establecidos en este artículo sin referencia a la atribución del *title* sobre el objeto» (*Official Comment*). Para ello, el art. 9 prescinde de la vieja polémica que atenazaba a los derechos de garantía: «Este artículo no determina si el *title* sobre el objeto está en el acreedor o en el deudor y no adopta ni una teoría del *title* ni una teoría del *lien* de los derechos de garantía. Los derechos, obligaciones y acciones no dependen de la atribución del *title*» (*Official Comment*, Sección 9-101). El art. 9 no se introduce en la vieja controversia histórica para elaborar su definición de derecho de garantía, y tal actitud creemos que es la más inteligente. Ahora bien, la atribución del *title* puede ser importante para otras finalidades, como, por ejemplo, para determinar la incidencia de la tributación, y en tal caso las partes tienen libertad para contratar como ellas quieran (*Official Comment*, Sección 9-101); este artículo no determina de ninguna forma qué línea de interpretación (teoría del *title*, v. teoría del *lien*, o retención del *title*, v. transmisión del *title*) debe ser seguida en casos en los que la aplicabilidad de alguna otra norma jurídica depende en quién tiene el *title* (*Official Comment*, Sección 9-202).

Así se explica fácilmente la actitud de la doctrina y la jurisprudencia americana respecto al tema del *leasing*. Frente a la posición europea que ha tendido a la admisión del *leasing* como un contrato nuevo y atípico, la posición americana y la del art. 9 UCC es otra: la cuestión radica en diferenciar cuándo un arrendamiento es verdadero y cuándo encubre la existencia de un derecho de garantía (97). El truco era ya muy viejo y conocido; lo que ha dado al fenómeno del *leasing* unas dimensiones insospechadas son las consecuencias contables y fiscales, pero en tal caso el problema se plantea para la legislación contable y fiscal, y no para la legislación de garantías mobiliarias (98).

(95) Así en la doctrina francesa, *vid.* BRUYNEEL y STRANART, *Les Sûretés*, Paris, 1984; en la doctrina italiana, las citadas obras de VARRONE y BARBIERA.

(96) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *La forma constitutiva en la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento*, en «AAMN», 1961, p. 349.

(97) *Vid.* ROJO AJURIA, *op. cit.*, pp. 73-109.

(98) No se pueden infravalorar nunca los efectos contables y fiscales del *leasing*. Gilmore decía en su clásica obra, p. 81, que la tontería del balance, puede pensarse, que apenas puede servir para engañar a la viuda o al huérfano menos informado,

Al convertirse el *leasing* en un instrumento de obtención o transmisión de incentivos y ventajas fiscales, la determinación de lo que es una operación de *leasing* a efectos fiscales es labor del legislador fiscal. Otra cosa es que tal operación de *leasing* puede resultar una *secured transaction* a efectos del art. 9. En conclusión, en un contrato de garantía, según la definición del art. 9, se puede pactar que la *propiedad a efectos fiscales* (o a otros efectos) la ostente el acreedor, pero tal atribución, en absoluto, va a determinar los derechos del deudor y acreedor (y terceros, por supuesto). El ideal de la unidad del ordenamiento jurídico queda en entredicho, pero mientras existan incoherencias en el ordenamiento es preferible reconocerlas y asumirlas, que no dotar a la incoherencia de una categoría ontológica.

Las incoherencias entre la legislación fiscal y la legislación de garantías mobiliarias son tolerables; lo que resulta menos tolerable son las incoherencias internas en el Derecho de garantías mobiliarias. El art. 9 evita que mediante la cuestión del *title* se pueda llegar a ello: «Así las incidencias de unos bienes son las mismas bajo este artículo si el acreedor garantizado aparece como que ha retenido el *title*, o el deudor aparece como que ha obtenido el *title* y entonces lo ha transmitido o ha constituido un gravamen en favor del acreedor» (*Official Comment*, Sección 9-202). La cuestión de la reserva de dominio queda regulada en la Sección 9-113: «Un derecho de garantía que nace únicamente según el artículo sobre Ventas (art. 2) está sujeto a las disposiciones de este artículo excepto en la medida y tanto tiempo como el deudor no tenga o no obtenga legalmente la posesión de los bienes:

- a) No es necesario un contrato de garantía para hacer al derecho de garantía ejecutable;
- b) no se requiere el registro para perfeccionar el derecho de garantía, y
- c) los derechos del acreedor por incumplimiento del deudor se rigen por el artículo sobre Ventas (art. 2).

Es decir, los límites a la aplicabilidad del art. 9 a los derechos de garantía cuyo origen está en el artículo sobre Ventas son apropiados sólo en tanto en cuanto *el deudor no tiene u obtiene legalmente la posesión de los bienes. Un acreedor que desee conservar el derecho de garantía después de que el deudor obtenga legalmente la posesión debe cumplir totalmente con todas las disposiciones de este artículo* y usualmente debe registrar una anotación de financiación para perfeccionar el derecho. Este es el efecto de la cláusula «excepto» en

y que las ventajas fiscales sólo pueden ser garantizadas hasta la próxima revisión de las normas fiscales, como mucho. Gilmore no podía imaginar que tales consecuencias iban a ser recogidas por el propio legislador para articular determinada política fiscal de incentivos o que en otros países la tontería del balance y las ventajas fiscales, lejos de destinarse al engaño de la viuda o el huérfano, iban a originar la creación de un sector especializado en el mercado crediticio.

el preámbulo de esta sección (*Official Comment*, Sección 9-113). Se abandona el criterio del *title*, palabra formal para una noción puramente conceptual cuyo significado nadie conoce, excepto quizá los historiadores legales, como comentaba el juez Learned Hand (99) y se opta por un criterio *fáctico*, la posesión, para establecer las relaciones entre los derechos que surgen del contrato de venta y los derechos de garantía. Por ello, se utiliza también el término *security interest* para designar a los derechos que surgen del contrato de venta. Un vendedor que se reserva un derecho de garantía por acuerdo no pierde sus derechos según el artículo sobre Ventas, pero los derechos que no son atribuidos por el artículo sobre Ventas *dependen del total cumplimiento de este artículo* (*Official Comment*, Sección 9-113).

Una vez que el vendedor ha entregado los bienes al comprador, y éste permanece en su posesión, no cabe duda de que *respecto a terceros* la situación es muy similar a la de una hipoteca mobiliaria. Es quizá el peso fundamental que en el *common law* ha tenido siempre el *Twyne's Case* (100), la prohibición de transmisiones secretas, la propiedad aparente, lo que ha favorecido la superación de la distinción basada en el *title*, abolición que fue confirmada por la jurisprudencia (101). Y basándonos en el ejemplo americano, vamos a añadir unas consideraciones a la polémica acerca de la *reserva de dominio*, sin pretender agotar el tema (102).

La controversia sobre la reserva dominio obliga a plantearse el sentido de las controversias jurídicas. Dentro de los distintos tipos de controversias, Genaro R. Carrió (103) distingue dos: controversias sobre la «naturaleza jurídica» de una institución y controversias generadas por un desacuerdo valorativo encubierto. En la de la reserva de dominio encontramos características de estos dos tipos de controversia. Comencemos por el desacuerdo valorativo encubierto, esa creencia implícita en la mayor fuerza de la reserva de dominio, como nos decía Gilmore.

En la línea de los principios básicos siempre hemos defendido la postura de Bercovitz (104), que es la del art. 9 UCC. Tomemos uno de los argumentos con los que se ha pretendido rebatir tal posición: la lógica atribución al vendedor de una tercería de mejor derecho y no de una tercería de dominio. Recientemente, Martínez de Agui-

(99) *Vid.* HENSON, *op. cit.*, p. 18.

(100) *Supra*, Apdo. V.

(101) *In re* Yale Express System, Inc., *Court of Appeals* para el *Second Circuit*, 1966, en HENSON, *op. cit.*, p. 9.

(102) Otras referencias a la polémica se pueden ver a lo largo de nuestra obra sobre el *leasing* mobiliario.

(103) CARRIO, GENARO R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, 1986, pp. 91-115.

(104) BERCOVITZ, RODRIGO, *La cláusula de reserva de dominio*, Madrid, 1971; *Comentarios a la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles*, Madrid, 1977.

re (105) se ha sumado a la teoría clásica y entre otros argumentos utiliza el siguiente (106): «Mucha más segura me parece la posición que se deriva para el vendedor de una tercería de dominio (acción que corresponde a éste en la concepción clásica de la reserva de dominio), sin que por ello redunde en grave perjuicio de terceros acreedores.» En tales afirmaciones hay unas valoraciones que van más allá de los conceptos y que se refieren a la tutela de los intereses del vendedor, comprador y terceros. Se parte de la base de que la intervención del tercero acreedor supone la interrupción del normal desarrollo de la venta a plazos y la pérdida de la mayor parte (por no decir toda) de la eficacia de la reserva de dominio. Por el contrario, para los acreedores, la tercería de dominio no supone más perjuicio que el derivado de un aplazamiento en sus pretensiones, por lo que se refiere al bien vendido. Creemos que nos encontramos ante el verdadero núcleo de la teoría clásica de la reserva de dominio: *se prescinde (al menos temporalmente) de la relevancia del interés de los terceros*. Nuestra discrepancia se basa en que el interés de los terceros debe de ser una *hipótesis de relevancia* en cualquier caso. La hipótesis de relevancia supone un *criterio valorativo* (107): «Una propiedad relevante (en sentido prescriptivo) para un criterio valorativo puede no ser relevante (en sentido prescriptivo) para otro.»

No estamos de acuerdo con la valoración implícita de los distintos intereses en que se basan los argumentos para rechazar la tercería de mejor derecho. No creemos que la reserva de dominio pierda la mayor parte o toda la eficacia con la tercería de mayor derecho, y, sobre todo, *no creemos que no hay un perjuicio para los terceros acreedores* si se opta por la tercería de dominio. Supongamos que A vende a B un bien por 4.000.000 a pagar en cuatro años. Al cabo de dos años, se han pagado 2.000.000 del precio y el valor del bien es 3.000.000; pero B debe pagar a C 1.000.000. Entendemos que la reserva de dominio no pierde su eficacia si dota a A de una preferencia absoluta, y que no existe *causa suficiente* para que C, pudiendo hacer efectivo su crédito, tenga que someterse a una incierta espera. La tercería de mejor derecho es la solución idónea para que A cobre su crédito de 2.000.000 y C el suyo de 1.000.000 en ese momento. Recuérdense que las normas del art. 9 conciernen principalmente *con los límites de la protección del acreedor garantizado contra los compradores y acreedores del deudor* (*Official Comment*, Sección 9-101). Las hipótesis de relevancia asumidas en ambos casos son distintas y, por tanto, no es posible el acuerdo, porque la discrepancia no está en realidad en la teoría, sino la valoración de los intereses.

(105) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS, *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1988.

(106) *Op. cit.*, pp. 114-115.

(107) ALCHOURRON Y BULYGIN, *op. cit.*, p. 156.

Ahora bien, no es preciso incurrir en el otro tipo de controversias, sobre la «naturaleza jurídica» de la institución, en busca de una justificación única para la solución de todos los casos que, ya en forma clara, ya en forma imprecisa, caen bajo un determinado conjunto de reglas (108). El ordenamiento alemán nos muestra cómo, incluso partiendo del *modelo del derecho de propiedad*, para desarrollar el Derecho de las garantías se puede llegar a soluciones realistas y razonables (109). El ejemplo básico es la elaboración doctrinal y jurisprudencial para dotar de protección y transmisibilidad a la posición jurídica del comprador (110). Por el contrario, en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo la posición del comprador es harto precaria, y hasta se le subordina a las pretensiones de los acreedores del vendedor, en un sacrificio innecesario, incluso desde la concepción clásica de la reserva de dominio (111). La atribución del título, la propiedad, se convierte en el único criterio relevante. Así se puede dar preferencia a una reserva de dominio *no inscrita* sobre una hipoteca inscrita en el caso de una incorporación de un bien mueble a un bien inmueble (112).

La controversia sobre la utilización de la propiedad en el campo de los derechos de garantía no debe convertirse en una controversia puramente dogmática. Creemos que la solución del art. 9, la definición de un *derecho de garantía*, es la mejor premisa lógica y jurídica para desarrollar las garantías mobiliarias, pero no vamos a caer en la intransigencia. Podemos aceptar con Varrone que exista una transmisión de propiedad con fines de garantía, porque el propio autor reconoce que no se trata en realidad de una verdadera propiedad (113). No consideramos que el Derecho alemán de garantías mobiliarias sea intrínsecamente perverso o erróneo, porque lo que importan son los efectos jurídicos (114).

Tal como hace el art. 9 UCC, creemos que una solución adecuada es prescindir o superar la controversia. Se trata en cualquier caso de buscar salidas razonables; así, en el ejemplo propuesto, a pesar

(108) CARRIO, *op. cit.*, pp. 100-103.

(109) Sobre los modelos en la teoría del Derecho, *vid.* TARELLO, *Diritto, enuncia-ti, usi*, Bolonia, 1974, pp. 363-366; DI ROBILANT, EMICO, *Modelli nella teoria del di-ritto*, en «Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.», pp. 705-721. Si bien los modelos *descriptivos* se basan en la oportunidad, y no en la veracidad, siendo compatibles, cuando tal modelo se eleva a la categoría de *preceptivo* es incompatible, como las normas.

(110) *Vid.* PENNINGTON, ROBERT, R., *Retention of title to the sale of goods under European Law*, en «International and Comparative Law Quarterly», 1978, pp. 277-318.

(111) Sentencia de 11 de julio de 1983, comentada por BERCOVITZ en los *CCJC*, núm. 3, pp. 873-879 (77).

(112) Sentencia de 26 de marzo de 1984, comentada por BERCOVITZ en los *CCJC*, núm. 5, pp. 1541-1548 (127).

(113) VARRONE, *op. cit.*, p. 125.

(114) Así en Derecho alemán la propiedad atribuida mediante la *Sicherungsübereig-nung* tiene esencialmente los mismos efectos que el derecho de prenda, con el argumen-to que de hecho cumplen la misma función de garantía, *vid.* VARRONE, *op. cit.*, p. 227.

de oponerle la tercería de dominio, el acreedor puede interferirse en las «exclusivas» relaciones entre vendedor y comprador. El art. 10 LVP establece lo que los americanos llaman el *right to redeem* (Sección 9-506), es decir, la posibilidad de que el deudor pague y libere al bien de la garantía. Y como el art. 1.111 Cc. permite a los acreedores ejercitar todos los derechos y acciones del deudor (acción subrogatoria), es claro que el acreedor podrá valerse del derecho de redención (o pago anticipado). Así C entregaría a A 2.000.000, y podría embargar el bien valorado en 3.000.000 para cobrar su crédito de 1.000.000 (además del pago realizado) (115). Pero, a veces, las discrepancias dogmáticas encubren discrepancias valorativas de mayor calado.

Por último, la controversia española sobre la reserva de dominio se circunscribe a la llamada reserva de dominio *simple*. Así hasta se ve con ojos críticos que el financiador a comprador pueda ser beneficiario de tal garantía (116). Pero una visión tan limitada de la reserva de dominio es muy poco útil para el moderno Derecho de garantías mobiliarias. Son fundamentales las llamadas *prolongaciones, transmisiones, alargamientos, cuentas corrientes* o la *Konzernvorbekalt* (117). En tal caso, los argumentos de la teoría clásica, basada en el contrato de compraventa y la condición suspensiva, pierden poder de convicción, salvo que se afirme como Goode (118) que: «Parece que el carácter de la transacción no es afectado por el hecho de que la reserva de dominio del vendedor se pacte para asegurar no sólo el precio de los concretos bienes vendidos, sino otras deudas del comprador a favor del vendedor originadas en transacciones *anteriores o posteriores*» (119). Ahora bien, si se ha adoptado prescriptivamente el mo-

(115) El ejemplo es muy simple y prescinde de los problemas de la ejecución de la garantía. Probablemente se argumente en contra que los procedimientos de ejecución conllevan usualmente una depreciación muy fuerte del bien. Estamos de acuerdo, pero, como veremos en el próximo apartado, el problema es entonces la reforma de tales procedimientos para que sean eficaces y no supongan necesariamente tal pérdida de valor del bien, como pretende la Parte V del art. 9 UCC.

(116) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 136-137.

(117) BARMANN y otros, *op. cit.*, pp. 130-133. Así se produce la cesión anticipada de los créditos nacidos de la reventa de la cosa; la transmisión de la garantía a los productos obtenidos con la transformación de la cosa; el compromiso del comprador de mantener frente a los subadquirentes la reserva de dominio a favor del vendedor; la extensión de la garantía a otros créditos anteriores o posteriores entre vendedor y comprador, que también puede articularse mediante una situación de cuenta corriente (garantizando el saldo); el beneficiar a terceros relacionados con el vendedor de los efectos de la garantía.

(118) *Legal Problems, cit.*, pp. 6-7.

(119) Creemos que así pierde toda su fuerza al argumento causal de que la reserva de dominio encuentra su causa en la falta de pago del precio (art. 1.274 Cc). Si nos salimos de la relación de *onerosidad* entre la propiedad de la cosa y el precio, la *causa de garantía* queda perfectamente evidenciada. Entonces, al menos en un *ordenamiento causalista* como el español, la atribución de un derecho de propiedad con causa de garantía no resulta satisfactoria. Así lo entiende BERCOVITZ, *op. cit.*, y del mismo modo PANTALEÓN, *op. cit., loc. cit.*, respecto a la cesión de créditos.

delo de la reserva de dominio, creemos que es necesario trascender la concepción *simple*, porque las necesidades del tráfico mobiliario lo exigen. De ello es buena prueba el art. 9 UCC.

VIII. TIPICIDAD DE DERECHOS, LIBERTAD CONTRACTUAL Y GARANTIAS MOBILIARIAS

La lectura de los debates doctrinales acerca de las garantías mobiliarias en el ámbito latino nos muestra que en los problemas que se introducen hay elementos de muy distinta naturaleza. Por un lado, nos encontramos con la *necesidad de generalización de la garantía mobiliaria*. Pero junto a este problema que ya conocemos se añaden otras cuestiones, tales como (120): evitar las formalidades y los gastos fiscales, que tienen las garantías tradicionales (sobre todo la hipoteca); evitar los conflictos que derivan del crecimiento del pasivo privilegiado, en particular de los privilegios salariales, fiscales y de la seguridad social; evitar en lo posible las consecuencias de los nuevos procedimientos concursales. Ante tal «crisis» de las garantías tradicionales, la libertad contractual se revela como el instrumento propicio para la «recuperación» de la garantía. No creemos que las cosas sean tan simples.

1. Tipicidad y contenido de los derechos de garantía

Nos dice Díez-Picazo (121) algo que, en principio, debería resultar evidente: «En los derechos reales de garantía imperan la tipicidad y el *numerus clausus*. Y ello por la fundamental razón de que los derechos reales de garantía entrañan un derecho de realización del valor, y, sobre todo, una suerte de privilegio o de prelación, que tiene por ello carácter excepcional, ya que suponen una particular derogación del principio de *par condicio creditorum*.» El *numerus clausus* también es el punto de partida de Rubino (122), aunque añade a continuación: «Derechos atípicos de garantía no pueden ser creados por los particulares si no es con naturaleza meramente obligatoria.» Pero, ¿qué significa un derecho de garantía de naturaleza meramente obligatoria? Hemos de analizar el contenido del derecho de garantía.

No pretendemos entrar en la polémica acerca de la naturaleza jurídica de la hipoteca (123). Como hipótesis de trabajo vamos a partir del planteamiento de Baird (124), que nos parece acertado: «Una tran-

(120) BRUYNEEL y STRANART, *op. cit.*, *passim*.

(121) DÍEZ PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 102.

(122) RUBINO, *op. cit.*, pp. 16 y 194.

(123) *Vid. ID, op. cit.*; SERRANO GARCÍA, *op. cit.*; VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*

(124) BAIRD, *Deep Structure of Article 9, cit.*, p. 3. El subrayado es nuestro.

sacción garantizada da al acreedor garantizado *dos clases de derechos*. Primero, un acreedor garantizado tiene el derecho, en caso de incumplimiento, de recuperar la posesión del objeto y venderlo para satisfacer la obligación que se le debe. Un segundo y distinto derecho concierne, no a la *relación entre el acreedor y el deudor*, sino a la *relación entre distintos acreedores*... Un análisis de los principios subyacentes en el art. 9 debe examinar estas dos diferentes clases de derechos. El primer derecho es un *property right*, mientras que el segundo es un *priority right*. Una apreciación de la diferencia entre estos derechos es crucial para comprender cómo el art. 9 funciona.» En nuestra opinión, para comprender el contenido del derecho de garantía es necesario partir de la base de que *los «property rights» y «priority rights» son conceptualmente distintos. Cada uno de ellos podría existir sin el otro* (Baird).

Tal planteamiento resulta lógico y no es extraño a nuestra mentalidad jurídica. Guilarte (125) caracteriza el funcionamiento de la garantía real por la *intensificación de un vínculo sobre un bien concreto y determinado (property rights), sujeción que se complementa con las facultades de preferencia (priority rights contra otros acreedores) y persecución (priority rights contra compradores) que conlleva y que rompen en beneficio de su titular la situación igualitaria que deriva del principio de responsabilidad genérica consagrado en el art. 1.911 Cc.* El mismo autor, al comentar el art. 1.865 Cc. (126), nos dice que la prenda constituida de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.863 tiene *carácter real entre los interesados (property rights)*, si bien estará ausente de la misma la nota de absolutividad o de eficacia *erga omnes*, de modo que *las consecuencias que debieran derivar de la misma no pueden oponerse a los terceros (priority rights)*.

Pero más allá de opiniones doctrinales, creemos que esa distinción se desprende de la propia regulación del Código civil: entre las disposiciones comunes a la prenda y a la hipoteca, el art. 1.858 establece que es también de *esencia* de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor; pero es en los arts. 1.926 y 1.927, *de la prelación de créditos*, donde se establece que tales derechos de garantía *excluyen a todos los demás por su importe hasta donde alcance el valor del bien mueble o inmueble a que la preferencia se refiere*. La regulación del Código de Comercio distingue claramente *dos tipos de derechos conceptualmente distintos*, y creemos que tal distinción es necesaria. Por ello, no compartimos las explicaciones que tienden a difuminar tal dualidad, sustituyendo al privilegio (*causa de prelación ex arts. 1.922 y 1.923 Cc.*) por el derecho real a cobrar

(125) GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. XXIII, p. 7.

(126) ID, *op. cit.*, pp. 417-418.

sobre la cosa(127), o afirmando en la garantía se da una transformación de un derecho relativo en un derecho absoluto (128).

Los *property rights* plantean fundamentalmente un problema de tutela del deudor, que históricamente se ha manifestado en la prohibición de pacto comisorio (art. 1.859 Cc.). Ahora bien, no creemos que, como dice Ferrandis (129), el carácter limitativo del dominio de los derechos de garantía se manifieste sólo en la fase de realización del valor. Ya conocemos la importancia que da la doctrina americana al *monitoring* (130) de los acreedores, y como veremos en el próximo apartado, la relación de garantía se concibe como una relación entre el acreedor y deudor, más que como una relación entre acreedor y cosa. Basta leer atentamente la LHM y PSD para comprobar cómo los efectos de la garantía se pueden manifestar antes de la fase de ejecución, implicando un control de la actividad del deudor por el acreedor (por ejemplo, arts. 6, 18, 29, 44, 60 y 63). Entendemos, con la doctrina americana y el art. 9 UCC, que es fundamentalmente en esta manifestación del contenido del derecho de garantía en la que juega primordialmente la libertad contractual. Así, la Sección 9-501 (1) no define el significado de *incumplimiento*, que puede ser determinado por el contrato de garantía (131).

Pero cuando se entra en la fase de incumplimiento, la tutela del deudor motiva que la libertad contractual quede muy restringida: «Excepto para el procedimiento en caso de incumplimiento, la libertad contractual prevalece entre las partes inmediatas de la transacción de garantía» (*Official Comment*, Sección 9-101). Al igual que el art. 1.858 Cc., la Sección 9-501 entiende que: «Los derechos del acreedor sobre la cosa después del incumplimiento del deudor son de la *esencia* de una transacción garantizada. Estos son los derechos que distinguen al acreedor garantizado del no garantizado.» Por lo que resulta evidente que la eficacia del derecho de garantía dependerá en gran medida de la adecuación de tales derechos. Recientemente Carrasco (132) ha sintetizado de forma adecuada lo insatisfactorio de nuestro Derecho en este sentido. En este estudio hemos de prescindir del análisis de esta compleja cuestión, limitándonos a indicar que evidentemente la quinta parte del art. 9 establece un procedimiento mucho más flexible al que conocemos en el Derecho español (133).

(127) LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. I, Barcelona, 1985, pp. 387-393.

(128) FERRANDIS VILELLA, JOSÉ, *Introducción al estudio de los derechos reales de garantía*, en «ADC», 1960, pp. 37-62.

(129) ID, *op. cit.*, p. 52.

(130) *Supra*, Apdo. IV.

(131) STONE, BRADFORD, *Uniform Commercial Code*, St. Paul, 1984, p. 482.

(132) Vid. CARRASCO, ANGEL, *Comentario a la Resolución de la DGRN de 30 de junio de 1987*, en «CCJC», núm. 15, pp. 4929-4941.

(133) El acreedor puede tomar posesión judicial o extrajudicialmente (sin ruptura de la paz) después del incumplimiento (Sección 9-503). El derecho del acreedor a dispo-

Así, en la doctrina y jurisprudencia italiana (134), la prohibición de pacto comisorio ha sido una de las razones básicas para mantener la tipicidad de los derechos reales de garantía. Ahora bien, en nuestra opinión, la tipicidad deriva fundamentalmente, tal como planteaba Díez Picazo, de los *priority rights*. En general, en los derechos de garantía, *la relación con la cosa* tiene un simple valor instrumental, no final, como sucede en los derechos de disfrute (135). Aunque el bien es el *insustituible punto de referencia de la garantía en sentido técnico* (136), la única estructura posible de la garantía es la adición al crédito de un *quid, instrumentalmente destinado a la realización del mismo*, haciendo más segura su transformación del derecho al bien a derecho sobre el bien (137). En este sentido, resulta evidente que, más allá de los *property rights*, la eficacia de derecho de garantía depende fundamentalmente de su *oponibilidad* frente a terceros (*priority rights*), de ahí su necesario carácter, en los ordenamientos europeos, de *derecho real* (138), y no como una mera consecuencia de la publicidad (139). Es decir, nos colocamos más allá de la libertad contractual.

Tal como afirma Natucci (140), los derechos reales atípicos, en cuanto fuente para terceros adquirentes de una limitación del propio derecho, serían un caso de poder privado no previsto por el legislador; tal expresión de poder significa una *derogación del principio de igualdad de los ciudadanos* (y en el supuesto de los derechos de garantía de la *par condicio creditorum*). Entendemos acertada la consideración de que en el fondo es un problema de reparto de competencias, entre los privados y el ordenamiento, el de la distinción entre contenido y efectos (141). La consecuencia es que la ineficacia de un derecho atípico como real, no conlleva necesariamente su invalidez como derecho obligatorio (142). Si admitimos que en el caso de las relaciones reales, el interés a valorar está constituido por *intereses de terceros* (143), y que tocar la esfera jurídica de los terceros, regular los intereses ajenos no compete a las partes, sino al *legislador* (144), es fácil comprender en la regulación de los derechos de garantía, y en particular

ner del bien sólo tiene como límite lo *comercialmente razonable*. La disposición puede ser por procedimientos públicos o privados. El acreedor puede comprar el bien en venta privada si es de un tipo que tiene un precio standard reconocido en el mercado (Sección 9-504).

(134) Vid. SESTA, MICHELE, *Le garanzie atipiche*, Padua, 1988, pp. 1-154.

(135) NATUCCI, ALESSANDRO, *La tipicità dei diritti reali*, I, Padua, p. 27.

(136) BARBIERA, *op. cit.*, p. 5.

(137) ID, *op. cit.*, p. 214.

(138) NATUCCI, *op. cit.*, p. 125.

(139) ID, *op. cit.*, p. 139.

(140) ID, *op. cit.*, pp. 155-152.

(141) NATUCCI, ALESSANDRO, *La tipicità dei diritti reali*, II, Padua, 1985, p. 19.

(142) ID, *op. cit.*, p. 5.

(143) ID, *op. cit.*, p. 53.

(144) ID, *op. cit.*, p. 25.

los *priority rights*, la libertad contractual tiene un papel limitado (145), aunque los resultados prácticos puedan ser similares (146).

Si centramos el análisis en los derechos reales de garantía, la cuestión se muestra con gran claridad. Como ya se dijo en la introducción, no se puede hablar de lagunas propiamente en un ordenamiento jurídico en el que rija la norma de la *par condicio creditorum*. La garantía, y el privilegio, en cuanto causas legítimas de prelación derogan parcialmente la norma general. La estructura del art. 2.741 Cc. italiano es la adecuada: «Los acreedores tienen igual derecho de ser satisfechos con los bienes del deudor, salvo las causadas legítimas de prelación.» Por ello, no es suficiente apelar al *pas de privilège sans texte* para justificar una potencial restricción de la libertad contractual. En su formulación negativa puede llegar a parecer una norma innecesariamente restrictiva. Su verdadera dimensión queda reflejada en el citado art. 2.741 Cc. italiano: como excepciones a una norma jurídica con contenido propio (igualdad de acreedores). Por ello, quizá sea preferible una formulación positiva del problema, preguntándose por el preciso campo de aplicación del *principio de igualdad de acreedores* (147), y no limitándose a una formulación negativa del problema. Es decir, la *ratio legis* del art. 1.925 Cc. no está en la pura negatividad (no gozarán de preferencia), sino en la formulación de las normas que establecen la responsabilidad universal y la igualdad de acreedores, art. 1.911 Cc. Por lo que, retomando las afirmaciones vertidas en el párrafo precedente, es evidente que tratándose de la derogación de una norma no dispositiva, y no sólo del genérico principio de igualdad de los ciudadanos, que afecta necesariamente a intereses de terceros, no es competencia de los particulares, sino del legislador.

2. El ejemplo de la venta en garantía

En realidad, cuando se apela a la libertad contractual en el campo de las garantías, usualmente se está apelando a la posibilidad de utili-

(145) En particular la doctrina americana ha estudiado los problemas planteados por los acuerdos de subordinación, y las cláusulas negativas de prenda, *vid.* COOGAN, KRIPKE y WEISS, *The outer fringes of Article 9: subordination agreements, security interests in money and deposits, negative pledge clauses, and participation agreements*, 79 «Harvard Law Review», p. 229 (1965); GILMORE, *op. cit.*, pp. 983-1019; BAIRD, *Security Interests, cit.*, pp. 880-930.

(146) *Vid.* JACKSON y KRONMAN, *Secured Financing and Priorities Among Creditors*, 88 «Yale L. J.», p. 1164 (1979). Como afirman estos autores, si la cuestión de la prioridad entre acreedores garantizados se dejase a la entera libertad de las partes, es muy posible que cada uno de ellos pactase una preferencia absoluta sobre el bien. En tal caso, el conflicto se resolvería con la regla *prior in tempore potior in iure*, que es la regla que adopta el art. 9 UCC.

(147) VAN OMMESLAGHE, PIERRE, *Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté*, en «Les Sûretés», *cit.*, pp. 345-393.

zación del derecho de propiedad con fines de garantía. El ejemplo alemán está presente en tales invocaciones (148): «Los Derechos alemán y suizo proporcionarán en este sentido enseñanzas preciosas.» Pero tales enseñanzas creemos que han de ser matizadas, sobre todo si respetamos los principios básicos de nuestros ordenamientos jurídicos latinos.

Una venta o es real o es simulada. Este planteamiento se muestra de forma diáfana en el ordenamiento italiano donde existe la figura de la venta con *patto di riscatto* regulada en el Código civil. Esto ha obligado a la doctrina y la jurisprudencia a distinguir entre una venta real (con *patto di riscatto*) y una venta, o mejor, *alienación con fines de garantía* (149). La posición de la jurisprudencia española es idéntica, pues, como ya hemos visto (SS. 25 de febrero y 8 de marzo de 1988), abandonada la teoría del doble efecto en el negocio fiduciario, se reconoce que no hay venta porque no hay voluntad de comprar o vender, sino una finalidad de garantía. A partir de aquí comienzan las discrepancias.

La doctrina y la jurisprudencia italiana están muy condicionadas por el significado que han dado a la causa según el art. 1.322 Cc. y por la prohibición de pacto comisorio establecida en el art. 2.744 Cc. Tal como señala Sesta, este último artículo está sometido a una polémica interpretativa doctrinal y jurisprudencial según predomine el elemento literal (restrictiva) o finalista (extensiva). Una interpretación extensiva haría caer a la venta en garantía dentro de la prohibición. Pero Sesta (150) toma una postura que le permite prescindir de tal polémica, porque entiende que la alienación con fines de garantía no se dirige a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico, o que la causa (independientemente del esquema) está en contraste con la utilidad social o con el orden público económico, que se basa más bien en la tutela del deudor. Es decir, en ambos casos el juicio de validez se efectúa en el plano contractual.

La jurisprudencia española, por el contrario, admite la validez de tal contrato, basándose en la libertad contractual. Pero, aunque se admite que venta y garantía son figuras bien distintas (151), la una como contrato de cambio, la otra una cautela personal o real asignada al acreedor para tutelar la satisfacción de su crédito, se niega que haya simulación. Las razones nos las dan las citadas sentencias y de forma precisa la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 30 de junio de 1987: «No puede el registrador inscribir la titularidad creada como un derecho real de garantía, pues ni la

(148) STOUFFLET, JAEN, *L'usage de la propriété a des fins de garantie*, en «Les Sûretés», *cit.*, p. 343.

(149) *Vid.* SESTA, MICHELE, *Le garanzie atipiche*, Padua, 1988, pp. 1-155. Se trata de una síntesis muy reciente de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales.

(150) *Op. cit.*, pp. 105-106.

(151) *ID.*, *op. cit.*, p. 1.

naturaleza ni extensión de este posible derecho real de garantía aparecen expresadas en la escritura con la precisión y claridad que exige el principio de especialidad, ni puede el Registrador reflejar un derecho cuya naturaleza y extensión está en oposición con la denominación que se le da en la escritura («propiedad»). La doctrina del *bill of sale mortgage* tiene una solución más simple: el derecho creado es una hipoteca. La causa (garantía) determina el tipo de derecho constituido. Así lo entiende Pantaleón respecto a la cesión de créditos (152): una cesión en garantía (contrato de garantía) no es causa suficiente para una transmisión plena del crédito, sino sólo para constituir un derecho de garantía sobre el crédito, que se describe como una especial *cotitularidad*. Y, si nos atenemos a lo dicho por Giorgianni, este es el significado histórico de la causa.

El planteamiento de Pantaleón se puede aplicar a todo tipo de bienes si adoptamos la concepción anglo-americana de la propiedad como *bundle-of-rights*, cuya formulación se atribuye a Hohfeld (153). La causa de garantía nunca puede ser causa suficiente para la transmisión completa del *bundle-of-rights*, sino para la constitución de un derecho de garantía, que supone una especial cotitularidad, ya que el acreedor tiene ciertos *property rights* sobre la cosa (además de los *priority rights* frente a terceros). La causa de garantía es insuficiente para la transmisión de todos los derechos que componen la propiedad, pero es suficiente para la transmisión de aquellos derechos que componen el derecho de garantía. El art. 9 UCC tiene el gran mérito de haber dotado al sector de las garantías mobiliarias de un esquema conceptual que permite aplicar sin dificultades tales principios, explicitando, *tipificando* (en términos de la Europa continental) tanto un *contrato de garantía* como un *derecho de garantía sobre bienes muebles*.

Si la eficacia de la venta en garantía se revela de cara o frente a terceros (sentencia de 8 de marzo de 1988), a la manera de un crédito sobre la finca litigiosa (sentencia 25 de febrero de 1988), entendemos que esto sólo puede ser posible en tanto en cuanto se cumplan los requisitos legales de la hipoteca en el caso de un bien inmueble, tal como sucede con la doctrina del *bill of sale mortgage*. Si aceptamos la tipicidad de los derechos reales de garantía, y el principio causalista de nuestro ordenamiento, un contrato de (venta en) garantía es causa de la constitución de un derecho de hipoteca. Este

(152) *Op. cit.*, pp. 1042-1051.

(153) *Vid.* COTTERRELL, *The Law of Property and Legal Theory*, en «Legal Theory and Common Law», Ed. Twining (William), Londres, 1986, p. 87. Mediante la concepción de la propiedad como haz o manojo de derechos se desplaza el interés de la relación entre propietario y cosa objeto de la propiedad, a una concepción de la propiedad que se ve esencialmente como una amalgama de *relaciones jurídicas entre personas* y a través de la cual se fijan los derechos y titularidades.,

planteamiento no es nuevo en nuestra doctrina pues ya hace tiempo De Angel (154) mantuvo tesis similares que fueron bien acogidas por otros autores (155). Entendemos que tal tesis debe ser la consecuencia lógica de los planteamientos de De Castro (156), que después de admitir como única causa del contrato realizado la de garantía, sin embargo, construye una especial *titularidad fiduciaria* para atribuir efectos al contrato (157).

Ahora bien, con los bienes inmuebles podemos mantener que el agnosticismo de la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 30 de junio de 1987, acerca de la naturaleza y extensión del posible derecho real de garantía constituido, parece más bien una consecuencia del reparo a calificar como hipoteca lo que en la escritura se ha denominado como propiedad, a tenor de lo establecido en el art. 51.5.º RH (158); en el caso de los bienes muebles la cuestión se complica, pues no existe un único derecho real de garantía, sino varias posibilidades (prenda, hipoteca mobiliaria, prenda sin desplazamiento, reserva de dominio...). Ahora bien, los problemas tampoco se resuelven añadiendo un nuevo derecho a la lista, llámese titularidad fiduciaria o de otra manera.

El art. 9 UCC nos explica cuál es esa fina línea que separa en la doctrina y jurisprudencia española (y europea en general) al negocio fiduciario de la simulación relativa. En el art. 9 UCC un contrato cuya finalidad es la garantía, sea cual sea el nombre o la forma utilizada por las partes, será un *contrato de garantía*, cuyos efectos son la constitución de un *derecho de garantía* sobre el bien mueble. Dicho de otra forma, la superación del formalismo tiene una doble vertiente: en el contrato y en el derecho de garantía. Si en la simulación relativa se trata de sacar a la luz el contrato disimulado para que éste produzca efectos jurídicos, los problemas surgen cuando no tenemos la certeza de cuál es tal contrato y qué efectos puede producir. El art. 9 la tiene: *es un contrato de garantía y sus efectos los de un derecho de garantía, es decir, los establecidos en el propio art. 9.*

(154) ANGEL, RICARDO DE, *Problemas que suscita la «venta en garantía» en relación con los procedimientos de ejecución del deudor*, en «RCDI», 1973, pp. 47-67.

(155) Entre otros, PUIG BRUTAU en sus *Fundamentos*, y LACRUZ BERDEJO en sus *Elementos*.

(156) DE CASTRO, FEDERICO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pp. 379-439.

(157) Entendemos que tal titularidad fiduciaria reintroduce el problema que se ha pretendido solucionar negando la existencia de una verdadera transmisión de propiedad, pues ¿cuáles son los efectos de tal titularidad?, y, sobre todo, ¿cuál es la fuente de tales efectos? La teoría del negocio fiduciario o se mantiene pura, es decir, basada en el doble efecto (en aquellos ordenamientos que lo permitan) o queda desvirtuada en su esencia.

(158) «La naturaleza del derecho que se inscriba se expresará con el nombre que se le dé en el título, y si no se le diere ninguno, no se designará tampoco en la inscripción.»

3. Derecho de garantía y privilegios

Es evidente que tal como afirman Jackson y Kronman (159), el valor de un derecho de garantía depende del grado en que aísla al acreedor garantizado de las pretensiones de los otros acreedores del deudor. Así, el art. 1.926.1.º Cc establece un alto grado de eficacia: el crédito pignoraticio *excluye a los demás* hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda. Ahora bien, insistimos en que el valor de la garantía dependerá del rango que el legislador le otorgue en la *prelación de créditos*, no de su propia naturaleza jurídica. Privilegio y derecho de garantía son conceptualmente diferentes (160), pero al ser ambos causas legítimas de prelación, si concurren en un mismo supuesto es preciso que el legislador establezca a su vez un orden de prelación entre ambos. El orden de prelación será el reflejo y consecuencia de determinadas opciones de *política legislativa y jurídica*. Pero tal cuestión es *externa* al derecho de garantía, no dependiendo de su definición o de su naturaleza jurídica, sino del rango que el legislador le otorgue en la prelación de créditos. En este sentido volvemos a insistir en la claridad y coherencia de nuestro Código civil: definidos los derechos de garantía en el Título XV, es en el Título XVII donde se establece el lugar que ocupan en la prelación de créditos.

La Sección 9-102 UCC establece que este artículo no se aplica a los privilegios legales excepto en lo dispuesto en la Sección 9-310. En ésta se da prioridad al crédito refaccionario (161) sobre el derecho de garantía, siempre que las cosas estén en posesión del acreedor privilegiado. El *Official Comment* nos explica la razón: el trabajo realizado ha aumentado o conservado el valor del bien. Las leyes pueden invertir el orden de prelación, pero el art. 9 establece una regla de interpretación a favor de la prioridad de este privilegio sobre el derecho de garantía. Tal preferencia puede ser letal para el derecho de garantía, siendo el sector del automóvil donde se ha centrado la litigiosidad y el fraude ha llegado a ser endémico (162).

(159) *Op. cit.*, p. 1143.

(160) *Infra*, Apdo. X. En nuestra opinión, la diferencia básica es preciso colocarla en la *causa*. El privilegio creado por ley se puede caracterizar como una *simple cualidad del crédito* (DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1988, p. 241). Por el contrario, el derecho de garantía tiene su causa en el *contrato de garantía* y, en última instancia en la libertad contractual. Así, la explicación de la razón de ser de la garantía (*Supra*, Apdo. IV) es absolutamente ajena a la existencia de privilegios. Es más, como veremos a lo largo del presente subapartado, la garantía y los privilegios responden a políticas jurídicas distintas, si no opuestas.

(161) «Cuando una persona en el ordinario curso de sus negocios proporciona servicios o materiales con respecto a bienes sujetos a un derecho de garantía, un privilegio sobre los bienes en posesión de tal persona dado por ley o norma de derecho por tales materiales o servicios tiene prioridad sobre un derecho de garantía perfeccionado, a menos que el privilegio sea legal y la ley expresamente establezca otra cosa.»

(162) GILMORE, *op. cit.*, pp. 871-889.

Ahora bien, la regla general es que un derecho de garantía perfeccionado no esté subordinado ni a los privilegios ni a los embargos judiciales (Sección 9-301). Esta misma línea de política jurídica sigue la *Federal Tax Lien Act* de 1966, estableciendo que el privilegio fiscal no es válido contra cualquier comprador, acreedor con derecho de garantía, privilegio refaccionario o embargo judicial hasta que se inscribe la notificación de dicho privilegio fiscal. Tal como dice Henson (163), el privilegio fiscal puede tener desastrosas consecuencias en las financiaciones, y la *Federal Tax Lien Act* sigue una opción de política legislativa tendente a evitar tal desastre, aunque según Coogan (164), siendo un paso en la dirección correcta, no es suficiente.

No obstante, advierte Bailey (165) que algunas leyes estatales fuera del Uniform Commercial Code establecen privilegios de varias clases que tienen prioridad sobre incluso un derecho de garantía perfeccionado con anterioridad. La erosión del derecho de garantía es tan *exterior* como *inevitable*. No es un problema de interpretación, o de naturaleza jurídica, sino una *opción de política jurídica*. Ni siquiera es necesario que una ley de garantías mobiliarias regule estos problemas, pues al ser una ley de rango ordinario no vincula especialmente al legislador. Entendemos que la prelación de los créditos salariales en el ordenamiento jurídico español no se deriva del último inciso del art. 10 LHM y PSD, *dejando a salvo siempre la prelación por créditos laborales*, inciso tan paternalista como inútil (166), pues el legislador, en el momento de redactar el art. 32 del Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980, pudo optar por la política legislativa que le pareció más oportuna. Incluso en la hipótesis contraria, suponiendo que el inciso final hubiese establecido una prelación de la Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión superior a la de los créditos salariales, es evidente que tal norma hubiese sido derogada por el art. 32 del Estatuto. Es decir, en todo caso se puede plantear un problema de colisión de normas, que sigue siendo ajeno a la supuesta naturaleza del derecho de garantía.

Se entiende, por tanto, que podamos mantener que la cuestión referente a la erosión del derecho de garantía por el crecimiento del pasivo privilegiado, y fundamentalmente los créditos salariales, fiscales y de la seguridad social, es una cuestión *externa* al derecho de garan-

(163) *Op. cit.*, pp. 174-181.

(164) *Vid.* COOGAN, PETER F., *The effect of the Federal Tax Lien Act of 1966 upon security interests created under the Uniform Commercial Code*, 81 «Harvard Law Review», pp. 1369-1419 (1968). Los problemas se plantean, sobre todo, en lo referente a los avances futuros y la garantía flotante, *Infra*, Apdo. XII.

(165) *Op. cit.*, p. 278.

(166) De la misma, GULLÓN, *Comentarios, cit.*, p. 763, entiende que tal artículo lo que en realidad hace es remitirse a la prelación establecida por las leyes laborales, no proclamar otra prelación distinta y nueva.

tía, que difícilmente puede plantearse como una cuestión a resolver mediante la libertad contractual. Nos dice Gilmore (167) que el art. 9 al menos da a los acreedores que proporcionan el capital necesario a una empresa *la oportunidad de protegerse contra el monstruo devorador de los privilegios legales*. Pero si la creación de tal monstruo es obra del legislador, también la posibilidad de protección debe ser establecida por el legislador.

En este sentido, también hemos de manifestarnos disconformes con la pretendida utilización de la teoría clásica de la reserva de dominio para concebirla como un *superprivilegio* que le hace escapar completamente de la quiebra del comprador, de los privilegios del fisco, de los salarios, de la seguridad social... (168) salvo que el legislador así lo haya regulado. La controversia acerca de la reserva de dominio vuelve a mostrársenos así como una controversia basada en un desacuerdo valorativo encubierto. Acudir a la tradición romanista que concibe la propiedad como *dominium* sobre las cosas (un único propietario con un derecho absoluto sobre el bien) (169) para justificar, por su propia naturaleza jurídica, la creación de una garantía que excluya totalmente la aplicación de ciertas normas jurídicas es una puerta falsa para solucionar el problema. Nadie puede dudar de que aquí se plantean importantes cuestiones de política económica y legislativa, pero es preciso abordarlas de forma directa, no encubierta.

El último inciso del art. 32.1.º del Estatuto de los Trabajadores, *aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca*, es una tentación para pretender que una propiedad en función de garantía pueda eludir dicha norma (170). En primer lugar, no creemos que sea una norma técnicamente defectuosa si admitimos la tipicidad de los derechos de garantía en nuestro ordenamiento. Ni siquiera la reserva de dominio regulada legalmente plantea problemas, pues el art. 19 LVP da al acreedor la misma preferencia que al acreedor prendario. No obstante, admitida la tercería de dominio en los casos de reserva de propiedad, el problema se replantearía pues, como dice Gullón (171), las preferencias salariales operan en el ámbito de los procedimientos concursales y en los procedimientos individuales de ejecución (tercerías de mejor derecho). Idénticos resultados pueden esperarse de la proliferación de las operaciones de *leasing* (172). En segundo lugar, sería preciso valorar la política legislativa que desarrolla el art. 32.1.º,

(167) *Op. cit.*, p. 361.

(168) *Vid. BROCA, op. cit.*, p. 24, para la doctrina francesa.

(169) COTTERRELL, *op. cit.*, p. 95.

(170) Posición que será probablemente la mayoritaria en nuestra doctrina. *Vid. LA-CRUZ, Elementos*, II, vol. I, p. 402.

(171) *Comentarios, cit.*, p. 764.

(172) ROJO AJURIA, *op. cit.*, pp. 280-284.

para ponerla en contraste con otras posibles, y entonces la pregunta sería: ¿es merecedora de crítica una política jurídica que establece una preferencia *absoluta* de los créditos por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional? La respuesta está en función del criterio axiológico que adoptemos; no podemos escudarnos en una presunta naturaleza jurídica. Ahora bien, una vez el legislador ha asumido una política jurídica la labor del intérprete es desarrollarla coherentemente, no modificarla.

Esa misma coherencia con la voluntad del legislador hace posible una interpretación del mismo art. 31 en su párrafo 3.º, dotando de prioridad a los créditos con garantía real mobiliaria, a pesar de la remisión a la Ley Hipotecaria (173). Ahora bien, si en el párrafo 3.º hemos de descartar la interpretación literal, también lo podemos hacer en el párrafo 1.º En caso contrario, habríamos de considerar que el art. 31.1.º es defectuoso y que debería haber seguido el modelo del art. 71 de la Ley General Tributaria (y otras leyes fiscales y administrativas) redactándose el inciso de la siguiente forma: aunque sean acreedores de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real. Pero la introducción de una expresión tal como *acreedor de dominio* hubiera causado natural perplejidad y confusión respecto a la naturaleza jurídica de la preferencia del art. 31.1.º, ya que, tal como dice Gullón (174), no nos encontramos ante un gravamen sobre los bienes.

La confusión que deriva de dotar al término propiedad de dos posibles significados jurídicos se vuelve a manifestar en el párrafo 2.º del art. 31. Según Gullón (175), es preciso que la preferencia recaiga sobre los bienes del deudor, para que tal disposición legal no tenga consecuencias catastróficas para el tráfico. Estamos de acuerdo, pero el problema también se puede plantear a la inversa. Si el art. 31.2.º establece que los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario, ¿se mantiene esa preferencia respecto a los bienes vendidos con reserva de dominio? La concepción clásica nos llevaría a una respuesta positiva, tal como sucedió en la sentencia de 11 de julio de 1983 respecto a un embargo de la Hacienda Pública. Tampoco las consecuencias de tal interpretación serían muy favorables al tráfico de bienes.

En conclusión, aunque garantía y privilegio se diferencian con claridad, ambos están destinados a concurrir en la prelación de créditos. La fuerza que tenga la garantía, entendida como su capacidad para

(173) *Vid.* GULLÓN, *Comentarios, cit.*, p. 763.

(174) *Op. ult. cit.*, pp. 756-758.

(175) *Op. ult. cit.*, pp. 758-760.

aislar al crédito garantizado del resto de acreedores, dependerá de la política jurídica adoptada por el legislador, del lugar de preferencia que le otorgue en la prelación de créditos. Es algo *externo* al derecho de garantía, tal como queda patente en nuestro Código civil. En este sentido, se pueden plantear problemas de colisión de leyes, sobre todo si el legislador no es coherente en la formulación de una determinada política jurídica. Entendemos que el problema se plantea de una forma incorrecta si pretendemos confrontar la política jurídica del legislador con la libertad contractual, de la misma forma que si ante una legislación de arrendamientos urbanos, que establece la prórroga forzosa, nos planteásemos la «invención» en base a la libertad contractual de un nuevo contrato de cesión onerosa del uso de la vivienda al que no se le aplicase dicha legislación. Por lo demás, acudir para estos fines a la propiedad vuelve a mostrarnos desacuerdos valorativos encubiertos. Ahora bien, el desacuerdo valorativo es posible siempre que la ley no haya optado ya por una determinada política jurídica. El art. 9 UCC vuelve a delimitar de forma adecuada este tipo de problemas.

4. Garantías mobiliarias y política legislativa

Hemos visto ya cómo existe una tensión potencial entre dos políticas jurídicas diferentes: la generalización de la garantía y el desarrollo del pasivo privilegiado. Es evidente que una opción legislativa por la primera, exige, en coherencia, la mayor limitación posible de la segunda. Un derecho de garantía generalizado, pero erosionado por diversos privilegios, sería con toda probabilidad muy poco popular en los circuitos de financiación.

Ahora bien, el equilibrio entre distintas políticas jurídicas a veces puede ser muy difícil. El ejemplo más claro lo plantea el nuevo Derecho Concursal basado en la conservación o salvación de la empresa. El ideal de la garantía, aislar a un acreedor del resto, nunca es tan deseado como en los procedimientos concursales. Frente a la opinión doctrinal y jurisprudencial que entiende que el nivel apropiado de prioridad del acreedor garantizado ha de ser algo menor en la quiebra que fuera de ésta, Baird (176) entiende que si los derechos de prioridad otorgados a los acreedores garantizados tienen sentido fuera de la quiebra, de ello se deduce naturalmente que también deberían tener sentido dentro de la quiebra. Según Baird, la pregunta de si el derecho de prioridad es o no una buena idea, puede y debería ser respondida *independientemente de si ha comenzado un procedimiento con-*

(176) *Deep Structure, cit.*, pp. 36-39.

curisal. Probablemente es la posición adecuada, pues, como afirma Witz (177); «una garantía real que fuese eficaz fuera de un procedimiento colectivo de pago y que no lo fuese en caso de apertura de tal procedimiento, no merecería ya más la denominación de garantía».

Así, la eficacia de la garantía se mediría por su capacidad para eludir el concurso. En Derecho francés, según Witz (178), las garantías tradicionales son laminadas por el derecho de los procedimientos colectivos de pago, pero no en Derecho alemán, porque en éste no existe todavía (1985) un procedimiento destinado a asegurar la salvación de las empresas viables. La responsabilidad del fracaso de los procedimientos colectivos en Alemania se ha imputado a los acreedores garantizados, y, en consecuencia, las proposiciones de reforma que se han hecho imponen sacrificios más o menos importantes a estos últimos. La suerte reservada a los beneficiarios de garantías reales es envidiable (179): tienen la completa seguridad de ser prioritarios sobre el producto de la realización de su garantía, que no se efectúa por el síndico, sino por los propios titulares de la garantía. Es decir, tal como mantenía Baird, porque la prioridad del acreedor garantizado es la misma dentro y fuera del concurso.

Esa misma línea es la que siguen los arts. 10 LHM y PSD y 19 LVP excluyendo los bienes objeto de la garantía de la masa. No es éste el lugar para analizar la evolución del Derecho Concursal (180), pero baste indicar cómo determinadas políticas legislativas en el marco del Derecho Concursal pueden imponer *sacrificios* a los acreedores garantizados. También en los Estados Unidos de América la litigación entorno al art. 9 se centra en las *bankruptcy courts*, en las que un número considerable de jueces no simpatiza con el Uniform Commercial Code o con los créditos garantizados en general, y buscan siempre alguna base para prescindir de las garantías que se encuentran (181). La tensión entre las garantías y el concurso es patente. Ahora bien, volvemos a sostener que tal tensión se plantea entre diversas políticas jurídicas y ante opciones legislativas. Es evidente que un ordenamiento que imponga importantes sacrificios a las garantías dentro del procedimiento concursal está subordinando la propia existencia y razón de ser de éstas a otros valores preferentes dentro de dicho ordenamiento. Tal subordinación significa, parafraseando a Baird, que el derecho de prioridad no es una buena idea, independientemente de que el procedimiento concursal haya comenzado.

Si el legislador ha optado por una determinada política jurídica, volvemos a insistir en que la libertad contractual no es el arma ade-

(177) *Op. cit.*, p. 62.

(178) *Op. cit.*, pp. 62-68.

(179) WITZ, *op. cit.*, pp. 64-65.

(180) *Vid. Reforma del Derecho de Quiebra*, Madrid, 1982.

(181) *Vid. HENSON, op. cit.*, pp. 13-15.

cuada para combatirla. Si el legislador francés ha «sacrificado» las garantías tradicionales con sus leyes concursales, no se trata de que se «inventen» nuevas garantías que eludan el «sacrificio», sino de convencer al legislador de que ha optado por una política errónea. El intérprete está vinculado por una opción que ya se ha tomado en otro plano (182). Por lo demás, es evidente que toda controversia en este sentido implica una valoración de intereses. Así, cuando Stoufflet (183) nos dice que la propiedad parece ser una garantía perfecta, según todos los criterios imaginables (el rango de preferencia más favorable posible, facilidad de constitución, simplicidad en la ejecución), es evidente que asume exclusivamente la perspectiva del acreedor garantizado, o que propugna una política jurídica radicalmente favorable a la generalización y fortalecimiento del crédito garantizado. Según su razonamiento, el uso de la propiedad como garantía tendría su razón de ser en la menor eficacia de las garantías consagradas por la ley. Pero el mismo autor reconoce que la *cuestión esencial* es si es posible admitir un cambio en las prioridades establecidas por la ley, por razones de interés público. No olvidemos tampoco que el propio legislador francés ha sido el que ha dado eficacia al *crédit-bail* (*leasing*) y la reserva de dominio (184). En conclusión, es necesario no confundir ambos planos: el de la política jurídica legislativa y el hermenéutico o dogmático.

El argumento del excesivo coste de la formalización de la garantía también nos coloca ante una cuestión de política jurídica, pero esta vez dentro de la garantía mobiliaria. Como veremos en el próximo apartado, el art. 9 opta por una política clara: la simplificación y el abaratamiento en la constitución de las garantías. La Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión española optó por una política opuesta (185). Una política jurídica de generalización de la garantía nos llevaría a adoptar la solución del art. 9, pero, aunque ahora la cuestión sea interna a la propia garantía, el cambio también se ha de producir en el plano legislativo. De la misma forma que si el coste fiscal de la constitución de la garantía es elevado, será la autoridad correspondiente la que deba tomar las medidas oportunas.

(182) Tal afirmación puede llevarnos a una polémica que no podemos abordar en esta sede. Baste señalar que, para nosotros, es la posición más adecuada en términos generales, y que tiene notables defensores a ambos lados del Atlántico. Me referiré simplemente a la obra de Natalino IRTI en su conjunto, *L'età della decodificazione, Scuole e figure del diritto civile, Norme e fatti...*, como ejemplo de un *civilista* que ha articulado una interesantísima reflexión sobre estos temas.

(183) STOUFFLET, JEAN, *L'usage de la propriété a des fins de garantié*, en «Les Sûretés», *cit.*, p. 320.

(184) ID, *op. cit.*, pp. 319-343.

(185) Vid. LACRUZ, *La forma constitutiva en la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento*, en «AAMN», 1961, pp. 349-399.

En definitiva, hasta el momento hemos visto cómo *la generalización de la garantía mobiliaria plantea problemas dogmáticos*, fundamentalmente la tipificación del contrato y derecho de garantía, o a la inversa, la destipificación o superación del formalismo, *pero también que, en cuanto determinada política jurídica, puede entrar en colisión con otras distintas dentro de un ordenamiento*. La doctrina europea tiende a no diferenciar claramente ambos planos. Tal diferenciación es absolutamente necesaria para el estudio de las garantías mobiliarias. Analizadas ya las cuestiones de política jurídica, abordemos a partir de ahora la cuestión del contrato y derecho de garantía.

IX. EL CONTRATO Y EL DERECHO DE GARANTIA

En el presente apartado vamos a tratar de exponer brevemente los conceptos básicos de técnica jurídica utilizados por el art. 9 UCC, analizando también las similitudes y diferencias con respecto al Derecho español. Su contenido se corresponde con el de la segunda parte del art. 9: *Validez del Acuerdo de Garantía y Derechos de las Partes*.

La terminología del art. 9 no es muy distinta a la que utilizaría una ley española de garantías mobiliarias. Deudor, *debtor*, significa la persona que debe el pago u otro cumplimiento de la obligación garantizada (Sección 9-105, 1, d)(186). Acreedor garantizado, *secured party*, significa un prestamista, vendedor u otra persona en cuyo favor hay un derecho de garantía (Sección 9-105, 1, i). *Collateral* significa el bien sujeto a un derecho de garantía (Sección 9-105, 1, c). Derecho de garantía, *security interest*, significa un derecho en bienes muebles o pertenencias que garantiza el pago o cumplimiento de una obligación. La retención o reserva del derecho de propiedad por un vendedor de bienes a pesar del envío o la entrega al comprador (Sección 2-401), se limita en sus efectos a una reserva de un «derecho de garantía» (Sección 1-201, 37) (187).

La Sección 9-201 es una de las disposiciones fundamentales del art. 9. Se establece la *validez general del acuerdo de garantía*: «Ex-

(186) «Deudor» significa la persona que debe el pago u otro cumplimiento de la obligación garantizada, tenga o no la propiedad o derechos sobre el bien, e incluye el vendedor de créditos o títulos. Cuando el deudor y el propietario del bien no sean la misma persona, el término «deudor» significa el propietario del bien en todas las disposiciones de este artículo referentes al bien, el obligado en todas las disposiciones referentes a la obligación, y pueden incluir a ambos cuando tal contexto lo requiera.

(187) La definición incluye otros supuestos. Entre ellos se establecen los criterios para determinar cuándo un arrendamiento o un depósito son en realidad derechos de garantía o efectos del art. 9, *vid. Supra*, Apdo. VI. En nuestra exposición nos tenemos que limitar a los supuestos básicos, pues lo prolijo de la explicación podría redundar en una innecesaria falta de claridad.

cepto en lo que se disponga de otra forma por esta ley un acuerdo de garantía es eficaz según sus términos entre las partes, contra los compradores del bien (objeto del derecho de garantía) y contra los acreedores». *Agreement* y *contract* son definidos en la Sección 1-201, 3 y 11. Tal como afirma Bailey (188), el acuerdo en una transacción garantizada es también un *contrato*, por lo que, dado el paralelismo con nuestra terminología, a partir de ahora hablaremos de *contrato de garantía*. Un derecho de garantía no puede existir a menos de que haya un contrato (189): «Incluso cuando el acreedor garantizado esté en posesión del bien, debe recordarse que *un contrato es necesario*, aunque no necesite la forma escrita.» El contrato, y la libertad contractual, son los pilares fundamentales del art. 9; ésta es, a nuestro entender, la diferencia básica con un ordenamiento jurídico basado en el desarrollo de los privilegios. Ahora bien, aunque el *Code* no es legislación social (190), será preciso consultar ésta para comprobar si se plantean conflictos. Por otra parte, aunque sea reiterativo, es preciso recordar que, si bien la libertad contractual es uno de los principios básicos del art. 9, ningún autor americano se extraña de que, además de los límites generales establecidos por la Sección 1-102, 3, la Sección 9-301 disponga la subordinación de un derecho de garantía no perfeccionado a otros derechos, la Sección 9-307 establezca los derechos de los compradores frente a los acreedores garantizados, y la Sección 9-312 las prioridades entre acreedores, y de que tales cuestiones queden sustraídas a la libertad contractual. No existe ninguna contradicción en tal planteamiento.

El contrato de garantía en el art. 9 sería lo que Pantaleón (191) ha denominado como negocio de disposición y traslativo. Es decir, el contrato puede crear por sí solo el derecho de garantía. No es requisito necesario ni la *traditio* (arts. 609 y 1.095 Cc), ni la forma o inscripción en el registro para dar existencia al derecho de garantía (192). De la misma forma que en el *Code Napoléon* por el contrato de compraventa se transmite el derecho de propiedad al comprador, en el art. 9 UCC, por el contrato de garantía se le transmite un derecho

(188) BAILEY, *op. cit.*, p. 54. La sección 9-105, 1, establece que acuerdo de garantía significa un acuerdo que crea o dispone de un derecho de garantía.

(189) BAILEY, *op. cit.*, p. 55.

(190) HENSON, *op. cit.*, p. 34.

(191) *Op. cit.*, pp. 1034-1037.

(192) Lo cual es una manifestación de la libertad contractual, base de todo el art. 9 UCC. Además, salvo que la propia ley establezca que la publicidad tenga carácter constitutivo (por ejemplo, art. 3 LHM y PSD) entendemos con NATUCCI (*op. cit.*, 1, pp. 133-145) que la oponibilidad se deriva inmediatamente del derecho adquirido, no de la publicidad del título de adquisición: «La eficacia absoluta y la oponibilidad de los derechos reales no deriva, pues, de la publicidad, sino que *es intrínseca a la existencia de tales derechos*.» La Sección 9-201 establece algo que, en principio, resulta evidente: el derecho de garantía es un derecho intrínsecamente oponible a terceros.

de garantía al acreedor (193). En conclusión, el contrato crea el derecho real de garantía. Otro problema, conexo pero distinto, es la posible colisión entre distintos derechos de garantía sobre un mismo bien, o entre un derecho de garantía y el derecho de propiedad de un comprador (194).

La Sección 9-201 se complementa con la Sección 9-203: «Un derecho de garantía no es ejecutable contra el deudor o terceras partes con respecto al bien y no existe a menos que:

»a) El bien está en posesión del acreedor garantizado en cumplimiento del acuerdo, o el deudor ha firmado un acuerdo de garantía que contiene una descripción del bien, y, además, cuando el derecho de garantía cubre cosechas en crecimiento o que van a crecer o madera para ser cortada, una descripción de la tierra afectada;

»b) *value* ha sido dado, y

»c) el deudor tiene derechos en el bien.»

A continuación la Subsección 9-203, 2, establece que: «Un derecho de garantía existe (*attaches*) cuando puede ser ejecutado contra el deudor con respecto al bien. *Attachment* (195) ocurre tan pronto como todos los acontecimientos especificados en la subsección (1) han tenido lugar salvo que un acuerdo explícito posponga el tiempo de existencia (*attaching*).

En el art. 9 la existencia del derecho de garantía supone que puede ser ejecutado, *al menos* contra el mismo deudor. Pero es necesario destacar que, aunque un derecho de garantía exista, no es oponible contra la mayoría de terceras partes a menos que también haya sido perfeccionado. Como veremos en el próximo apartado, la Sección 9-301 establece las personas que tiene prioridad sobre un derecho de garantía no perfeccionado. Es decir, nos encontramos ante un planteamiento opuesto al del Derecho español en el que la inscripción es condición *sine qua non* de la existencia del derecho real, tal como señala Lacruz (196), pero los resultados prácticos no son muy diferentes. Así, el propio Lacruz (197) reconoce una cierta eficacia a la garantía no

(193) Transmisión, en el sentido de que el deudor transmite al acreedor ciertos derechos sobre el bien, según la concepción americana del *bundle of rights*.

(194) Recuérdese como el *Official Comment* recalca que las normas del art. 9 conciernen principalmente a los límites de la protección del acreedor garantizado frente a los compradores y acreedores del deudor.

(195) Traducimos *attachment* como existencia, ya que como dice BAILEY, *op. cit.*, p. 83, *attachment* de un derecho de garantía pudiera ser considerado cómo equivalente a la creación del derecho de garantía. En el mismo sentido, *Official Comment* de la Sección 9-303.

(196) *Forma constitutiva, cit.*, p. 364.

(197) ID, *op. cit.*, pp. 375-380.

inscrita, una especie de fianza real limitada, y Baird (198) constata que la diferencia entre un acreedor general y un acreedor garantizado que no ha perfeccionado su derecho y que sólo disfruta de un *property right* ha llegado a ser cada vez más pequeña a lo largo de las últimas décadas. El art. 9 no se basa en el concepto de *derecho real*, pero no sería del todo incorrecto, buscando un paralelismo conceptual, el afirmar que la *oponibilidad del derecho real* se corresponde con la *perfección del derecho de garantía* del art. 9 (199). No existen obstáculos conceptuales insalvables en este sentido.

Para que exista un derecho de garantía debe haber *value*. *Value* es definido en la Sección 1-201, 44, no sólo como la *consideration* en el sentido del derecho contractual, sino también como la garantía de una *deuda antecedente* (200). Es decir, la relación jurídica de garantía es *accesoria*. Esto también es perfectamente asimilable en nuestra mentalidad jurídica (201). Por otra parte, entendemos que la configuración del *value* como causa, en sentido amplio, del derecho de garantía, se ajusta también a nuestro Derecho, pues una investigación acerca de la causa de los contratos de garantía, tal como la realizada por Lacruz (202), incluso partiendo acertadamente de una autonomía de la relación de garantía respecto de la deuda principal, lleva siempre a establecer una relación causal entre ésta y aquélla (203). Recuérdese que el art. 1.858 Cc establece como primer requisito esencial de los contratos de garantía: que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

El requisito de que el deudor tenga derechos sobre el bien se corresponde con los requisitos segundo y tercero del art. 1.857 Cc. Nótese que, salvo pacto en contrario, la concurrencia de los tres requisitos de la Sección 9-203 (contrato, deuda principal, derechos en el

(198) *Deep Structure, cit.*, p. 7.

(199) El paralelismo no significa nunca coincidencia. Como dice el *Official Comment* de la Sección 9-301, esta sección rechaza la norma aplicada en muchas jurisdicciones en el Derecho anterior al *Code* de que un derecho de garantía no perfeccionado se subordina a todos los acreedores. Es decir, los efectos de un derecho de garantía no perfeccionado pueden ser mayores que los de una fianza real (Lacruz) y pueden ser oponibles a un tercero, siempre que éste no tenga prioridad, según lo establecido en el propio art. 9. La intrínseca naturaleza real del derecho de garantía deriva del contrato, pero su oponibilidad puede quedar subordinada a otros derechos que el legislador considera preferentes. *vid. BAILEY, op. cit.*, pp. 232-233.

(200) *BAILEY, op. cit.*, p. 85.

(201) *Vid. GUILARTE, op. cit.*, pp. 5-17.

(202) LACRUZ, *La causa en los contratos de garantía*, en «RCDI», pp. 709-755.

(203) Nos dice LACRUZ (*op. cit.*, p. 742) que habitualmente será la simple exigencia del acreedor (la causa de la garantía) que condiciona la concesión del crédito a la presencia de la garantía (entonces la causa carece de relieve enmascarada por el crédito mismo). No es que la causa carezca de relieve, en nuestra opinión, sino que es necesario el análisis interrelacionado del crédito y la garantía. El Derecho americano vuelve a ser clarificador: el art. 9 no es el Derecho de las garantías, sino de las *Secured Transactions*, es decir, de las obligaciones garantizadas.

bien) determina el nacimiento del derecho de garantía, pero que no es necesario que entre ellos exista un determinado orden cronológico.

Establecer el marco conceptual de un derecho de garantía mobiliaria no resulta difícil ni complicado, pues los resultados son siempre muy similares. En realidad, las mayores dificultades conceptuales derivan del intento de establecer un concepto de garantía que abarque tanto la personal como la real y todos los mecanismos jurídicos del derecho contractual con un efecto de garantía en sentido amplio (por ejemplo, la cláusula penal) (204). Ahora bien, entendemos que la elaboración de tal *macroconcepto* es una labor tan difícil como inútil. No tan difícil, pero mucho más útil, es trazar el marco conceptual de la garantía mobiliaria. No obstante, los conceptos pueden diferir en tanto en cuanto asumen políticas jurídicas diferentes. Así Goode (205) establece un concepto de derecho de garantía muy similar al del art. 9 UCC, pero excluye su creación por reserva. El abandono de la distinción entre cesión y reserva no es un problema conceptual, como ya hemos visto.

La diferencia básica que es preciso destacar en este apartado es que en el art. 9 UCC *los requisitos formales de un contrato de garantía son mínimos* (206). A menos que el acreedor esté en posesión del bien, es necesario un contrato de garantía *escrito*. Tales requisitos se relacionan, no con la eficacia del derecho de garantía, sino con problemas de prueba, *Statute of Frauds*. El contrato escrito ha de contener una *firma del deudor, una descripción del bien y la creación de un derecho de garantía* como mínimo (207).

La firma no precisa de ninguna formalidad (208). La descripción no necesita ser específica o detallada (por tipos, modelos, números de serie, etc.), sino que usualmente sólo son necesarias descripciones amplias, con tal de que identifiquen razonablemente lo que describen (todas las mercancías, todos los bienes de equipo...). La sección 9-110 establece que para las finalidades de este artículo, cualquier descripción de bienes muebles o inmuebles es suficiente, sea o no específica, si identifica razonablemente lo que se describe. En cuanto a la creación de un derecho de garantía, el contrato debe contener algunas palabras que lo indiquen (209), pero esto no impide que los efectos del derecho de garantía deriven de contratos de garantía «simulados» (reserva de propiedad, venta en garantía, arrendamientos, depósito) (210). El *Official Comment* nos recuerda cómo, al igual que bajo

(204) Vid. FRAGALI, *op. cit.*, por todos.

(205) *Legal Problems of Credit and Security, cit.*, pp. 5-6.

(206) HENSON, *op. cit.*, p. 37.

(207) Vid. BAILEY, *op. cit.*, pp. 58-63.

(208) ID, *op. cit.*, pp. 58-59.

(209) ID, *op. cit.*, pp. 60-61.

(210) *Supra*, Apdo. VI.

el Derecho anterior, bajo el art. 9 un deudor puede probar mediante *prueba oral* que una transmisión que pretendía ser absoluta tenía en realidad una finalidad de garantía. No obstante, en la Sección 9-204, 4, está previsto que si otras leyes (de ventas a plazos, créditos al consumidor...) establecen otros requisitos, tales leyes tienen prioridad, pero el no cumplimiento de tales requisitos sólo tendrá los efectos que se especifiquen en tales leyes.

En resumen, frente al formalismo de la Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión (211), el art. 9 UCC se aproxima a la Ley de Venta a Plazos en la que, como la propia Exposición de Motivos afirma, la compraventa ha de constar por escrito, sin que se pretenda alterar las reglas de la prueba ordinaria. No obstante, los requisitos para la identificación de los bienes siguen siendo mayores (art. 7, Orden de 15 de noviembre de 1982), pero ése es un tema que trataremos en el apartado correspondiente al Registro. No es preciso insistir en que una política jurídica de generalización de la garantía exige *la menor formalización posible de este sector del ordenamiento jurídico*. El art. 9 es una muestra de tal planteamiento.

Hemos hablado hasta ahora del contenido mínimo del contrato de garantía. Evidentemente, el contrato de garantía puede tener un contenido mucho más amplio: la cuantía de la deuda y los plazos de pago, los deberes del deudor respecto al bien, otros deberes o limitaciones del deudor, subrogaciones, supuestos de incumplimiento... (212). De estas cuestiones, así como de otros problemas derivados de los derechos del deudor sobre el bien, su transmisibilidad, o del acreedor cuando está en posesión del bien, o el supuesto en que el bien sea propiedad de un tercero... regulados en la Segunda Parte del art. 9, no podemos ocuparnos en estos momentos. Ahora, siguiendo el análisis de los fundamentos del derecho de garantías mobiliarias, es preciso entrar en el estudio de la Tercera Parte del art. 9: los derechos de los terceros.

X. LOS DERECHOS DE LOS TERCEROS. LA REIPERSECUTORIEDAD

Un acreedor garantizado con un derecho de garantía existente, pero no perfeccionado, sólo tiene limitados derechos contra terceros. Si quiere *maximizar* sus derechos contra terceros es necesario *perfeccionar* su derecho (213). Un derecho de garantía perfeccionado puede

(211) Sobre las supuestas razones que avalan tal formalismo. *Vid.* LACRUZ, *Forma constitutiva, cit.*, y los autores que allí se citan.

(212) *Vid.* BAILEY, *op. cit.*, pp. 55-113.

(213) BAILEY, *op. cit.*, pp. 115-116.

todavía resultar subordinado a otros derechos, pero en general, después de la perfección, el acreedor garantizado está protegido contra acreedores y subadquirientes del deudor y en particular contra cualquier representante de los acreedores en procedimientos concursales abiertos por o contra el deudor (*Official Comment*, Sección 9-303). En conclusión, para que el derecho de garantía tenga la mayor eficacia posible, que no es siempre absoluta, contra terceros ha de ser perfeccionado. Nótese como el art. 9 opta usualmente por un marco conceptual que permita soluciones flexibles, ya que abarca supuestos muy diferentes. La Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión establece que la falta de inscripción de la hipoteca o de la prenda sin desplazamiento en el Registro privará al acreedor hipotecario o pignoraticio de los derechos que, respectivamente, les concede la ley (art. 3.4.º). La inscripción es también una de las formas de perfección del art. 9, pero su falta no tiene efectos tan radicales.

La no perfección del derecho de garantía supone, según la Sección 9-301, su subordinación a los acreedores con garantías perfeccionadas, a las personas que son un *lien creditor* antes de la perfección del derecho de garantía y a ciertos adquirentes que no tengan conocimiento del derecho de garantía. *Lien creditor* significa un acreedor que ha adquirido un gravamen sobre el bien por embargo o similar e incluye un cesionario en beneficio de los acreedores desde el momento de la cesión, y un síndico de la quiebra desde la fecha de registro de la petición (Sección 9-301, 3). El derecho de garantía no perfeccionado tiene eficacia contra ciertos terceros: acreedores generales y ciertos adquirentes con conocimiento de tal derecho. No obstante, tal eficacia es, desde el punto de vista práctico, mínima si la garantía se utiliza usualmente en el tráfico. Sin embargo, es preciso destacar conceptualmente que el derecho de garantía no perfeccionado no se limita a los *property rights* (fianza real o derecho real *inter partes*), sino que su intrínseco carácter real se manifiesta en ciertos *priority rights* (oponibilidad frente a terceros), aunque la subordinación a otros derechos conlleve una eficacia muy débil de la garantía.

La Sección 9-303 (1) establece que un derecho de garantía se perfecciona cuando existe y cuando todos los pasos aplicables requeridos para la perfección han sido tomados. La misma disposición establece que, si tales pasos son tomados antes de que el derecho de garantía exista, se perfecciona en el momento en que exista. Nótese pues, que no se exige un determinado orden cronológico (al igual que en lo referente a los requisitos de existencia), lo cual puede tener importantes consecuencias prácticas para determinar la prioridad entre acreedores (214).

(214) *Vid.* STONE, *op. cit.*, pp. 400-470.

Los métodos de perfección establecidos en el art. 9 son variados (215): 1) perfección automática cuando el derecho de garantía existe; 2) perfección temporal; 3) perfección mediante el desplazamiento de la posesión; 4) inscripción en el registro, y 5) inscripción en registros o mediante certificados de título al margen del Uniform Commercial Code. Sin embargo, el método fundamental es la inscripción en el registro establecido por el propio art. 9.

La perfección automática y temporal se establecen para evitar un ahogo del registro (216), o los costes de inscripción cuando sean desproporcionados a la cuantía del crédito concedido. Así el caso más significativo de perfección automática es el derecho de garantía por el dinero de compra (es decir, nuestra reserva de dominio) en bienes de consumo (salvo vehículos). No obstante, la inscripción es opcional, pues, aunque exista la perfección automática, un tercero que compre bienes de consumo de un consumidor-deudor, sin conocimiento del derecho de garantía, puede adquirir libre del derecho de garantía (incluso perfeccionado) si la tercera persona también usa los bienes con finalidad de consumidor (Sección 9-307, 2). Tampoco es necesaria la inscripción para perfeccionar un derecho de garantía mediante una cesión de créditos que por sí sola, o en conjunto con otras cesiones al mismo cesionario, no transmite una parte significativa de los créditos pendientes del cedente (Sección 9-302, 1, e). La perfección temporal, por 21 días, se refiere a derechos de garantía en títulos de tradición y títulos valores negociables. No exige ni inscripción, ni desplazamiento de la posesión, siempre que se haya dado nuevo valor (crédito), como consecuencia de un contrato de garantía escrito (Sección 9-304, 4). Se trata de facilitar los «préstamos diarios» entre bancos y *brokers* de mercado bursátil, con acciones, bonos y obligaciones como objeto de la garantía (217).

Cuando los bienes objeto de garantía tienen un Registro específico establecido por el Derecho Federal, como los derechos de propiedad intelectual e industrial, aeronaves y ferrocarriles, la inscripción en tales Registros es equivalente a la inscripción según el art. 9. Tampoco se aplica el art. 9 cuando el bien está sujeto a un *certificate of title*, en el que habrá de constar el derecho de garantía, tal como los vehículos de motor y los barcos (218).

(215) *Vid.* BAILEY, *op. cit.*, pp. 116-141.

(216) Resultaría prácticamente imposible, aunque la informática lo posibilite en gran medida, plantearse un registro de todos los créditos garantizados. Tal como se destacaba en el *Crowther Report* inglés, parece razonable una política jurídica que seleccione las transacciones en las que sea exigible la inscripción, dejando al margen otras de escasa relevancia económica que sólo dificultarían la labor.

(217) *Vid.* BAILEY, *op. cit.*, pp. 123-126.

(218) El tema que se plantea en estos supuestos es el de la relación de la publicidad de la garantía con la articulación del tráfico de dichos bienes, y el de la publicidad mobiliaria en general, *Infra*, Apdo. XIV.

En general, el art. 9 plantea como alternativas para la perfección del derecho de garantía la posesión y la inscripción. Las excepciones se basan en razones obvias: los créditos y los bienes inmateriales no son susceptibles de posesión; los títulos valores y el dinero no son inscribibles (sólo cabe la posesión o la perfección temporal, pero sí se inscribe el *chattel paper*) (219). Se ha criticado precisamente al art. 9 la incoherencia que tal alternativa supone (220): «La importancia del papel dado a la posesión como un requisito de perfección en el Uniform Commercial Code parece anómala en el contexto de un sofisticado mecanismo registral.» En el mismo sentido, Coogan (221) mantiene que ha llegado el momento de reconocer el declive y los crecientes problemas de la perfección a través de la posesión. La pregunta acerca de si la inscripción basta para reemplazar a la desposesión debería ser invertida ahora (222): ¿es el desplazamiento de la posesión realmente el equivalente a alguna clase de registro público de la existencia de un derecho de garantía? La respuesta tiende a ser negativa.

Dentro del capítulo referente a los derechos de los terceros adquiere especial importancia la cuestión de los subadquirentes o compradores, es decir, de la reipersecutoriedad. En este sentido, nuestra doctrina parece mantener como ideal del derecho de garantía una reipersecutoriedad sin límite; como decía Ferrandis (223): «Porque toda la historia de los garantías reales representa un esfuerzo de la técnica jurídica para, de alguna manera, *dotar de eficacia absoluta a los derechos relativos*.» De la misma forma, Vallet de Goytisolo (224) critica la introducción de la prenda sin desplazamiento, por tratarse de un privilegio mobiliario, dogmáticamente anómalo, necesariamente ineficaz contra los terceros de buena fe, si no se quieren destrozar las raíces del comercio jurídico. Tal idea puede resultar engañosa.

La Sección 9-307 se titula *Protección de los compradores de bienes* (225):

1. Un comprador en el curso ordinario de los negocios (subsección 9 de la Sección 1-201) que no sea una persona comprando pro-

(219) Se pueden ver sendos cuadros síntesis de las categorías de bienes y métodos de perfección en BAILEY, *op. cit.*, p. 142, y STONE, *op. cit.*, pp. 397-399.

(220) DAVIES, *op. cit.*, p. 484.

(221) COOGAN, PETER F., *Article 9. An Agenda for the Next Decade*, 87 «Yale L. J.», pp. 1030-1055 (1978).

(222) ID, *op. cit.*, p. 1036. COOGAN analiza también los crecientes casos en los que el tráfico de bienes prescinde de un soporte material, como los Bonos Federales USA que pueden ser quemados por el *Federal Reserve Bank* y sustituidos por una inscripción en un registro, *book entry*.

(223) *Op. cit.*, p. 38.

(224) *Op. cit.*, p. 558.

(225) La Sección 9-308 se refiere a la compra de *chattel paper* y títulos valores, y la Sección 9-309 a la protección de compradores de títulos valores, títulos de tradición y obligaciones. Nos vamos a centrar en la Sección 9-307 por razones de espacio.

ductos agrícolas de una persona que realiza operaciones agrícolas adquiere libre de un derecho de garantía creado por su vendedor, incluso aunque el derecho de garantía esté perfeccionado e incluso aunque el comprador conozca su existencia.

2. En el caso de bienes de consumo, un comprador adquiere libre de un derecho de garantía incluso aunque perfeccionado si compra sin conocimiento del derecho de garantía, a título oneroso y para su propio uso personal, familiar u hogareño a menos que antes de la compra el acreedor garantizado haya realizado una inscripción que cubra tales bienes.

3. Un comprador que no sea un comprador en el curso ordinario de los negocios (subsección 1 de esta sección) adquiere libre de un derecho de garantía en la medida de que éste garantice anticipos futuros hechos después de que la parte garantizada tenga conocimiento de la compra, o más de 45 días después de la compra, según ocurra el primero, a menos que se haya hecho en cumplimiento de la compra y antes de que el plazo de 45 días expire.

La Sección 1-201, 9, establece que *buyer in ordinary course of business* significa una persona que de buena fe y sin conocimiento de que la venta a él viola derechos de propiedad o derechos de garantía de una tercera parte sobre los bienes compra en el curso ordinario de una persona en el negocio de vender bienes de tal clase, pero no incluye a un *pawnbroker* (casa de empeños).

Tal como dice el *Official Comment*, la disposición de la Sección 9-307, 1, se aplicará fundamentalmente a lo que en la terminología del artículo es *inventory*. De la misma forma, la Exposición de Motivos de la Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión razonaba: «En el primer caso, las máquinas tienen la cualidad de mercaderías, están destinadas a la venta y su comprador gozará de la prescripción instantánea establecida en el citado art. 85 del Código de Comercio. En consecuencia, *resulta imposible el derecho de persecución*. Por este motivo, la maquinaria cuando se halle en esta situación *no es susceptible de hipoteca*.» El art. 9 nos está mostrando cómo, si bien no es posible configurar una hipoteca en esa situación, sí es posible configurar un derecho de garantía, con derecho de persecución, aunque limitado. Lo único que dice la Exposición de Motivos citada es que la hipoteca, y un derecho de persecución absoluto, no son posibles. Y eso es algo tan evidente como que el tráfico mobiliario y el inmobiliario son muy diferentes, y que los moldes de uno no sirven para el otro. Negar la posibilidad de un derecho de garantía en tales situaciones es tan absurdo como negar el mismo derecho de propiedad, pues el art. 464 Cc y el art. 85 C. de C. afectan también al derecho de propiedad (226).

(226) El tema nos llevaría al análisis del tráfico mobiliario y de la posesión, cuestiones que se analizarán muy someramente en lo que nos interesa, *Infra*, Apdo. XIV.

El propio Vallet de Goytisolo reconoce que la prenda sin desplazamiento será oponible a los terceros adquirentes de mala fe (227). El *quid iuris* está entonces en discriminar al *adquiriente de buena fe* del *adquiriente de mala fe*, pero la reipersecutoriedad existe. La Sección 9-307, 1, lo que hace es establecer los requisitos para que un adquirente pueda ser considerado de buena fe, y de tal forma la protección de su derecho tenga prioridad sobre el derecho de garantía. En primer lugar, el vendedor ha de ser una persona que habitualmente venda bienes de esa clase. En segundo lugar, el comprador ha de ser de buena fe e ignorar que la venta viola el derecho de garantía. El *Official Comment* de la Sección 9-307, 1, explica que el comprador adquiere libre del derecho de garantía si sólo conoce que éste existe, pero adquiere con el derecho si conoce además que la venta viola algún pacto del contrato de garantía no renunciado por las palabras o conducta del acreedor garantizado. Además, el derecho de garantía ha de haber sido creado por el vendedor (lo que excluye los derechos de garantía creados por terceros). En resumen, quien adquiere dentro del tráfico ordinario de bienes, con buena fe, adquiere un bien libre de cargas.

Otra cosa bien distinta es pretender modificar tal tráfico ordinario de bienes, introduciendo un sistema registral como el de la propiedad inmobiliaria. En tal tipo de tráfico sí puede ser posible que un derecho de garantía conlleve un derecho de persecución absoluto, pero recuérdese cómo el propio legislador español se da cuenta de que *exigiría un cambio total y absoluto en el sistema de transmisión de propiedades y contratación de esta clase de bienes*. Mientras no se dé tal cambio es necesario relativizar el derecho de persecución en las garantías mobiliarias. Así, por ejemplo, la ley francesa del 12 de mayo de 1980 sobre reserva de propiedad establece que el vendedor deberá respetar los derechos del subadquiriente de buena fe (228). Ahora bien, puede haber muchas diferencias en el momento de calificar a un subadquiriente de buena fe, como nos muestra la jurisprudencia alemana (229). Los resultados son muy similares a las pautas establecidas por el art. 9 (recuérdese que en el sistema alemán no hay Registro): si se trata de bienes del equipo se presume que han sido vendidos con reserva de propiedad con prohibición de reventa, y el adquirente tiene la carga de investigar acerca de la existencia de tal garantía; si son bienes vendidos con destino a la reventa, el adquirente puede pensar que han sido vendidos con reserva de la propiedad prolongada, con una cláusula autorizando la reventa, a condición de que se trate del curso ordinario de los negocios.

(227) *Op. cit.*, p. 538.

(228) BROCA, *op. cit.*, p. 24.

(229) *Vid. WITZ, op. cit.*, p. 61.

De tal forma, llegamos a la otra forma de reipersecutoriedad en el tráfico mobiliario: la prolongación o subrogación real en la garantía. El mismo Vallet de Goytisolo afirma que (230): «Por el principio de *subrogación real*, del que es aplicación el art. 5 de la Ley, debe entenderse que la prelación de la prenda se extiende al precio que el adquirente de buena fe de la cosa pignorada tenga pendiente de pago.» Sobre tales efectos se desarrollará el próximo apartado. En conclusión, entendemos que no es adecuada la crítica a una garantía mobiliaria por el motivo de que quede subordinada a los derechos de ciertos adquirentes. Tal crítica sólo es posible si se mantiene como ideal el derecho de hipoteca, pero tal derecho tiene su sede en el tráfico inmobiliario, y su aplicación al tráfico mobiliario sólo puede ser muy limitada (supuestos de hipoteca mobiliaria). Las características específicas del tráfico mobiliario pueden exigir otras soluciones.

Por último, un breve apunte dogmático. Se suele distinguir a la garantía del privilegio, porque en éste se atenúa el carácter real dada la ausencia del derecho de persecución (231). Si el derecho de garantía puede, en ciertos casos, ver disminuido también tal derecho, ¿dónde radica la diferencia? En un ordenamiento como el italiano, donde el privilegio especial tiene naturaleza de derecho real, Ruisi afirma (232): «Mientras en la prenda y la hipoteca la función de garantía es preminente y la de causa de prelación subsidiaria y eventual, en el privilegio especial sucede lo contrario, para el cual al función preferencial permanece siempre esencial, mientras la de garantía, mediante el vínculo sobre la cosa y el poder de persecución, es sólo instrumental.» Ya hemos mantenido que no compartimos tal postura, de la que puede derivar planteamientos ambiguos (233). El estudio del art. 9 nos muestra cómo los *priority rights* (causa de prelación) no son en absoluto subsidiarios (aunque sí eventuales), y que la función de garantía, *property rights*, es cada vez menos importante (salvo que se entienda que la función de garantía lleva implícita los *priority rights*, presunción de la que parece partir la doctrina que pretende absorber la causa de prelación, o colocarla en posición subsidiaria).

Entendemos que la diferencia entre privilegio y garantía radica en su *causa* o *fundamento* de la causa de prelación. Tal como afirma Díez Picazo (234): «El fundamento de este privilegio (art. 1.922, 2.º y 3.º) radica en el especial *derecho real de garantía que por virtud del negocio jurídico constitutivo de la prenda le es concedido al acreedor.*» Frente a ello (235): «La disciplina normativa que establece los

(230) *Ibidem.*

(231) *Vid.* FERRANDIS, *op. cit.*, p. 62.

(232) *Op. cit.*, p. 22.

(233) *Supra*, Apdo. VIII.

(234) *Fundamentos*, 1, p. 759.

(235) *ID.*, *op. cit.*, p. 753. Los subrayados son nuestros.

privilegios no concede el acreedor ningún derecho subjetivo *autónomo*. Por el contrario, el privilegio es una *simple cualidad del crédito* y, por consiguiente, una simple facultad al mismo atribuida, que forma parte del contenido general de un derecho más amplio. Por ello, *se hace preciso distinguir aquellos privilegios que van unidos a un derecho especial de garantía y aquellos que se conceden a un acreedor que carece de una garantía especial.*» Parafraseando al citado autor, *el privilegio en tales casos es consecuencia de la garantía*: la diferencia está en la *causa* (o fundamento) *del privilegio*, o mejor, en la *causa de la prelación*.

Privilegio y garantía puede ser causa de prelación, tener derecho de persecución..., pero tienen *causas* absolutamente distintas: la ley y la libertad contractual. El derecho autónomo de garantía y el negocio constitutivo de tal garantía marcan la diferencia, no sólo dogmática, sino de política jurídica y de política económica, tal como se mantiene en este trabajo. En Derecho italiano son causas legítimas de prelación los privilegios y las garantías (prenda e hipoteca) según el art. 2.741 Cc. Al contrario que en el art. 9 UCC, en el ordenamiento italiano no se han desarrollado las garantías, sino los privilegios. Son opciones diversas en sus causas y en sus consecuencias. La *legalidad* del privilegio, frente a la convencionalidad de la garantía, supone reservar al Estado un papel director en la economía de mercado. Así, Ciccarello (236) justifica el sistema de privilegios italiano en base a la búsqueda de la *igualdad sustancial*, frente a la igualdad formal de la *par condicio*. Evidentemente, el discurso de Ciccarello, que se desarrolla en el plano de los principios y valores constitucionales, que justifica el privilegio como instrumento para la *recuperación de la igualdad sustancial*, no tiene ninguna similitud con el discurso americano acerca de la justificación de la garantía (237). Volvemos a insistir en que son discursos muy diferentes, cuando no antitéticos, ya que, parafraseando a Ciccarello, la garantía (convencional) se justifica con razones de eficiencia económica, y se basa en la igualdad formal de los agentes en el libre mercado, mientras que el privilegio (legal) se basa en la intervención del Estado en el mercado, ¿intentando restablecer la igualdad sustancial?, ¿con qué consecuencias en la eficiencia económica?

XI. LA SUBROGACION REAL EN LA GARANTIA MOBILIARIA

Tal como ya se ha visto en el apartado anterior, la reipersecutoriedad absoluta de un derecho de garantía puede no resultar la solución más adecuada para el tráfico mobiliario. Ahora bien, para mantener

(236) *Supra*, Apdo. IV.

(237) *Op. cit.*, *passim*.

la necesaria eficacia del derecho de garantía, se hace necesario compensar la falta de una reipersecutoriedad absoluta con otras formas de tutela de los derechos del acreedor garantizado. La Sección 9-203, 3, establece que: «Salvo pacto en contrario, un contrato de garantía da al acreedor garantizado los derechos a *proceeds* establecidos por la Sección 9-306.» La Sección 9-306, 1, define *proceeds* como lo que se recibe por la venta, permuta, cobro u otra disposición del objeto de la garantía o *proceeds*. La indemnización del seguro por pérdida o daño del bien es *proceeds*, excepto cuando sea pagadera a persona distinta a la partes del contrato de garantía. Dinero, cheques, depósitos en cuenta y similares son *cash proceeds*. Todos los otros *proceeds* son *non-cash proceeds*. Traducimos *proceeds* por subrogaciones en general, pero nótese que en el art. 9 tales surogaciones tienen una definición y una regulación específica.

El planteamiento de las Secciones 9-203, 3, y 9-306 contrasta con nuestra Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión cuyo art. 5 extiende la hipoteca y la prenda a toda clase de indemnizaciones por razón de siniestro después de la constitución de la garantía. Se podría plantear, como hace Vallet de Goytisolo (238), que tal art. 5 es sólo la manifestación de un principio general de subrogación real en la garantía, pero el tema es lo suficientemente complejo para necesitar una regulación específica. *Una ley de garantías mobiliarias ha de regular necesariamente la eficacia de la garantía a través de las subrogaciones.*

La reipersecutoriedad y las subrogaciones no son efectos recíprocamente excluyentes, sino complementarios. Así, la Sección 9-306, 2, nos dice que: «Salvo que este artículo establezca lo contrario, un derecho de garantía continúa en el objeto no obstante la venta, permuta u otra disposición a menos que la disposición estuviese autorizada por el acreedor garantizado en el contrato de garantía o de otra forma, y también continúa en todo *proceed* identificable incluyendo cobros recibidos por el deudor.» No nos es posible entrar en el detalle de la regulación de los *proceeds* en la Sección 9-306. Baste destacar precisamente la introducción de tal concepto, *proceeds*, como uno de los ejes básicos de la regulación de las garantías mobiliarias en el art. 9 UCC.

Ahora bien, se hace preciso destacar que la introducción de tal concepto, *proceeds*, supuso también un paso adelante que hubo de superar viejos prejuicios. El *Official Comment* hace referencia a la regla *Benedict v. Ratner* (239), pero como dice Henson (240), el problema

(238) *Op. cit.*, p. 538.

(239) *Supra*, Apdo. V.

(240) *Vid.* HENSON, *op. cit.*, pp. 195-234.

conceptual implicado tiene al menos 2.500 años. Seguir la pista de los *proceeds* es, desde luego, de gran importancia, especialmente en el caso de financiación de *inventory*, en la que el derecho de garantía del acreedor sobre el bien finaliza con la venta, pero continúa en los *proceeds identificables* (241). Pero esto no puede impedir, para Henson (242), que se configure de tal forma el objeto de la garantía. El autor utiliza la paradoja de Heráclito, no se puede pisar dos veces en el mismo río, para mantener que si se admite la existencia conceptual del río Mississippi, también se puede admitir que la garantía fluya del *inventory* a los *proceeds*, y regrese de éstos a aquél (243).

La perfección del derecho de garantía está sometida a las reglas de la Sección 9-306, 3. En la mayoría de los casos, la inscripción del bien cubre automáticamente los *proceeds* y no es necesario ningún acto para la perfección del derecho sobre éstos (Sección 9-306, 3). Las excepciones se refieren a supuestos en los que los *proceeds* tuviesen que ser inscritos en una oficina distinta a la del objeto original, o cuando los *cash proceeds* se utilizan para adquirir otros *proceeds* de un tipo que no haya quedado descrito en la inscripción. En tales casos, no hay perfección automática, pero el derecho de garantía se mantiene perfeccionado por diez días después de recibir los *proceeds* el deudor, y puede ser perfeccionado en el derecho sobre los *proceeds* dentro de tal plazo. En cualquier caso, una inscripción cubre el objeto original y los *proceeds* que sean *cash proceeds* identificables (Sección 9-306, 3, b) (244).

Por último, debemos insistir en que una ley de garantías mobiliarias tiene que regular problemas específicos del tráfico mobiliario, o al menos problemas cuya frecuencia en el tráfico mobiliario es muy superior a la del tráfico inmobiliario. Así, la Sección 9-314 regula la prioridad en los supuestos de accesión, estableciendo como regla general que un derecho de garantía en bienes que exista antes de que sean instalados o fijados en otros bienes (llamados accesiones por esta Sección), da prioridad sobre tales accesiones. La Sección 9-315 se refiere a la prioridad cuando los bienes son mezclados o procesados, estableciendo la continuación del derecho de garantía en el producto o masa cuando pierdan su identidad o lo establezca la inscripción. Si el producto o la masa queda sujeto a más de un derecho de garantía, tienen igual prioridad de acuerdo con el porcentaje que el coste de los bienes originales suponga respecto del coste del producto total o la masa.

(241) ID, *op. cit.*, p 204.

(242) ID, *op. cit.*, pp. 205-206.

(243) Tales problemas conceptuales le sugieren a Henson un aforismo de Bentham: «La Jurisprudencia es el arte de ser metódicamente ignorante de lo que todo el mundo sabe.»

(244) Vid. BAILEY, *op. cit.*, pp. 134-137.

En conclusión, la reipersecutoriedad adquiere una dimensión diferente en el sector de las garantías mobiliarias. El ejemplo del art. 9 no es único, pues el Derecho alemán, por otros medios (las llamadas prolongaciones o alargamientos de la garantía) llega a resultados muy similares (245). La articulación y desarrollo de un ordenamiento jurídico basado en la generalización de la garantía mobiliaria exige soluciones específicas a problemas específicos del tráfico mobiliario. La necesaria regulación de las subrogaciones es uno de los ejemplos básicos. Por otra parte, es preciso valorar la incidencia de tales cuestiones en el marco conceptual de la garantía mobiliaria, y así vemos cómo en el art. 9 UCC la eficacia de la garantía mobiliaria se basa en dos principios complementarios: la oponibilidad frente a terceros y la continuación de la garantía mediante las subrogaciones, *proceeds*.

XII. LA GARANTIA FLOTANTE Y LA GARANTIA DEL DINERO DE COMPRA

Ningún autor ha puesto en duda el gran avance que supuso el art. 9 UCC en la regulación de las garantías mobiliarias. El debate se ha centrado en la gran facilidad que da el art. 9 para la constitución de una garantía flotante, *floating lien*. Tal garantía flotante es posible dadas las disposiciones del art. 9 que permiten al deudor, en palabras de Coogan (246): «a) Hipotecar parte de o todos sus bienes muebles, incluyendo *bienes futuros*, fluyendo la garantía sobre el bien a los «productos» en los que se incorpora o mezcla, o a las subrogaciones (*proceeds*) resultantes de su disposición; b) dar garantía presente por anticipos futuros; c) usar con respecto a toda clase de bienes la inscripción concisa (*notice filing*) hasta el momento restringida al capital circulante y créditos, y d) ejercitar tal dominio o control sobre el bien objeto de la garantía como pueda ser pactado entre las partes.»

El art. 9 UCC permite al deudor, si lo desea, otorgar un derecho de garantía sobre todo su patrimonio mobiliario a un acreedor. Ante tal posibilidad, muchos han sugerido que tal política jurídica no es razonable y que una parte de los bienes debería quedar para los acreedores generales (247). Incluso Gilmore se manifiesta como un redactor arrepentido en tal extremo (248). Ya en su clásica obra (249) se manifiesta

(245) Vid. BÄRMANN, *op. cit.*, pp. 119-122.

(246) COOGAN, PETER, F., *Article 9 of the Uniform Commercial Code: Priorities among Secured Creditors and the «Floating Lien»*, 72 «Harvard Law Review», p. 839 (1959).

(247) Vid. BAIRD, *Deep Structure, cit.*, p. 4.

(248) Citado por BAIRD, *ibídem*.

(249) GILMORE, *op. cit.*, p. 365.

a favor de haber optado por el modelo inglés de *floating lien* (250), que deja a los bienes gravados libres hasta que el prestamista haga que la garantía «cristalice» mediante el nombramiento de un depositario o síndico. Ahora bien, como el propio Gilmore destaca (251), los problemas que se enfocaban antes del *Code* como referentes a la *validez* del derecho de garantía, son tratados por el art. 9 como problemas de *prioridad*. Es decir, no se trata tanto de cuestionar la posible existencia de una garantía flotante como de determinar sus efectos y prioridades.

No cabe duda de que la garantía flotante plantea graves dificultades dogmáticas, no sólo para el Derecho norteamericano, sino también para el Derecho español (252). Sin poder entrar a fondo en un tema tan concreto nos vamos a limitar a exponer las disposiciones del art. 9 que la posibilitan. La cuestión referente a los *proceeds* y productos se ha recogido en el apartado anterior; el tema referente a la inscripción concisa, *notice filing*, se estudiará en el próximo apartado (253). Vamos a proceder a exponer la posibilidad de una garantía sobre bienes futuros (Sección 9-204, 1) y la posibilidad de garantizar anticipos futuros (*future advances*) (Sección 9-204, 3). Recordemos que tal posibilidad ya existía antes del art. 9 UCC (254), lo que se plantea es la conveniencia de dar mayores facilidades para tales sujestos (255).

La Sección 9-204, 1, establece que: «Excepto en lo dispuesto en la subsección 2, un contrato de garantía puede disponer que alguna o todas las obligaciones cubiertas por el contrato de garantía son garantizadas por bienes futuros» (256). El *Official Comment* recalca que el derecho de garantía que nace de una cláusula de bienes futuros (*after-acquired property clause*) tiene *igual status* que un derecho de garantía sobre los bienes que tuviese el deudor al tiempo que dio crédito bajo el contrato de garantía. No se requiere una acción ulterior por el acreedor, tal como un nuevo acuerdo suplementario que cubra los nuevos bienes. El *Official Comment* nos dice cómo el art. 9 acepta el principio de un *continuing general lien*, rechazando prejui-

(250) *Vid.* GOODE, *op. cit.*, pp. 46-77.

(251) *Op. cit.*, p. 364.

(252) *Vid.* VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, *passim*; LACRUZ, *Forma constitutiva, cit.*, pp. 390-392; SERRANO GARCÍA, *op. cit.*, *passim*. La regulación de la PSD es una muestra de tales dificultades. *Vid. Exposición de Motivos*.

(253) El tema del control sobre los bienes se ha visto a lo largo del trabajo, en especial *Supra*, Apdo. VIII.

(254) *Supra*, Apdo. V.

(255) COOGAN, *op. ult. cit.*, p. 851.

(256) La subsección 2 se refiere a bienes de consumo y excluye, en general, las cláusulas de garantías sobre bienes futuros en tal tipo de bienes, salvo que se adquieran antes de diez días desde que el acreedor da crédito.

cios decimonónicos acerca de la necesidad de protección del deudor y de los otros acreedores. No se rechazan tales planteamientos en el plano de los principios, sino en el de la eficacia: en la práctica no se conservaba una base de bienes libres; el art. 9 se limita a reconocer una situación de hecho.

La Sección 9-204, 3, establece que: «Las obligaciones cubiertas por un contrato de garantía pueden incluir anticipos futuros u otro *value*, ya sean dados los anticipos o el *value* como consecuencia de un compromiso o no.» La Sección 9-105, 1, k, define el anticipo hecho como consecuencia de un compromiso (*pursuant to commitment*) si el acreedor se había obligado a hacerlo, aunque acontecimientos posteriores (de incumplimiento o de otro tipo fuera de su control) puedan liberarle de su obligación. Tal como dice el *Official Comment*, se superan prejuicios similares a los referentes a los bienes futuros, para admitir la garantía de anticipos, obligaciones futuras. De tal forma, se da validez a la cláusula *cross-security* que garantiza obligaciones en cualquier momento que nazcan con bienes adquiridos en cualquier momento.

No obstante, el art. 9 establece una limitación fundamental a la garantía flotante: la prioridad absoluta de la garantía del dinero de compra, *purchase money security interest*. El problema recurrente que se planteaba en la vida de las empresas era cómo obtener financiación para nuevos bienes libres de gravámenes anteriores (257). El art. 9 mitiga las indeseables consecuencias de la garantía flotante dando una especial prioridad al prestamista de *purchase money*. El tratamiento favorable del *Code* al *purchase money* se basa en un principio general, que se manifiesta en diversas áreas del Derecho concursal y de garantías, de *dar prioridad al dinero nuevo sobre el viejo* (258). Frente al efecto monopolio que puede conllevar la garantía flotante se coloca el *principio general de dar prioridad a las inyecciones de nuevo dinero*.

La prioridad del precio de compra está vinculada esencialmente con el reconocimiento de derecho de garantía sobre bienes futuros (259). Tal problema se pretendió resolver en un principio a través de la reserva de dominio (260): si la propiedad del bien no se transmitía al deudor, el acreedor con una garantía sobre bienes futuros no podía adquirir ningún derecho sobre tal bien. El art. 9 supera las distinciones formales, pero mantiene el concepto de *purchase money security*

(257) GILMORE, *op. cit.*, p. 363.

(258) JACKSON, THOMAS H., y KRONMAN, ANTHONY T., *A Plea for the Financing Buyer*, 85 «Yale L. J.», p. 2 (1975).

(259) GILMORE, *op. cit.*, p. 777.

(260) GILMORE, *op. cit.*, pp. 363-365 y 743-776.

interest y la Sección 9-312, 4, le da una prioridad absoluta sobre otros derechos de garantía concurrentes sobre el mismo bien o sus *proceeds*, si se perfecciona en el momento en que el deudor recibe la posesión del bien o en el plazo de diez días desde entonces (261).

La Sección 9-107 define el derecho de garantía del dinero de compra como: a) el tomado o retenido por el vendedor del bien para garantizar todo o parte de su precio, o b) el tomado por una persona que, mediante anticipos hechos o asumiendo una obligación, da *value* (crédito) para permitir al deudor adquirir derechos en o usar el bien si tal *value* (crédito) efectivamente es utilizado así. El apartado b) de la definición permite incluir casos dudosos anteriormente, como el supuesto de la financiación a comprador (262). La persona que alegue un derecho de dinero de compra tendrá que probar (263): 1.º) que su anticipo se hizo con la finalidad de permitir al deudor la adquisición del bien, y 2.º) que, de hecho, se utilizó así.

En conclusión, el mantenimiento de la distinción referente al derecho de garantía del dinero de compra nos remite en gran medida a los argumentos que en nuestra doctrina se utilizan para distinguir la reserva de dominio de un derecho de garantía. Ahora bien, como ya hemos visto, la distinción no se mantiene en un plano formal (o de su naturaleza jurídica), sino que la distinción se mantiene como consecuencia de una determinada política jurídica que se articula en el plano de las prioridades o prelación de créditos.

Pero, a pesar de tan importante limitación, la garantía flotante ha centrado las críticas hechas al art. 9 UCC. De cualquier forma, es preciso advertir que tales críticas son relativas y no absolutas, es decir, se trata de buscar un equilibrio (264): «¿Cuánto debería favorecer el derecho al acreedor garantizado general y cuánto debería favorecer la competencia entre acreedores?» Se rechazan los argumentos simplistas (265): «La asunción de que estos pactos se imponen por ra-

(261) Respecto al capital circulante, *inventory*, la Sección 9-312, 3, exige además una notificación escrita al titular de un derecho de garantía concurrente si tal titular ha inscrito un derecho de garantía sobre los mismos tipos de *inventory*. La notificación habrá de hacerse antes de la inscripción del derecho de garantía, por el dinero de compra, o antes del comienzo del periodo de 21 días de perfección temporal. La notificación ha de ser recibida por el acreedor garantizado concurrente en el plazo de cinco años antes de que el deudor reciba la posesión del *inventory* y debe contener una declaración de que quien notifica tiene o espera adquirir un derecho de garantía del dinero de compra en *inventory* del deudor, con una descripción del *inventory* por objetos o tipos.

La exigencia de notificación tiene su razón de ser precisamente en las peculiaridades del capital circulante como objeto de garantía.

(262) Tal definición evitaría los problemas que surgen en nuestra doctrina para otorgar al financiador a comprador la garantía de la reserva de dominio. *Vid.*, por todos, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 134-137.

(263) GILMORE, *op. cit.*, p. 781.

(264) COOGAN, *op. ult. cit.*, p. 876.

(265) ID, *op. ult. cit.*, pp. 876-878.

ziones monopolísticas son demasiado simples... Mucho de lo dicho acerca del poder de el acreedor garantizado no es realista.» El propio Coogan (266) reconoce que el deudor inteligente a menudo se vincula voluntariamente a una financiera poderosa para que el financiador encuentre difícil, como un asunto de moralidad en los negocios, abandonar al deudor cuando está en problemas; repartir la responsabilidad entre varios financiadores es disiparla completamente. Entorno a esta crítica, siempre relativa, destacan también ciertos argumentos por su rechazo radical. Así, frente a la potencial crítica basada en el sobreaseguramiento, es curioso constatar como, tanto Coogan (267) como Gilmore (268), rechazan el planteamiento de la misma forma: «Ningún acreedor puede obtener un derecho de garantía por una cantidad mayor que con la que ha contribuido al patrimonio del deudor. Puede tener un derecho de garantía sobre bienes por valor de 100.000 dólares para garantizar una deuda de 100 dólares, pero nunca puede realizar más de 100 dólares.» No obstante, el debate sobre el tema sigue en vigor, y así veinte años después, Jackson y Kronman (269) recogen y desarrollan argumentos utilizados por Coogan.

En realidad, la mayor parte de las críticas al art. 9 UCC se refieren a una cuestión más concreta: al sistema de inscripción concisa, *notice filing*. Por tanto, vamos a dedicar los dos últimos apartados de este análisis de las garantías mobiliarias a plantear el tema de la publicidad de las garantías, partiendo de los resultados y críticas entorno a la experiencia americana.

Como conclusión a este apartado, se puede destacar el diferente plano en que se desarrolla la polémica en torno a las garantías mobiliarias, antes y después de haber asumido como política jurídica del ordenamiento la generalización de la garantía mobiliaria. Antes, como es el caso de nuestro Derecho, la regulación y el debate en torno a las garantías mobiliarias se mueve en el plano de la validez o prohibición, de la naturaleza jurídica (270). Después, la polémica se centra en cuestiones de prioridad y eficacia. Se ha dicho (271) que una de las innovaciones más llamativas del art. 9 es su relativamente completo y sistemático tratamiento de las cuestiones de prioridad. Frente a la regla básica, *first in time, first in right* (272), que, ante la posibili-

(266) *Ibidem*.

(267) *Op. ult. cit.*, p. 874.

(268) *Op. cit.*, p. 361.

(269) *Vid. Secured Financing and Priorities among Creditors, cit.*, p. 1182.

(270) Nótese cómo nuestras Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión y Ley de Venta a Plazos no resuelven problemas de prioridades, pues se evita la concurrencia de derechos de garantía mediante las prohibiciones (arts. 2 LHM y PSD y 4 LVP.)

(271) JACKSON y KRONMAN, *op. ult. cit.*, p. 1144.

(272) El análisis de la regulación de las prioridades en el art. 9 UCC desborda los objetivos de este trabajo. Por ello, nos limitamos a constatar el principio básico

dad de una garantía flotante, podría llevar a un monopolio situacional de un acreedor (273), se introduce la preferencia absoluta del derecho de garantía del dinero de compra, que responde a una política jurídica distinta (274).

Por lo demás, nos podemos preguntar si la gran facilidad que el art. 9 da para la garantía flotante sobrepasó los objetivos (como la superación de la regla *Benedict v. Ratner*) y lleva al abandono de prácticas de control (*policing*) del acreedor sobre el deudor benéficas (275), o si, por el contrario, como mantiene Scott (276), el art. 9 permite configurar de una forma adecuada y eficiente las relaciones entre acreedor y deudor.

En definitiva, entendemos que es preciso distinguir perfectamente entre los planos de la *validez* y de la *prioridad* de la garantía. Una visión del art. 9 UCC sin haber asumido tal cambio de planos resultaría deformada por nuestra mentalidad jurídica.

XIII. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL

La regulación de las garantías mobiliarias en el art. 9 UCC, tal como se ha descrito en los apartados anteriores, ha de tener como consecuencia lógica una peculiar concepción de la inscripción registral. En este sentido, es preciso destacar el profundo contraste con los planteamientos más usuales en nuestra doctrina, que podríamos sintetizar en palabras de Viola (277): «En resumen, instrumento público y Registro público son dos institutos que se necesitan y complementan, por lo menos en relación a los derechos absolutos. El primero logra una «autenticidad» insustituible, gracias al sagrado ministerio del Notario, con preparación insuperable e intermediación cerca de las partes. El segundo, gracias a la, digamos, «materia prima» precedente y de primerísima calidad, logra el fin esencial de la «publicidad», la seguridad jurídica, especialmente en el tráfico de los derechos, respecto a terceros. No debe extrañar, pues, que en la nueva Ley sobre Hipoteca Mobiliaria se haya recurrido a ambos institutos, si bien con excepciones, respecto del instrumento, y con malquerencias o ignorancias, respecto del Registro, que señalaremos.»

del *prior in tempore, potior in iure*, que se desarrollará brevemente en los dos últimos apartados.

(273) JACKSON y KRONMAN, *op. ult. cit.*, pp. 1164-1174.

(274) ID, *op. ult. cit.*, p. 1145.

(275) GILMORE, *op. cit.*, p. 364.

(276) *Op. cit.*, *passim*.

(277) VIOLA SAURET, JOAQUÍN, *Los problemas registrales de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento a través de los principios*, en «AAMN», 1961, pp. 401-477.

Dentro de tales planteamientos, el principio de publicidad tiene un ayudante (278); el principio de especialidad. De tal forma, el problema capital de la identificación y localización de las cosas hipotecadas muebles (en comparación con el de los inmuebles) se resuelve procurando la determinación e identificación de la cosa dada en garantía, al máximo que le permite la naturaleza mueble de la misma (279). Es decir, se trata de mantener, en la medida de lo posible, los principios del Derecho Inmobiliario Registral. Tal posición doctrinal es favorecida por la Disposición adicional tercera de la LHM y PSD, que establece: «En el caso de insuficiencia de los preceptos de esta ley se aplicarán subsidiariamente los de la legislación hipotecaria en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los bienes y con lo prevenido en los artículos anteriores» (280). La legislación de ventas a plazos es menos rigurosa, pero la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (1982) mantiene al exigencia de que los bienes sean perfectamente identificables (art. 2). Se consideran perfectamente identificables aquellos en que conste impreso, de forma indeleble o inseparable en algunas de sus partes fundamentales, la marca, el modelo y el número de serie o fabricación (art. 7).

Por último, es preciso añadir que lo que se inscribe en los Registros españoles son las escrituras públicas (arts. 13 LHM y PSD y 15 Reglamento LHM y PSD) o los contratos (art. 2 Ordenanza Registro de Venta a Plazos). En ambos casos, la inscripción contendrá una abundante información, que proporcionan los contenidos obligatorios de tales escrituras y contratos; por ejemplo, el importe del préstamo o principal garantizado (arts. 13 LHM y PSD y 6 LVP).

Pues bien, para adentrarnos en el Registro regulado por el art. 9 UCC es preciso partir de la base de que tal Registro no se basa en los planteamientos habituales dentro de nuestra mentalidad jurídica, sino más bien en los opuestos. Ya hemos visto, a lo largo de este trabajo, cómo el Derecho de garantías mobiliarias se articula de una forma autónoma respecto al Derecho inmobiliario; también su Registro. Hemos visto en el Apartado IX que se prescinde de la formalización del contrato de garantía, de la escritura pública. Ahora vamos a sintetizar los principios en que se basa la regulación del Registro en el art. 9.

El principio básico es que el art. 9 adopta el sistema del *notice filing*. «Lo que debe ser inscrito no es, como bajo las leyes de hipoteca mobiliaria y reserva de dominio, el mismo contrato de garantía,

(278) ID, *op. cit.*, p. 465.

(279) ID, *op. cit.*, pp. 444-446.

(280) En el mismo sentido, la Disposición Final del Reglamento (Decreto de 17 de junio de 1955).

sino sólo una simple inscripción que puede ser registrada antes de que el derecho de garantía exista o después. La inscripción indica meramente que el acreedor garantizado que ha registrado puede tener un derecho de garantía sobre el objeto descrito. Para conocer el completo estado de los negocios será necesaria una indagación ulterior en torno a las partes implicadas. La Sección 9-208 establece un procedimiento legal bajo el cual el acreedor garantizado, a petición del deudor, puede ser requerido a facilitar información» (*Official Comment*, Sección 9-402). Es decir, se abandona el sistema de transcripción y se opta por el sistema de inscripción (281), *inscripción concisa*, como veremos a lo largo de este apartado.

«El *notice filing* había demostrado ser de gran utilidad en financiaciones referentes a *inventory*, *accounts* y *chattel paper*, ya que así se obvia la necesidad de volver a registrar en cada una de una serie de transacciones en un acuerdo continuado en el que el objeto cambia día a día. Cuando estén implicados otros tipos de objetos, el procedimiento alternativo de registrar una copia firmada del contrato de garantía puede ser la solución más simple... Sin embargo, incluso en el caso de inscripciones que no incluyen necesariamente una serie de transacciones, la inscripción de financiación es útil para abarcar transacciones bajo un contrato de garantía futuro y no existente en el momento en que la inscripción fue registrada, si la descripción del objeto en la inscripción es lo suficientemente amplia como para incluirlos. De forma similar, la inscripción es válida para incluir bienes futuros y anticipos futuros bajo un contrato de garantía, ya estén mencionados o no en la inscripción (*Official Comment*, Sección 9-402) (282).

Los requisitos básicos de la inscripción son establecidos por la Sección 9-402, 1: firma del deudor, nombres de las partes, dirección del acreedor garantizado (donde se pueda obtener información acerca del derecho de garantía) y una dirección postal del deudor, declaración de los tipos o descripción de los objetos de la garantía, y una descripción de la finca, cuando se incluyan pertenencias. De esta forma, aunque se puede inscribir una copia del contrato de garantía si cumple los requisitos citados, la práctica normal es registrar un simple formulario conteniendo sólo la información requerida. Un modelo oficial simplificado es el establecido en la Sección 9-402, 3. Las

(281) *Vid.* DÍEZ PICAZO, *Fundamentos*, *cit.*, II, pp. 346-349.

(282) Cuando se necesita más de una copia, esta sección permite el uso de una copia de carbón o una copia fotográfica del papel, incluyendo las firmas (*Official Comment*, Sección 9-402).

Nótese cómo, frente a la formalización del derecho de garantías basada en otros principios, el art. 9 trata de facilitar lo más posible la constitución de la garantía, e incluso de una garantía flotante, *Supra*, Apdo. XII.

diferentes jurisdicciones han desarrollado modelos oficiales «standard» (283). No es necesario dar en la inscripción más información que la suficiente para cumplir tales requisitos básicos. Así no es necesario incluir información acerca de la cuantía de la deuda, intereses o cargas financieras, vencimiento del préstamo... En conclusión, la inscripción (*financing statement*) es extremadamente *concisa* (en comparación con lo habitual en nuestro Derecho).

La inscripción no sólo es concisa, sino que los pocos requisitos básicos exigidos han de interpretarse de una forma flexible. La firma no tiene que ser formal o completa, ni se ha de autenticar (mediante notario, juramento, testigos...) (284). En lo referente a los nombres, los errores menores deben ser salvados (285). De mayor interés es destacar que la inscripción del art. 9 permite unas descripciones amplias. La Sección 9-110 establece que «cualquier descripción de bienes muebles es suficiente, sea o no específica, si identifica razonablemente lo que se describe». El test de suficiencia de una descripción es que haga posible la identificación de las cosas descritas. Se rechaza así la jurisprudencia anterior de la hipoteca mobiliaria en lo que las descripciones eran insuficientes a menos que fuesen de la naturaleza más exacta o detallada, el así llamado *serial number test* (286).

En muchos casos, una descripción general es suficiente. Por ejemplo: «todas las mercancías del deudor», «todos los automóviles del concesionario», «todos los créditos», «todo el equipamiento del restaurante del deudor». La descripción tiene que ser razonablemente

(283) Sección 9-402, 3. Una forma sustancialmente como la que sigue es suficiente para cumplir con la subsección 1:

Nombre del deudor (o cedente)
 Dirección
 Nombre del acreedor garantizado (o cesionario)
 Dirección

1. Esta inscripción cubre los siguientes tipos (u objetos) de bienes:

(Describir)

2. (Si el objeto son cosechas.) Las cosechas anteriormente descritas están creciendo o van a crecer en:

(Describir la finca)

3. (Si aplicable.) Los bienes citados van a ser pertenencias de:

(Describir la finca)

y esta inscripción va a ser registrada en el registro de inmuebles. (Si el deudor no tiene un derecho registrable.) El nombre del propietario registral es

4. (Si los productos del objeto son reclamados.) Los productos del objeto están también cubiertos:

(Usar la que sea aplicable)

.....
 Firma del deudor (o cedente)

.....
 Firma del acreedor garantizado (o cesionario)

(284) *Vid.* BAILEY, *op. cit.*, pp. 165-169.

(285) *ID.*, *op. cit.*, pp. 169-173.

(286) *Vid.* *Official Comment*, Sección 9-110.

exacta, pero no necesita ser absolutamente exacta. Así, un error menor, tal como la equivocación en un número de serie de un automóvil o una máquina, será considerado generalmente como irrelevante. Por el contrario, una descripción general de objetos como parte de una cantidad mayor pueden resultar fallida por indefinición (287). En resumen, *sólo se necesita una identificación razonable en la descripción del objeto* (Sección 9-110); además, *una inscripción que cumpla sustancialmente con los requisitos de la Sección 9-402 es eficaz incluso aunque contenga errores menores que no sean seriamente desorientadores* (Sección 9-402, 8).

En cuanto al tiempo de inscripción, no existe más límite que los establecidos por el Derecho Concursal. No es necesario aplazar la inscripción hasta que se realice el contrato de garantía, o hasta que el derecho de garantía exista (Sección 9-402, 1). Pero cuando la inscripción sea prematura, la perfección no tendrá lugar hasta que el derecho de garantía exista. La presentación para el registro de una inscripción de financiación (*financing statement*) y el pago de las tarifas registrales o la aceptación de la inscripción por el oficial del Registro constituyen el tiempo de registro, según el art. 9 (Sección 9-403, 1). Una inscripción es válida por cinco años, salvo excepciones (Sección 9-403, 2). No obstante, puede ser prorrogada en el período de seis meses anterior al plazo de vigencia fijado, o al plazo de cinco años (Sección 9-403, 3). Cuando no haya obligación garantizada o compromiso de hacer anticipos, asumir obligaciones o dar *value* (obligación principal) de cualquier forma, el acreedor garantizado debe enviar al deudor una cancelación (*termination statement*) a efectos de que el acreedor garantizado no pueda alegar por más tiempo tal derecho de garantía, que será identificada por el número del registro (288).

Las inscripciones y prórrogas deben de ser marcadas con un número del registro y la fecha y hora de inscripción y deben estar disponibles para el público. *El índice se establece por los nombres de los deudores* (Sección 9-403, 4) (289). El oficial del Registro debe entregar, a petición del que inscribe (usualmente el acreedor garantizado), una copia de la inscripción registrada con una anotación del número del registro y la fecha y hora de inscripción (Sección 9-407, 1).

El Registro es público. Cualquier persona (entre otros, los acreedores potenciales del deudor) puede solicitar la certificación de las inscripciones realizadas contra determinado deudor y copias de las inscripciones registrales, previo pago de la tarifa correspondiente. No

(287) Vid. BAILEY, *op. cit.*, pp. 174-177.

(288) ID, *op. cit.*, pp. 184-196.

(289) ID, *op. cit.*, pp. 198-203.

obstante, dado que se trata de una inscripción concisa, la información que se obtiene es muy escasa. Tal información se puede ampliar, con la colaboración del deudor, por el procedimiento establecido en la Sección 9-208, por el que el deudor puede enviar al acreedor una declaración acerca de la deuda no pagada en una fecha especificada, o una lista de los objetos de la garantía, y el acreedor deberá aprobar o corregir tales datos y devolvérselos al deudor en el plazo de dos semanas. Si no lo hace, salvo que exista una causa justificada, será responsable de las pérdidas causadas al deudor. El deudor tiene derecho a tales declaraciones una vez cada seis meses sin costo. El acreedor podrá requerir el pago de los costos, sin exceder los 10 dólares, por cada declaración adicional realizada.

En los ordenamientos jurídicos que han optado por una generalización de la garantía mobiliaria, como los Estados Unidos de América y Alemania, la cuestión de la publicidad es, sin lugar a dudas, la más polémica y controvertida (290). En Alemania no se ha introducido ningún tipo de publicidad. En el art. 9 UCC se ha optado por la necesaria publicidad, pues una tradición secular de la *common law* (*Twyne's Case*) lo exigía, pero tal publicidad se ha reducido a una *inscripción concisa de contenido mínimo* (291): «La esencia del *notice filing* (inscripción concisa) es que el documento registrado, en lugar de describir un determinado contrato o un objeto particular, meramente deja constancia de que las partes “están o esperan estar” comprometidas en la realización de transacciones de financiación.»

La principal debilidad de tal inscripción concisa es que no da información acerca del estado real del negocio (292): «La única conclusión que puede ser extraída de la inscripción es que las partes (de las que se dan sus direcciones) tenían la intención, al tiempo de registrar, de comprometerse en algún tipo de transacción de financiación. Puede que no se llevase a cabo ninguna transacción; o que todos los préstamos hayan sido devueltos y no quede nada pendiente; o que todos los bienes del deudor del tipo descrito en la inscripción estén efectivamente sujetos a un gravamen para garantizar una deuda flotante.» Es decir, *la inscripción concisa requerida por la ley nunca puede ser más que un punto de partida para investigaciones ulteriores.*

El sistema del *notice filing* es objeto de debate, como veremos en el próximo apartado. Ahora queremos dejar constancia de una función indiscutible que cumple el Registro en el art. 9 UCC: la de establecer el orden de prelación entre los distintos acreedores garantizados. La Sección 9-312, 5, a, establece que los derechos de garantía

(290) Vid. WITZ, *op. cit.*, pp. 53-55.

(291) Vid. GILMORE, *op. cit.*, p. 468.

(292) ID, *op. cit.*, p. 469.

concurrentes se ordenan de acuerdo con la prioridad en el tiempo de registro o perfección (293). La regla del *first to file* sería pues una manifestación del principio *prior in tempore potior in iure*. De esta forma, se puede mantener que la principal (o única) función del *notice filing* del art. 9 es la de establecer un criterio claro y seguro para resolver los problemas de colisión entre acreedores con derechos de garantía sobre los mismos objetos (294), siendo útil fundamentalmente para tal tipo de acreedores y no para otros, como los acreedores generales.

La cuestión que se plantea entonces es la de si el *notice filing* es un sistema adecuado. La respuesta necesariamente ha de ser compleja, pues depende de muchos factores, y ha de enmarcarse en el debate acerca de la publicidad mobiliaria en general. En el próximo apartado vamos a intentar realizar una síntesis de los problemas planteados.

XIV. LA PUBLICIDAD DE LAS GARANTIAS MOBILIARIAS

Entendemos que para abordar tan complejo tema son necesarias, por lo menos, tres variables: 1) los efectos jurídicos; 2) las características de los bienes, medios técnicos y coste del Registro; 3) la tutela de los derechos.

En cuanto a la primera, los efectos jurídicos, la publicidad mobiliaria se puede abordar desde muy distintas perspectivas: 1) instaurar un tráfico de bienes basado en la publicidad registral y no en la posesión; 2) abordar los problemas creados por la propiedad aparente;

(293) Nos limitamos a enunciar el principio general, pues un análisis más detallado de las reglas de prioridad nos obligaría a un estudio minucioso y detallado de todo el art. 9 UCC.

También hemos renunciado a plantear otro problema complejo: el *lugar de registro*. Al respecto, quisiéramos dejar constancia de que la Sección 9-401 establece la regla de los cuatro meses: la inscripción hecha en el lugar adecuado mantiene su eficacia por cuatro meses después del cambio a otro condado de la residencia del deudor o del lugar de los negocios o de la localización del objeto (según el criterio utilizado para la inscripción original).

Entiende el legislador que tal período de cuatro meses es suficiente para que el acreedor haga las investigaciones oportunas y tome las medidas adecuadas. Nótese cómo en este caso se resuelve el problema colocando la carga del control de las actividades del deudor en el acreedor. Tal carga no resulta excesiva si el acreedor está interesado en mantener sus derechos.

(294) Tal es la opinión de BAIRD, V., *Notice Filing and the Problem of Ostensible Ownership*, 12 «Journal of Legal Studies», pp. 53-67 (1983). BAIRD, DOUGLAS G., y JACKSON, THOMAS H., *Possession and Ownership: An Examination of the Scope of Article 9*, 35 «Stanford Law Review», pp. 175-212 (1983); *Información, Uncertainly, and the Transfer of Property*, 13 «Journal of Legal Studies», pp. 299-320 (1984).

3) en relación con la regla *meubles n'ont pas de suite par hypothèque*;
4) como criterio claro y racional para resolver los conflictos entre acreedores.

Las características de los bienes, junto a los medios técnicos disponibles y su coste nos plantean la posibilidad fáctica de instaurar una determinada publicidad mobiliaria. Ahora bien, es necesario preguntarse qué derechos se tutelan mediante tal publicidad. tal pregunta es absolutamente necesaria para determinar la cantidad de información, que siendo fácticamente posible, es necesario incluir en un Registro. Así si se tutelan los derechos de los acreedores generales, en relación con el principio de igualdad de acreedores, se puede pensar que la cantidad de información acerca del crédito garantizado habría de ser la máxima posible. Sin embargo, el deudor y acreedor garantizado están interesados en que la publicidad sea la mínima posible, y sus derechos también son dignos de tutela. ¿Acaso ha de convertirse el Registro de garantías mobiliarias en un Registro *público* de la situación financiera de las empresas o consumidores? Vamos a proceder a un breve análisis de las cuestiones planteadas.

1. La publicidad mobiliaria

El resultado a que se llega abordando la cuestión de la publicidad globalmente no puede ser otro que el manifestado por Gabrielli (295): «De tal pluralidad de subsistemas se pone en evidencia, en particular, *el diferente nivel de eficiencia.*» Como han señalado Baird y Jackson (296), el tema de la publicidad está vinculado con los Fundamentos de Derecho de Propiedad: el conjunto de reglas que gobierna la transmisión de la propiedad después de que alguien determina quién es el propietario inicial.

Históricamente, los sistemas registrales han evolucionado como la *principal alternativa a las reglas de transmisión* basadas en la posesión (297). Sin embargo, los sistemas registrales no se adecúan por igual a todas las clases de bienes. En este sentido, todavía se pueden mantener las conclusiones de Alas (298) en términos generales, a pesar del tiempo transcurrido. Para el citado autor, el Registro de muebles no puede aspirar en manera alguna *a sustituir a la posesión de un modo tan completo y absoluto* como la ha sustituido el Registro de la Pro-

(295) Vid. GABRIELLI, GIOVANNI, *Publicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, en «Rivista di diritto civile», 1988, I, pp. 425-461.

(296) Vid. *Information*, cit., p. 320.

(297) ID, *op. cit.*, p. 303.

(298) ALAS, LEOPOLDO, *La publicidad y los bienes muebles*, Madrid, 1920, pp. 272-273.

iedad en materia de inmuebles; en materia de muebles corporales será siempre el Registro el que ocupe un lugar secundario, en tanto que la posesión representará un papel principal. Ahora bien, la relación de sustitución entre posesión y Registro que plantea Alas no es la única posible (299): los sistemas de Registro y posesión no son mutuamente excluyentes. Sin duda, como el Registro del art. 9 ha mostrado, pueden ser altamente *complementarios*. El Registro de muebles puede tener dos funciones pues: sustituir a la posesión o complementarla.

En cuanto a la sustitución de la posesión, casi absoluta en el Registro de inmuebles, sólo se puede plantear respecto a determinados bienes muebles. Así ocurre en Estados Unidos respecto a las aeronaves, coches, barcos... (300), aunque las diferencias siguen existiendo (301): «Los bienes inmuebles, por definición, nunca se mueven. Los bienes muebles, aunque estén registrados, se mueven constantemente.» También sucede respecto a los bienes inmateriales, que no son susceptibles de posesión, como patentes, *copyrights* y marcas (302). En tales casos, es posible plantear la publicidad de las garantías mobiliarias como parte de un sistema de transmisión de las titularidades basado en el Registro, o, desde otra perspectiva, se hace posible la configuración de la *hipoteca mobiliaria*. La solución más simple es la adoptada por el art. 9 UCC: la inscripción del derecho de garantía se podrá realizar en tales casos en el Registro correspondiente (303). Se daría así lo que se ha denominado (304) como la deseable unificación del régimen jurídico de los Registros de bienes.

Pero los costes de mantenimiento de un Registro son significativos (305) y dadas las características de los bienes muebles (306) se puede mantener que tales supuestos de sustitución de la posesión por el Registro sólo pueden ser limitados. Por el contrario, el Registro se puede plantear como un complemento de la posesión mobiliaria. Así, si el Registro se constituye como medio para *contrarrestar las situa-*

(299) BAIRD y JACKSON, *op. ult. cit.*, p. 309.

(300) ID, *op. ult. cit.*, p. 309.

(301) ID, *op. ult. cit.*, p. 310.

(302) *Ibidem*.

(303) *Supra*, Apdo. XIII.

(304) Vid. MENÉNDEZ, JOSÉ, *La deseable unificación del régimen jurídico de los Registros de Bienes*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1981, pp. 605-624.

(305) BAIRD y JACKSON, *op. ult. cit.*, p. 305.

(306) ID, *op. ult. cit.*, p. 306. Los bienes muebles son frecuentemente menos valiosos que los inmuebles y se transmiten probablemente con mayor frecuencia. Para Baird y Jackson el dinero es el ejemplo opuesto a la propiedad inmobiliaria, como bien no susceptible de transmisión mediante un sistema registral. Existen otros casos intermedios, pero los sistemas registrales que establecen la atribución de la propiedad de bienes muebles son escasos. Las ventajas de información obtenidas, en términos generales, no compensarían sus costes.

ciones de propiedad aparente (307): «Nosotros pensamos que, como regla general, la parte que desea tomar o retener un derecho de propiedad sin posesión debería soportar la carga de solucionar el problema de propiedad aparente, independientemente del tipo de relación que tal parte tenga con la parte en posesión del bien. Esta regla general reduciría los riesgos asociados con la adquisición de derechos de propiedad sobre bienes muebles y, por tanto, mejoraría las ventajas de un sistema de crédito garantizado. En la ausencia de tal norma legal, sería difícil para las partes crear contractualmente un medio de información equivalente a un coste comparable, incluso aunque estuviesen interesadas en ello.»

En tal caso, un Registro de muebles no sustituiría a la posesión, sino que *reforzaría la primacía de la posesión como la mejor evidencia de la propiedad* (308). Ahora bien, no compartimos la opinión de Baird y Jackson acerca de que se deberían descartar absolutamente las distinciones «metafísicas» e «inobservables», adoptando exclusivamente el más concreto concepto de posesión como criterio de distinción. La búsqueda de un criterio basado en *acontecimientos externos observables* (309) no es suficiente para borrar las diferencias entre contratos tan distintos como el préstamo con garantía, el arrendamiento, el depósito... No obstante, estamos de acuerdo con Baird y Jackson en los resultados prácticos. Si en la actualidad el arrendamiento de bienes muebles, sean verdaderos arrendamientos, sean arrendamientos financieros (con finalidad de garantía), ha adquirido una importante relevancia económica, podría ser aconsejable incluir en la publicidad mobiliaria tales arrendamientos. Tal posición sería más coherente que la actual situación española, en la que, junto a la existencia de dos Registros (LHM y PSD y LVP), las operaciones de *leasing* carecen de un adecuado sistema de publicidad (310).

(307) BAIRD y JACKSON, *Possession and Ownership*, cit., p. 191.

(308) ID, *op. ult. cit.*, p. 212.

(309) ID, *op. ult. cit.*, p. 199.

(310) Vid. RODRIGUEZ MARTÍNEZ, JOSÉ DOMINGO, *Legislación sobre venta a plazos, entidades de financiación y «leasing»*, Prólogo, Madrid, 1987, p. 15. El art. 9 UCC diferencia a los arrendamientos verdaderos de los arrendamientos que encubren un derecho de garantía. La crítica de la doctrina se ha centrado en que el art. 9 sólo se aplica a los últimos, pero no a los primeros. Por el contrario, en lo referente al *consignment* (depósito para venta) se aplicaría en cualquier caso, sea verdadero o cuando encubre un derecho de garantía (Secciones 1-201, 37, y 2-326). Entiende la doctrina que la solución respecta al arrendamiento podría haber sido la misma. No obstante, la Sección 9-408 permite la inscripción en el registro utilizando los términos «arrendador» y «depositante», sin que tal inscripción sea determinante para calificar el arrendamiento como con finalidad de garantía. Se trata de una inscripción por precaución, ante la posibilidad de que el arrendamiento sea calificado como encubrimiento de un derecho de garantía. Evidentemente, ha sido la expansión del *leasing* la que ha motivado la especial atención de la doctrina y jurisprudencia.

En conclusión, entendemos que ni es necesario que un Registro abarque todas las situaciones de propiedad aparente, en cuanto tales, ni que un Registro tenga que incluir sólo un determinado tipo contractual. Ciertamente, un Registro no ha de basarse exclusivamente en determinados conceptos, y, si hay razones prácticas que lo aconsejan, puede ser necesaria la inscripción de situaciones contractuales diferentes, pero con la características común de crear situaciones de propiedad aparente. Parafraseando a Baird y Jackson (311), entendemos que es más razonable que un Registro incluya garantías y arrendamientos, excluyendo contratos de consumidores de baja cuantía económica, que no que tal Registro incluya todo tipo de garantías, pero no los contratos de arrendamiento. Es decir, el criterio determinante para la inscripción no ha de ser único (por ejemplo, la llamada naturaleza jurídica), sino que puede ser combinado (por ejemplo, valor de los bienes, plazo de tiempo, notoriedad de las situaciones, características del deudor...) (312).

Ahora bien, frente a la tendencia a reconducir el problema de la publicidad de las garantías al ámbito de la publicidad mobiliaria en general, con el ideal de la creación de un Registro de la propiedad mueble (313), o a englobarlo en cuestiones más amplias (por ejemplo, propiedad aparente), entendemos que el problema planteado presenta suficiente especificidad y autonomía como para posibilitar un tratamiento más concreto. Al respecto, estamos de acuerdo con Vallet de Goytisolo cuando afirma que (314): «No nos cansaremos de repetir que hay un importantísimo grado que diferencia los supuestos de la reivindicación de cosas muebles y de oponibilidad a terceros de gravámenes, privilegios y condiciones. Supuestos que, al menos desde la Baja Edad Media, ha venido diferenciando claramente la doctrina y que han sido expresados en dos axiomas distintos.»

2. Información y publicidad en las garantías mobiliarias

La mayoría de las discusiones sobre el sistema registral del art. 9 UCC se centran en la necesidad de mantener la carga de la publicidad en un mínimo y facilitar así el crédito garantizado (315). Entendemos que el tema de la publicidad de las garantías mobiliarias se puede centrar en tales planteamientos, sobre todo si tenemos en cuenta que

(311) ID, *op. ult. cit.*, p. 201.

(312) ID, *op. ult. cit.*, p. 191.

(313) *Vid.* RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 15; también la Exposición de Motivos de LHM y PSD.

(314) VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre Derecho de Cosas*, II, «La reivindicación mobiliaria», Madrid, 1986, p. 352.

(315) *Vid.* BAIRD, *Notice filing, cit.*, p. 55.

la generalización de la garantía en Alemania se ha conseguido sobre la base de una ausencia total de publicidad. La crítica que se hace al art. 9 UCC se puede sintetizar en palabras de Davies (316): «Puede ser que el objetivo del art. 9 de facilitar el crédito garantizado se haya conseguido a costa de una *suficiente* información sobre el derecho de garantía.» La pregunta es entonces, ¿cuál es la información *suficiente* en la publicidad de las garantías mobiliarias? Parece evidente que la respuesta se ha de basar en algún tipo de compromiso entre los distintos intereses. Por otra parte, tal pregunta puede exigir planteamientos bastante complejos.

En primer lugar, se puede proponer que la información necesaria en estos casos se proporcione y obtenga a través de canales creados por el propio mercado, a iniciativa de particulares. Frente a ello se plantea el Registro del art. 9 como una forma de *minimizar costos* (317): «Nuestra afirmación de que los sistemas registrales son fuentes de información valiosas cuyo uso debería ser extendido descansa en último término en la asunción empírica acerca de la necesidad de las partes de obtener información y la capacidad del sistema registral de proporcionarla a bajo coste... Las normas legales pueden asegurar la fiabilidad de tal información.» Información, ¿sobre qué y para quién?

Sabemos que el art. 9 proporciona poca información, para facilitar el crédito garantizado, por lo que Baird (318) afirma que: «El sistema de inscripción concisa del art. 9 establece claramente la prioridad de cada acreedor garantizado y poco más. El sistema de inscripción concisa es sólo de uso marginal por los acreedores generales, porque éstos necesitan de una visión general de las condiciones financieras de sus deudores. Pero la inscripción concisa proporciona a los acreedores garantizados la mayoría de la información que necesitan.» Se mantiene que los acreedores generales (319), o quirografarios (320) basan su decisión de prestar en la situación financiera general del deudor, de la que las garantías es sólo un factor, por lo que las necesidades de los acreedores generales ni justifican los costos del sistema registral, ni explican su configuración por el art. 9 UCC. Los mismos razonamientos se utilizan respecto a los acreedores comerciales, que además están protegidos mediante la reserva de dominio (321) o la prioridad absoluta del dinero de compra (322).

(316) *Op. cit.*, p. 503.

(317) *Vid.* BAIRD y JACKSON, *Possession and Ownership, cit.*, pp. 179-189.

(318) *Vid.* *Deep Structure, cit.*, pp. 33-36.

(319) *Vid.* BAIRD, *Notice filing, cit.*, pp. 60-66.

(320) *Vid.* WITZ, *op. cit.*, p. 54.

(321) ID, *op. cit.*, *loc. cit.*

(322) BAIRD, *Deep structure, cit.*, p. 35.

La escasa información que proporciona el art. 9 UCC determina una limitación de sus funciones. Según Witz (323), tal función no justificaría los costes que supondría introducir un Registro en Alemania. No obstante, según Pennington (324), en Alemania el establecer el orden de preferencia entre acreedores concurrentes exige a menudo investigaciones tan complejas que vendedores y bancos llegan a un compromiso para repartirse los bienes sin basarse en las prioridades legales.

Desde otras posiciones se plantea la necesidad de que el Registro proporcione más información, para que aumente así su utilidad. Se puede plantear que el Registro sirva para evitar conductas ilícitas del deudor, pero no es éste el único medio. Cabe plantearse que para tal finalidad sean más útiles las sanciones civiles o penales (325). Así, en la mayoría de los Estados (de los USA) se ha tipificado penalmente la emisión de una falsa declaración financiera con el propósito de obtener crédito, *False Pretense Statutes*, y se establecen penas de multas y/o prisión (326). Witz (327) sugiere que para tales finalidades quizá sería preferible mejorar el tratamiento contable de las garantías mobiliarias.

De la misma forma, es preciso recordar (328) que las relaciones entre publicidad y reipersecutoriedad, o terceros adquirientes, requieren matizaciones. En primer lugar, porque, salvo que el sistema registral sustituya de forma absoluta a la posesión, el adquiriente de buena fe a título oneroso habrá de ser respetado. En segundo lugar, porque la buena fe del adquiriente, en un ordenamiento en el que la garantía mobiliaria se ha generalizado, se ha de basar en parámetros muy distintos a los establecidos (329). Si al adquiriente de un bien, fuera de los cauces normales del tráfico, se le impone la carga de averiguar si el título del vendedor incluye o no una reserva de dominio para poder ser considerado adquiriente de buena fe, no se impone una carga excesiva y se hace innecesaria la publicidad (330).

La crítica de Davies al art. 9 UCC se basa en que su Registro es anterior a la era de la informática (331). Por el contrario, la poste-

(323) *Ibidem.*

(324) *Op. cit.*, pp. 317-318.

(325) *Vid.* BAIRD, *Notice filing, cit.*, p. 61.

(326) *Vid.* DAVIES, *op. cit.*, p. 479.

(327) *Op. cit.*, p. 55.

(328) *Supra*, Apdo. X.

(329) Sobre la jurisprudencia alemana, *vid.* WITZ, *op. cit.*, p. 61.

(330) Por otra parte, tal publicidad sirve de muy poco tratándose de bienes muebles de fácil ocultación, o cuando la transmisión haya sido fraudulenta. Antes de ejercitar al acción reivindicadora o similares, el acreedor habrá de conocer la identidad del tercer adquirente y la localización del bien objeto de la garantía, lo cual puede resultar muy difícil o imposible. No parece que la eficacia del Registro se vaya a mostrar en este sentido; la tipificación penal (art. 12 LVP) parece una solución más disuasoria.

(331) *Op. cit.*, p. 483.

rior legislación canadiense se basa en unos registros informatizados, lo que posibilita un aumento y mejora de la información proporcionada. De tal forma se ha conseguido un nuevo equilibrio (332). La posibilidad de un Registro Federal informatizado, siguiendo el ejemplo canadiense, también ha sido planteada por Coogan (333).

Dentro de la doctrina americana, la crítica al *notice filing* se ha centrado en su aplicación a los bienes de equipo y otros bienes grandes y relativamente estables. Jackson y Kronman (334) entienden que: «En tales situaciones, un sistema de transcripción puede ser más atractivo para las partes, dada la reducida necesidad de repetir la inscripción y el deseo del deudor de minimizar el costo de tomar prestado de múltiples acreedores contra el mismo objeto.» No obstante, ya el propio Coogan (335) reconoció que el *notice filing* es sólo una posibilidad que tienen las partes, pero que no les impide optar por inscripciones más completas, e incluso por la transcripción del contrato. El *Code* posibilita un uso del *notice filing*, pero las partes pueden prescindir de tal posibilidad. Otra cosa es que legalmente se restrinja el uso del *notice filing*.

Tampoco se puede olvidar que la inscripción concisa se complementa con los deberes y responsabilidades del acreedor establecidos por la Sección 9-208 (336). En este sentido, se ha planteado (337) la necesidad de ampliar la legitimación activa para la utilización de tal procedimiento. También la legislación canadiense ha establecido la obligación de responder al acreedor garantizado a las preguntas de un tercero interesado, ampliando así las obligaciones de la Sección 9-208 (338), y la posibilidad de una cancelación cuando el acreedor pierde sus derechos (339). Un adecuado reparto de cargas y responsabilidades puede evitar el abuso de la inscripción concisa cuando es innecesaria, pues como dice Gilmore (340): «Dando la mayor información posible, mejor que la más pequeña, un acreedor garantizado se ahorrará a sí mismo tiempo, gastos y posibles responsabilidades respondiendo a las preguntas hechas según la Sección 9-208.»

Por último, cabe añadir que por mucho que un sistema registral, como el del art. 9 UCC, minimice los costes de inscripción y consulta, siempre habrá transacciones que por sus características (escaso valor económico, plazos breves...) no compensen tales costes. Son los

(332) ID, *op. cit.*, pp. 485-504.

(333) *An Agenda for the Next Decade, cit.*, pp. 1045-1055.

(334) *Secured Financing, cit.*, pp. 1181-1182.

(335) *Vid. The floating lien, cit.*, pp. 873-880.

(336) *Supra*, Apdo. XIII.

(337) *Vid. GILMORE, op. cit.*, pp. 473-480.

(338) *Vid. DAVIES, op. cit.*, p. 489.

(339) ID, *op. cit.*, p. 492.

(340) *Op. cit.*, p. 480.

casos de perfección automática en el art. 9 (341). Y es que se hace necesario partir de una base: no es posible plantear un Registro en el que se inscriban absolutamente todas las transacciones sobre bienes muebles; es preciso un proceso de selección.

En resumen, la cuestión de la publicidad de las garantías mobiliarias se presenta como un tema complejo y difícil. No obstante, la experiencia americana nos muestra algo evidente, pero que todavía es útil para nuestro ordenamiento: la conveniencia de un *Registro único*, sin que cada forma de garantía (LHM y PSD y LVP) conlleve la creación de un nuevo y diferente sistema registral. A partir de ese mínimo de coherencia, el tema queda abierto: ¿cuánta información se ha de proporcionar?, ¿quiénes son los destinatarios de tal información? Se hace preciso valorar costes, medios técnicos, intereses, tutela de derechos... Se trata de buscar un *equilibrio* entre los distintos factores en juego. Por otra parte, entendemos que en el tema de la publicidad sí caben soluciones parciales. El ejemplo más claro pueden ser los vehículos automóviles cuya propiedad tiende a estar basada en un título expedido por los poderes públicos, *Kraftfahrzeugbrief* (342), *certificate of title* (343). Pero el análisis de tal tipo de legislación y problemas desborda el marco del estudio de las garantías mobiliarias.

CONCLUSIONES

La generalización de la garantía mobiliaria implica una opción de política jurídica que se diferencia, e incluso contrapone, a otras posibles. Asumida tal política jurídica, la regulación de la garantía mobiliaria se presenta como un sistema autónomo, basado en sus propios principios, que ha de adecuarse a los problemas y características específicas del *tráfico mobiliario*. El art. 9 UCC, aunque sometido a muchas reformas parciales, ha proporcionado al Derecho de Garantías Mobiliarias una *estructura básica*, duradera y aceptada (344). Entendemos que la superación del formalismo y la definición de un contrato y derecho de garantía mobiliaria son pasos decisivos, y perfectamente asumibles desde nuestra propia perspectiva.

La Uniform Commercial Code ve la luz en un país de tradición jurisprudencial y en el que, tal como el propio Uniform Commercial Code establece, rige el principio de libertad contractual. En breve:

(341) *Supra*, Apdo. X; *vid.* BAILEY, *op. cit.*, pp. 118-120.

(342) WITZ, *op. cit.*, p. 55.

(343) En USA está regulado por la *Uniform Motor Vehicle Certificate of Title and Anti-Theft Act* (1955).

(344) *Vid.* HENSON, *op. cit.*, p. 5.

el Uniform Commercial Code nos muestra el potencial de racionalización, clarificación y unificación que puede tener la *ley* y la intervención del *legislador* en un ordenamiento jurídico. Ciertamente la historia del Uniform Commercial Code nos muestra una interesante experiencia en el proceso de elaboración de una ley (345). La participación de los distintos estamentos interesados, el patrocinio de instituciones como la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* y el *American Law Institute*, la intervención de juristas tan destacados como Karl Llewellyn y Grant Gilmore, la labor de la *Permanent Editorial Board*... nos colocan ante una interesante y aleccionadora experiencia en el terreno de la genética de las leyes.

La instauración del mercado único, en el marco de la CEE, va a obligar a plantearse el problema de las garantías mobiliarias desde una perspectiva europea. Ciertamente, la confluencia de ordenamientos nacionales tan dispares como el alemán, francés, inglés, italiano, español... parece abocar a un difícil entendimiento. Puede que quizá entonces la lección del art. 9 UCC sea más útil todavía: la legislación de garantías mobiliarias es competencia estatal en los USA (no legislación federal) y el art. 9 también sirvió para establecer un marco uniforme (346).

La generalización de la garantía mobiliaria se basa en razones de eficiencia económica. Cuando, ante la aridez y la complejidad del tema estudiado, manifestábamos un cierto escepticismo al Profesor Baird, éste nos trataba de contagiar su optimismo, afirmando que el trabajo merecería la pena siempre que mediante una regulación clara y coherente de las garantías mobiliarias se coadyuvase a mejorar, aunque en un mínimo porcentaje, los resultados económicos globales del país. Ahora bien, es evidente que, tal como la experiencia americana nos muestra, el impulso principal ha de venir de las propias exigencias de los agentes que intervienen en el mercado. Por último, concluyamos con una curiosa reflexión de Henson⁽³⁴⁷⁾: «Algunos creen que los jóvenes y los profesores son visionarios. Esto no es exacto cuando se aplica al campo del *commercial law*. En este campo, con bastante frecuencia, son los prácticos de experiencia los que se manifiestan con las ideas más “radicales”.»

(345) *Vid.* HENSON, *op. cit.*, pp. 1-5; NODSTROM, *op. cit.*, pp. 2-6.

(346) El art. 9 ha sido adoptado por todos los Estados, salvo Luisiana. No obstante, en la promulgación estatal del art. 9 se han dado ciertas modificaciones, lo cual ha puesto en peligro la pretendida uniformidad.

(347) *Op. cit.*, pp. 1-2.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- AAVV, *Reforma del Derecho de Quiebra*, Madrid, 1982.
- ALAS, LEOPOLDO, *La publicidad y los bienes muebles*, Madrid, 1920.
- ALCHOURRON, CARLOS E., y BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1987.
- ANGEL, RICARDO DE, *Problemas que suscita la «venta en garantía» en relación con los procedimientos de ejecución del deudor*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1973, pp. 47-67.
- ATYIAH, P. S., y SUMMERS, ROBERT S., *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, 1987.
- BAILEY, HENRY J., *Secured Transactions*, St. Paul, 1981.
- BAIRD, DOUGLAS G., y JACKSON, THOMAS H., *Security Interests in Personal Property*, St. Paul, 1987.
- BAIRD, DOUGLAS G., y JACKSON, THOMAS H., *Possession and Ownership: An Examination of the Scope of Article 9*, 35 «Stanford Law Review», p. 175 (1983).
- BAIRD, DOUGLAS G., y JACKSON, THOMAS H., *Information, Uncertainty, and the Transfer of Property*, 13 «Journal of Legal Studies», p. 299 (1984).
- BAIRD, DOUGLAS, *Property Rights, Priority Rights and Ostensible Ownership: The Deep Structure of Article 9*, en COOGAN, *Secured Transactions*, 1988.
- BAIRD, DOUGLAS G., *Notice Filing and the Problem of Ostensible Ownership*, 12 «Journal of Legal Studies», p. 53 (1983).
- BARBIERA, LELIO, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Nápoles, 1971.
- BÄRMANN, JOHANNES, y otros, *Les garanties de crédit en droit allemand*, París, 1978.
- BEDOURA, JEAN, *Les garanties du crédit*, París, 1981.
- BERCOVITZ, RODRIGO, *Comentarios a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*, Madrid, 1977.
- BERCOVITZ, RODRIGO, *La cláusula de reserva de dominio*, Madrid, 1971.
- BERCOVITZ, RODRIGO, *Comentario a la sentencia de 11 de julio de 1983*, «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil», núm. 3, pp. 873-879 (77).
- BERCOVITZ, RODRIGO, *Comentario a la sentencia de 26 de marzo de 1984*, «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil», núm. 5, pp. 1541-1548 (127).
- BLOMEYER, ARWEED, *Las garantías sin desposesión sobre cosas muebles en Alemania*, «Anales Academia Matritense del Notariado», XI, 1961, pp. 7-19.
- BROCCA, ANTOINE, *Manuel de la clause de réserve de propriété*, Lyon, 1982.
- BRUYNEEL y STRANART, EDAS., *Les Sûretés*, París, 1984.
- CARRASCO PERERA, ANGEL, *Comentario a la Resolución de la DGRN de 30 de junio de 1987*, «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil», núm. 15, pp. 4929-4941.
- CARRIO, GENARO R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 1986.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Hacia un nuevo Derecho civil*, Madrid, 1933.
- CICCARELLO, SEBASTIANO, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Milán, 1983.
- COOGAN, PETER F., *Article 9 of the Uniform Commercial Code: Priorities among Secured Creditors and the «Floating Lien»*, 72 «Harvard Law Review», p. 839 (1959).

- COOGAN, PETER, F., *The effect of the Federal Tax Lien Act of 1966 upon security interests created under the Uniform Commercial Code*, 81 «Harvard Law Review», p. 1369 (1968).
- COOGAN, PETER, F., *Article 9. An Agenda for the Next Decade*, 87 «Yale L. J.», p. 1030 (1978).
- COOGAN, KRIPKE y WEISS, *The outer fringes of Article 9: subordination agreements, security interests in money and deposits, negative pledge clauses and participation agreements*, 79 «Harvard Law Review», p. 229 (1965).
- COTTERRELL, *The Law of Property and Legal Theory*, en «Legal Theory and Common Law», Ed. Twining (William), Londres, 1986.
- DAVIES, IWAN, *The Reform of Personal Property Law: Can Article 9 of the US Uniform Commercial Code be a Precedent?*, «International and Comparative Law Quarterly», 1988, pp. 465-504.
- DE CASTRO, FEDERICO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971.
- DÍEZ PICAZO, LUIS, *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, Vols. I y II, Madrid.
- DÍEZ PICAZO, LUIS, y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Sistema de Derecho civil*, Vol. II, Madrid, 1988.
- DI ROBILANT, ENRICO, *Modelli nella teoria del diritto*, «Riv. trim., dir e proc. civ.», 1970, pp. 705-721.
- DUNHAM, ALLISON, *Inventory and Accounts Receivable Financing*, 62 «Harvard Law Review», p. 588 (1949).
- FERRANDIS VILELLA, JOSÉ, *Introducción al estudio de los derechos reales de garantía*, «Anuario de Derecho civil», 1960, pp. 37-62.
- FRAGALI, MICHELE, *Garanzia e diritti di garanzia*, en «Enciclopedia del Diritto», T. XVIII, pp. 448-466.
- GABRIELLI, GIOVANNI, *Publicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, «Rivista di Diritto Civile», 1988, 1, pp. 425-461.
- GALGANO, FRANCESCO, *Historia del Derecho Mercantil*, Barcelona, 1981.
- GILMORE, GRANT, *Security Interests in Personal Property*, 2 vols., Boston, 1965.
- GIORGIANNI, MICHELE, *La causa del negozio giuridico*, Milán, 1961.
- GOODE, R. M., *Legal Problems of Credit and Security*, Londres, 1988.
- GOODE, R. M., *The Modernisation of Personal Property Security Law*, «The Law Quarterly Review», 1984, pp. 234-251.
- GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. XXII, Madrid, 1979.
- GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *La prelación de créditos en el Código civil*, Barcelona, 1962.
- GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. XXIV, Madrid, 1984.
- HENSON, RAY D., *Secured transactions under the Uniform Commercial Code*, St. Paul, 1979.
- JACKSON, THOMAS H., y KRONMAN, ANTHONY T., *A Plea for the Financing Buyer*, 85 «Yale L. J.», p. 2 (1975).
- JACKSON, THOMAS H., y KRONMAN, ANTHONY T., *Secured Financing and Priorities Among Creditors*, 88 «Yale L. J.», p. 1143 (1979).
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *La forma constitutiva en la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», 1961.

- LACRUZ, *La causa en los contratos de garantía*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», pp. 709-755.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y otros, *Elementos de Derecho civil*, II, Vol. I, Barcelona, 1985.
- LALAGUNA, ENRIQUE, *La legislación de ventas a plazos y las garantías reales mobiliarias*, en «Estudios de Derecho civil, Obligaciones y Contratos», Madrid, 1978.
- LEVMORE, SAUL, *Monitors and Freeriders in Commercial and Corporate Settings*, 92 «Yale L. J.», p. 49 (1982).
- LIPARI, NICOLO, *Il negozio fiduciario*, Milán, 1971.
- LUHMAN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, 1983.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS, *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1988.
- MARTY, JEAN-PIERRE, *La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine*, «Rev. trim. dr. civ.», 1981, pp. 681-702.
- MENÉNDEZ, JOSÉ, *La deseable unificación del régimen jurídico de los Registros de Bienes*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1981, pp. 605-624.
- MESSINA, GIUSEPPE, *Scritti Giuridici*, I, *Negozi fiduciari*, Milán, 1948.
- NATUCCI, ALESSANDRO, *La tipicità dei diritti reali*, I, Padua, 1982.
- NATUCCI, ALESSANDRO, *La tipicità dei diritti reali*, II, Padua, 1985.
- NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, 1983.
- NODSTROM, ROBERT J.; MURRAY Jr., JOHN, E., y CLOVIS, ALBERT L., *Problems and Materials on Secured Transactions*, St. Paul, 1987.
- PANTALEÓN, FERNANDO, *Cesión de créditos*, «Anuario de Derecho civil», octubre-diciembre, 1988, pp. 1033-1131.
- PARENTE, FERDINANDO, *Nuovo ordine dei privilegi ed autonomia privata*, Nápoles, 1981.
- PENNINGTON, ROBERT R., *Retention of title to the sale of goods under European Law*, «International and Comparative Law Quarterly», 1978, pp. 277-318.
- PIEPOLI, GAETANO, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Nápoles, 1980.
- POLINSKY, A. MITCHELL, *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Barcelona, 1985.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, JOSÉ DOMINGO, *Legislación sobre venta a plazos, entidades de financiación y «leasing»*, Prólogo, Madrid, 1987.
- ROJO AJURIA, LUIS, *Leasing mobiliario*, Madrid, 1987.
- RUBINO, DOMENICO, *L'ipoteca*, Milán, 1956.
- RUISI, G.; PALERMO, A.; PALERMO, G., *I privilegi, Giurisprudenza Sistemática Civile Commerciale*, diretta de Walter Bigiavi, Turín, 1980.
- SCHWARTZ, ALAN, *Security Interest and Bankruptcy Priorities: A Review of Current Theories*, 10 «Journal of Legal Studies», p. 1 (1981).
- SCOTT, ROBERT E., *A Relational Theory of Secured Financing*, 86 «Columbia Law Review», p. 901 (1986).
- SERRANO GARCÍA, IGNACIO, *La hipoteca de establecimiento mercantil*, Madrid, 1975.
- SESTA, MICHELE, *Le garanzie atipiche*, Padua, 1988.
- STONE, BRADFORD, *Uniform Commercial Code*, St. Paul, 1984.
- STOUFFLET, JEAN, *L'usage de la propriété a des fins de garantie*, en «Les Sûretés», París, 1984.

- TARELLO, MARCO, *Dirrito, enunciati usi, Bologna, 1974.*
- TUCCI, GIUSEPPE, *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti. L'esperienza statunitense e italiana, Milán, 1974.*
- TWINING, WILLIAM, *Karl Llewellyn and the Realist Movement, Londres, 1973.*
- VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B., *Estudios sobre garantías reales, Madrid, 1973.*
- VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B., *Estudios sobre Derecho de Cosas, II, «La reivindicación mobiliaria», Madrid, 1986.*
- VAN OMMESLAGHE, PIERRE, *Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté, en «Les Sûretés», París, 1984.*
- VARRONE, CLAUDIO, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia, Nápoles, 1968.*
- VIOLA SAURET, JOAQUÍN, *Los problemas registrales de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento a través de los principios, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», 1961, pp. 401-477.*
- WISEMAN, ZIPPORAH BATSHAW, *The Limits of a Vision: Karl Llewellyn and the Merchant Rules, 100 «Harvard Law Review», pp. 465-545 (1987).*
- WITZ, CLAUDE, *Le droit des sûretés réelles mobilières en République Fédérale d'Allemagne, en «Revue Internationale de Droit Comparé», 1-1985, pp. 27-68.*

Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario

Por TERESA MARIN GARCIA DE LEONARDO

SUMARIO.—I. GENERALIDADES.—II. DERECHO DE DISFRUTE DE LOS BIENES AJENOS.—1. *Evolución histórica.*—2. *Relación entre el nudo propietario y el usufructuario.*—3. *Facultad de disfrute.*—A) Conservación de la forma y sustancia de la cosa.—B) Circunstancias en que es posible un cambio del destino específico de la cosa.—a) Planteamiento de la cuestión.—b) Antecedentes legislativos.—c) Planteamientos doctrinales y decisiones jurisprudenciales.—III. OBLIGACIONES QUE GARANTIZAN LA CONSERVACION DE LA COSA.—1. *Cuidado de las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia.*—2. *Reparaciones ordinarias y extraordinarias.*—A) Reparaciones ordinarias.—a) Precedentes.—b) Contenido y justificación del precepto.—c) Supuesto de renuncia del usufructo.—d) Efectos del incumplimiento de la obligación de hacer las reparaciones ordinarias.—B) Reparaciones extraordinarias.—a) Precedentes: obligatoriedad de llevarlas a cabo.—b) Concepto.—c) Reparaciones extraordinarias urgentes.—d) Reparaciones extraordinarias no indispensables para la subsistencia de la cosa.—IV. ACCIONES QUE CORRESPONDEN AL NUDO PROPIETARIO.—1. *Supuesto de no conservación de la sustancia y forma de la cosa.*—2. *Supuesto de mal uso de la cosa usufructuada infiriendo considerable perjuicio.*—V. POSIBILIDADES DE DISFRUTE DEL USUFRUCTUARIO: EXAMEN DEL ARTICULO 480 DEL CODIGO CIVIL.—1. *Alcance del arrendamiento celebrado por el usufructuario.*—A) Contratos celebrados al amparo de la Ley de Arrendamientos Rústicos.—B) Contratos de arrendamiento celebrados de acuerdo con la Ley de Arrendamientos Urbanos.—a) Posición del nudo propietario.—b) Derechos de tanteo y retracto.—2. *Disposición del derecho de usufructo.*—A) ¿Disposición del derecho de usufructo o del disfrute del derecho?—B) Efectos de la transmisión del derecho de usufructo.—a) Relación jurídica entre nudo propietario, usufructuario y adquirente del derecho.—b) Ambito de responsabilidad: Legitimación activa y pasiva.—3. *Hipoteca del derecho de usufructo.*

I. GENERALIDADES

El objeto del presente estudio es hacer unas reflexiones sobre la extensión y posibilidades del disfrute a que da derecho el usufructo, junto con los llamados límites institucionales a la actividad positiva del usufructuario. Ello es importante, porque de la determinación de estas materias dependerá el régimen de las correspondientes acciones que puede tener el nudo propietario contra el usufructuario, en los supuestos en que no cumpla los deberes que le imponen los diferentes preceptos del Código civil.

II. DERECHO DE DISFRUTE DE LOS BIENES AJENOS

1. Evolución histórica

El artículo 467 del Código civil pone de relieve el contenido esencial del usufructo: «Derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa.» Por tanto, lo que caracteriza este derecho real es el «derecho de disfrutar los bienes ajenos» (1) representando, como pone de relieve Pugliese (2), la solución «civilística» al problema de dividir en el tiempo la utilizabilidad de un bien, permitiendo a uno —usufructuario— utilizarlo actualmente y asegurando a otro —nudo propietario— la utilizabilidad futura.

En primer lugar, se nos plantea cuál es el papel que desempeña la obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa, teniendo en cuenta que, a continuación, el precepto posibilita que o bien el título de constitución o la ley autoricen otra cosa. Esta adición del último inciso fue introducida en la edición reformada del Código civil, sin que el mismo legislador explicara en la Exposición de Motivos a qué se debió una modificación, en palabras de Puig Brutau (3), «tan importante como imprevista». En efecto, si analizamos brevemente la trayectoria histórica, veremos la incidencia de esta adición en el cambio de sentido de ambas condiciones.

Es conocida la definición que del usufructo nos da el Derecho romano, atribuida a Paulo (4): «Ius alienis rebus utendi, fruendi, sal-

(1) En este sentido, VENEZIAN, G., *Usufructo, uso y habitación*, Tomo II, Madrid, 1928, p. 315; seguido por JORDANO BAREA, J. B., *El cuasiusufructo del derecho de goce sobre cosa ajena*, «ADC», 1948, p. 996.

(2) PUGLIESE, G., *Usufrutto*, «Novissimo Digesto Italiano», Tomo X, Torino, 1975, P. 331.

(3) PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos del Derecho civil*, Tomo III, vol. II, 3.ª ed., Barcelona, 1973, p. 290.

(4) Digesto 7, 1, 1 y I, 1, 2, pr. 4.

va rerum substantia.» Como puede apreciarse, se atribuye al usufructuario, de una manera temporal, la casi totalidad de los derechos dominicales. Esta fórmula fue recogida por el Derecho francés que, en su artículo 578 del Código napoleónico, define el usufructo como: «Le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance.» El proyecto del Código civil español de 1851, siguiendo esta línea, conservó la locución romana «salva rerum substantia», tan enérgica en palabras del propio García Goyena (5), aunque introdujo ligeras diferencias con respecto a la definición pauliana. En este sentido, Latour Brotons (6) señala que la adición de «bienes ajenos» es un acierto, por concretar más la definición legal; y, de la interpolación de la palabra forma, el propio García Goyena afirmaba: «En este artículo se añade la forma, porque alterarla o cambiarla es disponer de la cosa.» Posteriormente pasó al Proyecto de 1882, siendo reproducida en la primera edición del vigente código. Es al promulgarse la segunda edición cuando, sin dar ninguna explicación, se añaden las siguientes palabras: «A no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa.» A partir de aquí se produce un desvío de la fórmula romana (7). Probablemente pudo ser resultado de la discusión parlamentaria, ya que Luis Silvela en el Senado (8) afirmaba: «Se define el usufructo, ¿y por qué no el uso y la habitación? ¿Y cómo se define? Diciendo que es el derecho de usar y gozar de las cosas ajenas sin alterar su naturaleza. Mala definición, porque esto puede ser, por ejemplo, el arrendamiento o el comodato. Luego, si esta definición sirve para definir varios derechos reales, la definición es mala. Parece exigirse que la cosa usufrutuada fuese de aquellas que no necesiten que se altere la esencia para ser gozadas. Sin embargo, más adelante se dice que se pueden dar en usufructo las cosas fungibles, usufructo que no es el que define el Código» Azcárate, por su parte, insistió en el Congreso de Diputados sobre la definición de usufructo y dijo en su discurso: ¿Por qué habéis huido de emplear la palabra cuasiusufructo? Conserváis el concepto antiguo y en seguida os ponéis en contradicción con él. Finalmente, Gamazo, que era vocal de la sección primera de la Comisión de Códigos, le contestó diciendo: «Lo mismo puede decirse de todos los Códigos del mundo que han incurrido en el error en que se incurre estudiando el derecho

(5) El artículo 435 del Proyecto de 1851 establecía: el usufructo es el derecho de disfrutar de los bienes ajenos, sin alterar su forma ni sustancia. Véase comentario de GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*, Zaragoza, 1974.

(6) LATOUR BROTONS, J., *Estudio del usufructo*, «RCDI», 1956, p. 599.

(7) Como afirma BONFANTE en *Corso di Diritto romano*, III, Roma, 1933, p. 53, con el «salva rerum substantia», los clásicos querían decir que los bienes de utilidad simple o consumibles no eran susceptibles de usufructo.

(8) *Discusión parlamentaria del Código civil*, Madrid, 1891, p. 345.

de usufructo, error, en efecto, que se trata de enmendar por la adición del cuasi-usufructo en la noción general del usufructo.»

En base a esto, algunos autores han afirmado que ya no constituye, como sucedía en el Derecho romano clásico, un límite objetivo del derecho de disfrute el conservar la sustancia, sino que se ha transformado en condición subjetiva de tal derecho (9), en una obligación de naturaleza accidental. Por nuestra parte, estimamos que la obligación de conservar la sustancia y forma de la cosa, en principio, constituye un límite que el usufructuario encuentra en el goce de la cosa (10). Pero tampoco hay que desconocer que el artículo 467 del Código civil también concede su juego a la autonomía de la voluntad, cuando permite que el título de constitución levante ese límite legal puesto al disfrute del usufructuario (11). En consecuencia, la ley otorga a los particulares la posibilidad de modificar el tipo legal siempre y cuando respeten las características del derecho real. Como expone Lacruz (12), éstas se refieren a la persistencia de la idea de disfrute real, de relación directa del titular con la cosa, que le permite percibir los frutos en propiedad y, finalmente la idea de exclusión de cualesquiera terceros, incluso el nudo propietario. Parece, por tanto, que lo fundamental en el derecho real de usufructo es el uso y aprovechamiento que se hace de una cosa ajena, consecuencia de la facultad de disfrute que se otorga al usufructuario. La conservación de la sustancia y forma de la cosa, siendo en principio un límite del ejercicio de su derecho, puede ser modificada de acuerdo con su título constitutivo. Y es que, como ya observaba Dualde (13), cuando sometemos a examen la tipicidad de una determinada figura, desaparece la idea simplicidad, porque la realidad no suele confirmar la pretendida pureza de los tipos.

Finalmente, como seguidamente veremos, la aplicación práctica de los principios de conservación de la sustancia y forma de la cosa, coordinados con el derecho de disfrute del usufructuario y las obliga-

(9) En esta línea véase VENEZIAN, G., Tomo II, *ob. cit.*, p. 315, y JORDANO BAREA, J. B., *ob. cit.*, p. 996, que considera el deber de conservar la sustancia como accidental porque, de otro modo, se imposibilitaría construir el cuasiusufructo como un derecho de goce sobre cosa ajena y encuadrarlo dentro de la figura del usufructo. En el mismo sentido, se manifiesta BORRELL MACIA, A., *Algunas consideraciones sobre la conservación de la sustancia en el usufructo*, «RDP», 1949, p. 1064.

(10) GIORGIANNI, M., y NICOLO, R., *Usufructo*, «Nuevo Digesto Italiano», vol. XII, 2, Turín, 1940, p. 780. En contra, JORDANO BAREA, J. B., *ob. cit.*, p. 995, estima que la obligación de conservar es un simple deber que tiene carácter accesorio y no de esencia para el usufructo.

(11) DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Sistema de Derecho civil*, III, Madrid, 1985, p. 379.

(12) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, III, 2.º, Zaragoza, 1980, p. 13.

(13) DUALDE GÓMEZ, J., *La materia contractual única*, libro homenaje al Profesor F. Clemente de Diego, Madrid, 1940, p. 33.

ciones que de éste derivan, no siempre van a suponer para el usufructuario la exigencia de mantener el destino específico de la cosa.

2. Relación entre el nudo propietario y el usufructuario

Tanto el nudo propietario como el usufructuario poseen diferentes derechos y obligaciones, que derivan no sólo de la relación jurídico real sino que se centran también en el ámbito personal. Estos derechos, ya afirmaba Toullier y expone Cossio (14), «son distintos e independientes en el plano real, dotado cada uno de ellos de un régimen y vida propios y que coexisten sobre el mismo objeto, estableciéndose una relativa interdependencia que se desenvuelve en el plano obligatorio y en el plano real simultáneamente. En efecto, nos encontramos por una parte, con que en el ámbito real el usufructuario de acuerdo con el artículo 467 del Código civil tiene un derecho de disfrute de la cosa con dos límites fundamentales: el límite temporal (art. 513 Cc) y el material de conservar la forma y sustancia de la cosa usufructuada. En consecuencia, el propietario tiene un derecho sobre lo que podríamos calificar de valor sustancial de la cosa. Pero además, si examinamos el artículo 487 del Código civil, vemos cómo «el usufructuario puede hacer en los bienes objeto del usufructo las mejoras útiles o de recreo que tuviere por conveniente con tal que no altere su forma o sustancia». Con respecto al propietario éste, en virtud del artículo 489 del Código civil, podrá enajenar los bienes en que otro tenga el usufructo, pero no alterar su forma ni sustancia. Por tanto, habrá que examinar cuál es el contenido real de ese deber recíproco de respetar la sustancia y no alterar la forma de la cosa; qué posibilidades tiene el derecho de disfrute y cuáles son sus límites.

Desde el punto de vista personal, no podemos olvidar que las obligaciones anteriormente apuntadas no son tan sólo de contenido negativo, lo cual supone una conducta pasiva, sino que van a imponer la realización de conductas positivas que evidentemente no pueden explicarse pensando solamente en la relación jurídico-real. Estas relaciones, en el plano obligacional, derivan del título de constitución o de la ley y van a generar unas obligaciones recíprocas y unas relaciones entre la persona del usufructuario y el nuevo propietario.

(14) TOULLIER, M., *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, Tomo III, Paris, 1851, núm. 389: «El usufructo es un derecho personal si se considera en su relación con el usufructuario y es un derecho real relativamente a la cosa por la cual se da este derecho. También COSSIO, A. DE, *ob. cit.*, pp. 751 y 757.

3. Facultad de disfrute

El usufructuario sabemos que debe cumplir ciertas obligaciones; unas antes del comienzo del disfrute, otras durante el mismo y las últimas cuando finaliza el derecho de usufructo. Antes de entrar en el disfrute, el usufructuario debe hacer, como establece el artículo 491 del Código civil, un inventario de los bienes, tasando los muebles y describiendo el estado de los inmuebles. Por otra parte prestar fianza. Pero los mayores problemas, a nuestro juicio, se presentan en el curso del disfrute, donde el usufructuario debe cuidar las cosas como un buen padre de familia; obligación que tiene como colorario la de conservar y mantener la cosa y la de soportar ciertas cargas que son la contrapartida de su disfrute. Cuando expira el usufructo debe restituir a su propietario la cosa de la que ha debido conservar su forma y sustancia. De ahí que nuestro centro de atención sea, precisamente, la situación del usufructuario durante ese periodo de disfrute de la cosa usufrutuada.

A) *Conservación de la forma y sustancia de la cosa*

En primer lugar, vamos a intentar establecer brevemente qué se entiende por forma y sustancia de la cosa, para poder determinar en qué supuestos se traspasan estos límites y con qué consecuencias (15).

En principio «salva rerum substantia», de origen antiquísimo, recogido en el artículo 467 de nuestro Código civil, ha sido estudiado partiendo de los conceptos filosóficos elaborados por la Escolástica (16). Pero no creemos que nuestro legislador, al hacer referencia a los términos sustancia y forma, estuviera pensando en su significado filosófico (17), sino que hay que utilizar, como afirma Fernández

(15) La controversia sobre la sustancia y forma ha estado presente a lo largo de los siglos, no sólo desde un punto de vista doctrinal, sino incluso a nivel legislativo. En este sentido, el artículo 578 del Código de Napoleón y el Código civil italiano derogado en su artículo 477.

(16) VENEZIAN, G., *ob. cit.*, Tomo II, pp. 311 y ss., aunque con una interpretación personal, estudió los conceptos de sustancia y forma desde un punto de vista filosófico.

(17) Es curioso que, a pesar del influjo de las filosofías aristotélica y estoica en proculeyanos y sabinianos, esta adopción de principios filosóficos opuestos no tuvo la importancia que, a primera vista, parece desprenderse, ya que, al resolver supuestos reales, el jurista romano prescinde de los citados principios y acude a soluciones que están basadas en el valor de la cosa. Véase en este sentido D. 50, 16, 14. Paulo nos informa que Labeo y Sabino (Escuelas Sabinianas y Proculeyanas) estiman que si se devuelve un vestido cortado u otra cosa deshecha, como una tabla con pintura raspada, puede decirse que falta la cosa, pues el precio de éstas cosas no está en la sustancia, sino en el arte. Luego, jurídicamente, la sustancia de la cosa es su valor.

de Villavicencio (18), el primer realista que seguramente inspiró la redacción del Código civil. En este sentido García Valdecasas (19) pone de relieve cómo la sustancia y la forma son referencias a dos conceptos con ámbito propio, aunque siempre funcionen correlativamente. Después de enumerar diversos textos que apoyan esta idea (20), afirma que la posición del Código español es considerar que la sustancia de las cosas es su valor, ya que en diversos preceptos se nos pone de relieve su carácter decisivo. Así, cita el artículo 383 del Código civil, en virtud del cual, la atribución de la propiedad de una cosa dependerá del valor y no de la forma o de la materia. Por tanto, lo principal es que la cosa valga, que tenga un valor. Esta idea es la que ha servido de punto de partida a López Jacoiste (21) para afirmar que la conservación de la sustancia es la conservación del valor; valor que encierra la conservación tanto de su potencial permanente como de su rendimiento normal; una merma en la productividad normal de la cosa es un ataque a su sustancia. Lo es también un aumento a costa de su potencial futuro. En consecuencia, conservar la sustancia significa conservar el valor en las condiciones expuestas (22) y con un sentido, como pone de relieve García Valdecasas (23), objetivo, es decir, no el valor que en cada momento se pudiera realizar y que dependería de múltiples factores externos, sino el que corresponde a la cosa según la creencia social vigente y según la relación de uso, socialmente consagrada de la cosa.

Por último, queremos destacar que el Código civil de alguna forma también recoge la idea de sustancia de la cosa referida al valor de la misma. Como ya hemos puesto de relieve, la conservación de la sustancia y forma de la cosa es una obligación recíproca (24). En efecto, al propietario, en virtud del artículo 489 del Código civil, se le posibilita la enajenación de bienes en que otro tenga el usufructo pero «no podrá alterar su forma ni sustancia, ni hacer en ellos nada que perjudique al usufructuario». Por su parte, el artículo 503 del Código civil permite que el propietario haga obras y mejoras en la

(18) FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, F., *Salva rerum substantia en el usufructo propio*, «RDP», 1951, pp. 189 y 55.

(19) GARCÍA VALDECASAS, A., *La idea de sustancia en el Código civil*, «RDP», 1951, p. 884.

(20) Véase artículos 487 y 489 del Código civil.

(21) LÓPEZ JACOISTE, J. J., *El arrendamiento notoriamente gravoso concertado con el usufructuario*, «ADC», 1956, p. 1243.

(22) En este sentido, DORAL DE PAZOS, J. A. en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo VII, Jaén, 1980, p. 5, habla de mantener la «aptitud productiva».

(23) GARCÍA VALDECASAS, A., *ob. cit.*, p. 885.

(24) En este sentido, LATOUR BROTONS, J., *ob. cit.*, p. 592, estima que la sustancia es el límite jurídico que señala los derechos de ambas partes, pues si de ella arrancan los derechos y obligaciones del usufructuario, también está establecida esta divisoria para el propietario.

finca usufructuada, «siempre que por tales actos no resulte disminuido el valor del usufructo, ni se perjudique el derecho del usufructuario». Como podemos observar, ambos preceptos tienen como finalidad evitar que se perjudique el derecho del usufructuario; y comparando los dos artículos vemos que se habla de no alterar la forma y sustancia y de que no resulte disminuido el valor del usufructo. Por tanto, parece que el Código civil aquí nos está poniendo de relieve que las dos frases tienen un contenido similar.

En cuanto a la forma, el análisis de los diversos textos (25) nos pone de relieve que es difícil dar reglas fijas y absolutas, ya que dentro de las facultades que tiene el usufructuario cabe el libre aprovechamiento de la cosa, siempre que no llegue a destruirla o transformarla de tal forma que la convierta en otra distinta. Esto nos lleva a afirmar que, en cuanto a la forma, existirán unos límites que vienen marcados por esa destrucción o transformación de la cosa, por un lado; y por otra parte, por el destino propio de la misma. En este punto no podemos olvidar que la forma de la cosa a efectos jurídico-sociales vendrá determinada por la finalidad a que esa cosa sirve. A este respecto, hay algunos autores que al referirse a la forma lo hacen desde el punto de vista subjetivo. Así, Manresa (26) opina que la forma de una cosa significa los caracteres extrínsecos de la misma, lo que la hace apta o adecuada para el uso, destino o fin particular que el dueño le tuviese señalado. Sin embargo, no creemos que este concepto haya de considerarse desde un punto de vista subjetivo, sino desde la perspectiva de la finalidad a la que la cosa sirve, es decir, el destino «socialmente reconocido y estimado» (27). Esta interpretación es, además, la que vienen recogiendo diversos ordenamientos jurídicos y algunas sentencias del Tribunal Supremo. Así tenemos que el Código civil italiano, en su artículo 981, establece que el usufructuario tiene derecho a gozar de la cosa, pero debe respetar su destino económico. En parecido sentido, el Derecho alemán (BGB, parágrafo 1.036) establece que el usufructuario, en el ejercicio de su derecho, tiene que mantener el destino económico que la cosa tenía y proceder según las reglas de una economía ordenada. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1969 establece que la alteración de la forma es un cambio de estructura de la cosa o de las cualidades objetivas que la configuran.

(25) La interpolación de la forma parece que viene documentada en los siguientes pasajes: D. 7, 1, 3, «no puede hacer alteraciones ni quitar lo útil»; D. 7, 1, 8, «aunque lo haya de reponer mejor»; D. 7, 1, 60, «está establecido que el usufructuario no puede concluir el edificio comenzado, aunque de aquel lugar no puede usar de otro modo», y D. 7, 1, 44, «una cosa es conservar lo que hubiese recibido y otra hacer algo nuevo».

(26) MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil español*, Tomo IV, Madrid, 1905, p. 352.

(27) En este sentido, GARCÍA VALDECASAS, A., *ob. cit.*, p. 890.

En esta misma línea las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 y 27 de diciembre de 1934 en materia de usufructo declaran la licitud de cualquier acto por el que «no se modifique la función económica y social de la finca...». Más recientemente, una sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 10 de noviembre de 1986 (28) habla de que el «salva rerum substantia» se refiere a que el usufructuario está obligado a no alterar el destino económico del objeto usufructuario. Por tanto, la forma viene referida al destino propio de la cosa. En consecuencia, habrá que analizar qué cambios de destino tienen relevancia a efectos de considerarlos como alteraciones de la forma. A nuestro juicio, para que tenga relevancia un determinado cambio de destino, tiene que afectar a la cosa objetivamente (29) y de tal manera que provoque un cambio en la conceptualización del mismo.

En definitiva, el destino económico es, en palabras de Díez Pícazo (30), una finalidad que se asigna a las cosas o una función que éstas tienen y deben tener. Es un destino impuesto por los criterios dominantes porque, en realidad, es dudoso que pueda hablarse de un destino natural de las cosas, pues no es propiamente la naturaleza, sino un determinado conjunto de factores culturales y económicos los que los crean (destino objetivo o funcional). Pensamos que esta interpretación amplia del término sustancia es acorde, además, con los criterios sociales que, en tema de derecho de propiedad, se desprenden de la Constitución. De ahí que, como señala Lacruz (31), quepa pensar que, en cuanto al destino de la cosa, no es indispensable que el usufructuario se atenga rigurosamente al criterio subjetivo de utilización de ésta marcado por el anterior pleno propietario. Luego ha de contar también el criterio objetivo del papel que desempeña el bien en la economía según la apreciación social corriente, con arreglo a la cual el gozante podrá, en ocasiones, sin afectar al valor y esencia de la cosa, variar su destino introduciendo en ella mejoras que la hagan apta para otro empleo más productivo. Ello con independencia de que habrá que tener en cuenta la proyección en cada uno de los objetos sobre los que recae el usufructo, adaptándose a los caracteres del objeto gravado (32).

Con esta solución se concede al usufructuario la posibilidad de obtener un disfrute efectivo del contenido del usufructo, sin detri-

(28) Revista Jurídica *La Ley*, 19 de febrero de 1987, núm. 7.048.

(29) Este aspecto objetivo de la conservación de la sustancia y forma de la cosa se pone especialmente de relieve en el BGB, en el que se hacen constantes referencias a las reglas y límites de una ordenada economía (párrafos 1.036, 1.043, 1.046 y 1.048), como norma de conducta de una y otra parte durante la existencia del usufructo.

(30) Díez Pícazo y Ponce de León, L., *Fundamentos de Derecho patrimonial*, II, Madrid, 1983, p. 698.

(31) Iglesias, *Instituciones de Derecho romano*, I, Barcelona, 1950, p. 184.

(32) Latour Brotóns, J., *ob. cit.*, 608.

mento de la nuda propiedad (33); porque no se puede culpar al usufructuario de las variantes que, por exigencias naturales o incluso por factores extraños a él, sufra la cosa, en su composición material, en su aspecto o en sus aptitudes productivas. Tampoco es lícito que se queje si, por efecto del uso que hace el usufructuario o por las utilidades que ha obtenido de ella, varía y se altera en forma distinta a lo que hubiese ocurrido si el mismo dueño lo hubiera disfrutado durante igual tiempo (34).

Por último, es de señalar la conexión de esta materia con el problema de las mejoras, en cuanto que el libre aprovechamiento de la cosa que tiene el usufructuario le puede llevar a realizar incluso mejoras; pero, ¿Hasta dónde se puede llevar a cabo una mejora? Sin entrar en esta materia en profundidad porque desbordaría el objeto de nuestro estudio, en consonancia con lo anteriormente expuesto y apoyándonos en la opinión de Cossio (35), podemos afirmar que, en relación con el artículo 487 del Código civil, el destino económico puede ser modificado siempre que no se refiera a cambios sustanciales. Por tanto, será posible cuando se refiera a un cambio accidental y con ello no se impida el restablecimiento ulterior de aquella relación económica primitiva en que la cosa misma estaba puesta, es decir, no alteración de los elementos esenciales y posibilidad de reponer la cosa en el estado en que se hallaba (36).

B) *Circunstancias en que es posible un cambio del destino específico de la cosa*

a) Planteamiento de la cuestión

En principio, en los términos examinados, el usufructuario no puede variar el destino económico de la cosa, porque ello puede perjudicar el nudo propietario (37). El usufructuario tiene, por tanto, derecho a los frutos extraídos de un bien ya que esto no supone una aminoración del mismo, mientras que los productos percibidos agotan a la larga el capital. Los frutos constituyen las rentas, los productos son

(33) En contra, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1935, mantiene un criterio rígido. Pero a la vista de la Constitución española, creemos que la solución ha de ser distinta.

(34) Así lo expone VENEZIAN, G., *ob. cit.*, Tomo II, p. 308.

(35) COSSIO, A. DE, *ob. cit.*, p. 755. En sentido genérico, véase en *Tratado de Arrendamientos Urbanos*, I, Madrid, 1949, p. 444.

(36) Véase en FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, F., *ob. cit.*, p. 207, los supuestos en que el usufructuario puede alterar la forma de la cosa. Más extensamente, puede examinarse el tema de las mejoras en ALBALADEJO GARCÍA, M., *Compensación de desperfectos con mejoras en el usufructo*, «ADC», 1963.

(37) BORREL MACIA, A., *ob. cit.*, p. 1074.

una parte del capital (38). Pero esta distinción entre frutos y productos tiene un valor muy relativo. Existen, en efecto, productos por naturaleza que son frutos por la voluntad del hombre o al menos por la disposición dada por el propietario (39). Además, hay que tener en cuenta que las posibilidades de actuación van a variar en atención a la clase de usufructo de que se trate; por ejemplo, no es lo mismo un usufructo de una explotación agrícola que un usufructo de edificios. En el primero, habrá que ver «las utilidades de orden económico a que van dirigidas las actividades en tal clase de explotación, porque si se atan las manos a iniciativas del usufructuario, de una manera tan fuerte como si de un usufructo de edificios se tratara, quedaría muchas veces fracasada la explotación» (40).

Junto a estas consideraciones, nos encontramos también con que hay supuestos en los que, a nuestro juicio, no se puede exigir al usufructuario que continúe con un determinado destino específico, cuando éste no le permite obtener la utilidad que se espera de la cosa o cuando no se puede cumplir el destino específico que la cosa tenía (41). En estos casos, creemos que el usufructuario puede adaptar su disfrute a las transformaciones que los factores económicos y sociales experimenten en la sustancia y forma de la cosa. Porque, ¿se puede pedir a un usufructuario, que tiene derecho al disfrute de la cosa, que continúe dándole un determinado destino, si éste, o deviene imposible su cumplimiento o no le permite obtener sin cambios la utilidad para cubrir las necesidades de la realización de su actividad? Pensemos en supuestos, que se han planteado en la realidad, en los que el usufructuario tenga, por ejemplo, un establecimiento hotelero al que no van viajeros porque un cambio de carretera ha aislado su

(38) MAZEAUD, J. L. et J., *Leçons de Droit civil*, Tomo II, vol. II, par Juglart, París, 1976-1979, núm. 228.

PLANIOL et RIPERT, Tomo III par Picard, París, 1926, núm. 776. AUBRY et RAU, *Cours de Droit civil français*, Tomo II par ESMEIN, París, 1961, núm. 149.

(39) TERRE, F., *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Thèse, París, 1955, pp. 134 y ss. Destaca cómo los árboles del artículo 591 del Código civil francés, «arbres de haute futaie des forêts mises en coupes réglées», o los productos de minas y canteras tienen la consideración de frutos únicamente en cuanto a los derechos del usufructuario.

(40) BORREL MACIA, A., *ob. cit.*, p. 1076, puntualiza, por ejemplo, en un campo destinado al cultivo agrícola, lo principal del usufructo generalmente es la tierra sobre la que versa, no las plantaciones propiamente dichas. Aquí se persigue más que una explotación determinada, un rendimiento a base de unir a la producción de la naturaleza el trabajo del hombre y entonces podrán considerarse como mejores útiles o como explotación más racional las que inicie el usufructuario, sin que ello traiga perjuicio para el nudo propietario ni varíe lo que sustancialmente es materia de usufructo.

(41) En este sentido, DEMOLOMBE, J. CH., *Cours du Code Napoleon*, Tomo X, París, 1854, núm. 454, que había recogido con el mismo rigor que Pothier los principios del Derecho romano en cuanto al «salva rerum substantia», termina por aceptar la posibilidad de un cambio de destino en supuestos en que exista una necesidad bien reconocida.

establecimiento (42); o en una propiedad agrícola que, como consecuencia de la expansión de la ciudad, se encuentra en plena zona urbana. Esto nos lleva a sumarnos a la afirmación que Puig Brutau (43) hace, comentando la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1935, en el sentido de que aplicar a rajatabla el «salva rerum substantia» es correcto desde el punto de vista de la jurisprudencia de conceptos; pero si se tiene en cuenta que el usufructo nació para dar medios de vida a quien carecía de ellos la conclusión debería ser distinta».

El problema es averiguar en qué situaciones se podría admitir un cambio en el destino específico de la cosa; cuál es, en definitiva, la interpretación más realista de la obligación que impone el artículo 467 de conservar la forma y sustancia de la cosa.

b) Antecedentes legislativos

Como ya hemos destacado, el artículo 467 del Código civil fue tomado del Derecho francés en el que ya hubo discrepancias en cuanto al contenido del derecho de disfrute del usufructuario (44). Pothier (45), desechando la tradición, había sido en esta materia fiel al derecho romano, proponiendo un principio con unas consecuencias muy rigurosas. El usufructuario, afirma, «no tiene más que el derecho de percibir los frutos de lo que él disfruta por usufructo, no le está permitido cambiar la forma; el derecho de cambiar la forma es parte del derecho de disponer de la cosa y no puede pertenecer más que al propietario. Tampoco le está permitido servirse de la forma para otros usos distintos a los cuales está destinada la cosa».

Sin embargo, tanto Domat como Bourjon, siguiendo la línea de la antigua jurisprudencia francesa, proponen soluciones distintas. Domat (46) afirma que el usufructuario puede mejorar; pero no puede

(42) Es el supuesto que se planteó la sentencia de Lyon 20 de enero de 1944, confirmada por la sentencia de la Cour de Cassation de 8 de abril de 1845. Dalloz 1845, 1214.

(43) PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, Barcelona, 1979, p. 308, comentando la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1935 (J. Civil, Tomo CXXXVII, p. 185, núm. 52).

(44) Cambacères, en el Proyecto de Código civil presentado al Consejo en su artículo 424, establecía: El usufructuario no puede ni deteriorar ni desnaturalizar los bienes, ni cambiar el destino..., París, 1796.

(45) POTHIER, *Ouvres de Pothier contenant les traités du droit français*, Tomo V, «Traité du douaire», París, 1835, núms. 214 a 217 y 220. En los supuestos de cambio de la forma o el uso, el propietario puede, sin esperar al fin del usufructo, intentar una acción contra el usufructuario para impedirselo y hacerle que se sirva de la cosa para los usos a los que está destinada.

(46) DOMAT, M., *Les Loix Civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et legum delectus*, Libro I, Tomo I, título XI, sección I, IX, París, 1767.

hacer cambios que empeoren el derecho del propietario. Aplicando este principio al cambio de cultivo, indica que el usufructuario podrá arrancar una planta, como las viñas, para que el terreno se mejore y aumenten las rentas. Pero, si este aumento no fuera más que por un tiempo o, si los cambios causasen incomodidades o gastos a cargo del propietario, el usufructuario se consideraría que ha traspasado los límites de su derecho. Son, pues, las circunstancias las que hacen determinar qué cambios puede o no puede hacer el usufructuario». Por su parte, Bourjon (47) afirma, en la misma línea, que el usufructuario puede poner un viñedo en lo que era tierra laborable y arrancar las viñas para sembrar grano con tal que estos cambios no disminuyan las rentas ordinarias del terreno (48). Si suponen disminución, el propietario tiene derecho a oponerse (49).

¿Qué posición siguió el Código civil francés, la de Pothier inspirada en el Derecho romano o las soluciones propugnadas por Domat y Bourjon basadas en las costumbres? Laurent (50) pone de relieve cómo la primera supone el rigor jurídico, mientras que la segunda es el espíritu basado en la equidad. Piensa que Domat y Bourjon «son los verdaderos intérpretes del Código», mientras que Pothier en materia de usufructo «contra su costumbre, ha atribuido demasiada importancia en esta materia a lo que él denomina sutileza romana». En los cambios de destino las decisiones dependen de los hechos y de las circunstancias.

Esta variedad de opiniones también se dio en autores posteriores. Mientras algunos rehusaron cualquier cambio de forma (51), otros como Genty (52) apoyaron las posturas de Domat y Bourjon. Pero los

(47) BOURJON, *Droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, Tomo II, artículos 5-7, p. 29, París grange 1747.

(48) DOMAT, M., *ob. cit.*, sección I, XV: el usufructuario puede llevar a cabo cualquier cambio de esta naturaleza con el fin de que las rentas del fondo se ven aumentadas.

(49) Loi 7 à la fin F. F. de usuf, citada en DONAT, M., *ob. cit.*, sección I, IX.

(50) LAURENT, F., *Principes de Droit civil*, Tomo VI, París, 1878, núm. 482.

MALEVILLE, J., en *Analyse de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, Livre II, París, 1805, núm. 58, destaca cómo las leyes romanas explicaron con detalles precisos lo que significa «con la carga de conservar la sustancia», siendo muy estrictos en este punto.

(51) En este sentido, BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIERE, P., par Voirin *Cours de Droit civil français*, Tomo IV, París, 1838: el usufructuario no puede por su propia iniciativa hacer de un prado una viña, de un bosque un campo o viceversa. El usufructuario está ligado por el destino de la cosa hasta tal punto que si el uso al que la cosa estaba destinada deviene imposible, el usufructo se extingue.

PROUDHON, P. M., *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, Tomo III, núm. 1.111 y ss., Dijon, 1824, recoge la opinión de Pothier: no se puede cambiar la forma de los jardines...

MALEVILLE, J., *ob. cit.*, Libro II, núm. 58: el usufructuario no tiene, como el propietario, derecho a cambiar la forma de las cosas de las que disfruta.

(52) GENTY, *Traité de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, París, 1859, núm. 149.

inconvenientes a los que conduce el rigor en la interpretación, han hecho que tanto la doctrina como la jurisprudencia busquen los supuestos en los que la regla general puede debilitarse. Como afirma Demolombe (53) hay que pensar que «el interés general de la sociedad que quiere que los bienes sean útiles y no queden sin explotar, el interés de la agricultura, del comercio y de la industria, se conciertan en estos casos con el interés privado del usufructuario, para autorizar que se empleen las cosas sometidas a usufructo en los usos para los cuales se reconoce que son convenientes en lo sucesivo».

Si el usufructuario tiene derecho a disfrutar la cosa, hace falta concederle medios para que la cosa sometida a usufructo pueda cumplir su destino. Porque el uso de la cosa, como afirma Cornu (54), consiste en servirse materialmente en un interés personal, según la naturaleza o destino de esa cosa.

c) Planteamientos doctrinales y decisiones jurisprudenciales

La doctrina coincide en que el usufructuario, en principio, no puede variar el destino económico de la cosa, destino que o bien resultará del título de constitución o vendría dado teniendo en cuenta los usos locales (55). Sin embargo, este sector de la doctrina (56) y, fundamentalmente, la jurisprudencia francesa vienen destacando cómo es necesario imponer ciertos matices. Así, nos encontramos con supuestos en los que por las circunstancias no es posible ninguna utilización razonable sin un cambio. En estos casos, el usufructuario debe tener derecho a adaptar su disfrute al cambio de circunstancias. Pensemos, por otra parte, que si abandona y deja de cuidar la cosa se podría considerar que existe un abuso de disfrute (57). Luego, habrá que

(53) DEMOLOMBE, J. CH., *ob. cit.*, núm. 454.

(54) CORNU, G., *Usufruit*, Encic J. Dalloz, París, 1955, núm. 117.

(55) Así lo expresa COTTIN, J., en *Etude comparée de la situation de l'usufruitier et du preneur a bail d'un immeuble*, Thèse, París, 1951, p. 81.

(56) MARTY, G., y RAYNAUD, P., *Droit civil*, «Les biens», París, 1980, núm. 62 y ss.: el usufructuario no puede cambiar el destino; pero si la evolución de las circunstancias lo recomienda, si, por ejemplo, no se puede dar ninguna utilización razonable sin un cierto cambio, éste deberá ser consentido. GOUBEAUX, G., y BIHR, P. H., *Usufruit*; JURIS CLASSEUR, Rep. Not. Dalloz, 11, 1984, abundando en la idea de PROUDHON, P. M., *ob. cit.*, núm. 1122 y ss.: se permite que el usufructuario lleve a cabo las construcciones que son necesarias para la explotación del inmueble y el mantenimiento de su destino. BORRELL MACIA, A., *ob. cit.*, p. 1074: la variación de la finalidad económica debe entenderse en cuanto pueda perjudicar al nudo propietario, ya que en otro caso no hay por qué limitar las facultades del usufructuario. WEILL, A., *Droit civil*, París, 1985, núm. 756: no hay que llevar al extremo la idea de que el usufructuario no debe cambiar el destino de la cosa.

(57) VILAR, C. CH., *Usufruit*, en *Iuris Classeur*, Rep. Not. Dalloz, 5, 1979: el usufructuario puede abusar de su disfrute, ya sea cometiendo degradaciones sobre el fondo, ya sea dejando debilitarse la falta de cuidados.

dotarle de medios para que pueda llevarlo a cabo. Así, en una sentencia de Grenoble de 15 de febrero de 1961 (58) se planteó el supuesto de una propiedad agrícola que cultivaba legumbres y que, como consecuencia de la expansión de la ciudad, se encontraba en plena zona urbana. El Tribunal consideró que debía admitirse que «el usufructuario que ve su valor económico y su destino radicalmente transformados y, en estas circunstancias, alquila una antigua cuadra y el corral para la explotación de un comercio de madera y carbón, no hace más que adaptar su disfrute a esta evolución». Por tanto, las modificaciones que son necesarias para el ejercicio de su derecho de usufructo no deben estar prohibidas al usufructuario, en tanto en cuanto no perjudiquen al propietario.

En definitiva, se podría sostener que si bien en principio no se puede llevar a cabo un cambio de destino específico sin el consentimiento del nudo propietario (59), la influencia de los factores económicos y sociales puede ser determinante de un cambio de destino. Este cambio, a nuestro juicio, no constituiría un abuso de disfrute, porque el usufructuario lo único que hace es posibilitar la conservación del valor de la cosa, adaptando el ejercicio del derecho de disfrute a los cambios de circunstancias. Esta idea habría que matizarla según los casos ya que, por ejemplo, si el usufructo es de una casa para habitarla, parece más difícil pensar en la posibilidad de un cambio de destino sin el consentimiento expreso del nudo propietario. Ahora bien, en supuestos, por ejemplo, de explotaciones agrícolas en los que el usufructuario ha de realizar una actividad, hemos de reconocer que éste debe tener derecho a añadir «lo necesario» para su realización. De esta forma, se podrá también decidir qué modificaciones se pueden llevar a cabo, en atención al criterio de la necesidad para el ejercicio de su derecho de disfrute, siempre que ello no cause perjuicio al propietario. En estos casos, como estima Proudhon (60), el propietario no debe poner obstáculos, porque se opondría al disfrute mismo del usufructuario. Incluso Demolombe (61) hace notar

(58) Sentencia de Grenoble de 15 de febrero de 1961 (D. 1961, 674). En el mismo sentido, sentencia Casación civil III de 12 de marzo de 1970 (*Bull. civil. III*, núm. 204) y sentencia Casación civil de 28 de enero de 1980 (J.C. P. 80, II, 19416 del Repertorio de Casación civil francés).

(59) Este consentimiento destaca la jurisprudencia francesa que puede ser, además de expreso, el hecho de que el nudo propietario haya conocido la modificación sin elevar protesta, puesto que ello constituye una adhesión tácita a la modificación del disfrute y no una simple tolerancia. En este sentido, sentencia del Tribunal de Châteauroux de 12 de julio de 1949 (L. Classeurs périodiques 1949-IV-180) y sentencia Cass. de 21 de enero de 1932 (*Revue de Loyers*, 1932, 334).

(60) PROUDHON, P. M., *ob. cit.*, núms. 1122 y 1123.

(61) DEMOLOMBE, J. CH., *ob. cit.*, núms. 455 y 711: el usufructuario tiene derecho a disfrutar la cosa y hace falta entonces acordar el medio de que el usufructuario pueda hacer los trabajos, incluso las construcciones reconocidas como necesarias, para que el inmueble sometido a usufructo pueda cumplir su destino.

que «sin el consentimiento del nudo propietario, el usufructuario podría construir si la construcción va ligada al ejercicio legítimo de su derecho». Los criterios que cita son: que tenga o no como finalidad una cierta utilidad y sobretodo que sea necesario para el disfrute del usufructuario. Así, continúa afirmando, «puede construirse una casa destinada a alojamiento de un guarda para velar por la conservación de los bienes o, de una granja o, para recoger o albergar los frutos, porque esto es necesario para el ejercicio del derecho de disfrute».

En consecuencia, estimamos que en esta materia de usufructo como también expone Carbonnier (62) «parece haber sido Domat más que Pothier la guía ordinaria del legislador de 1804 para el título del usufructo». Además, esta interpretación es válida para el Derecho español, en la medida en que nuestro legislador parece que quería conceder una cierta amplitud al derecho de disfrute. Ello sin contar con que conduce a soluciones más coherentes, al otorgar una posibilidad efectiva de disfrute al usufructuario. Bien es verdad, que los criterios de necesidad, cambio de circunstancias por los factores económicos y sociales, perjuicio al nudo propietario... tan sólo constituyen una guía. Ante el caso concreto habrá que analizar, además, la conducta del usufructuario y los motivos de las transformaciones llevadas a cabo, para decidir si existe o no un abuso de disfrute (63); ya que se constata continuamente que, frente a dos situaciones aparentemente iguales, los tribunales, valorando la conducta del usufructuario, llegan a soluciones distintas (64).

(62) CARBONNIER, J., *Droit civil*, «Les biens», París, 1980, núm. 37.

(63) Véase sentencia Casación civil francesa III, de 12 de marzo de 1970 (*Bull. civil III*, núm. 205): «Hay que analizar el comportamiento del usufructuario para decidir si existe o no disfrute.»

(64) En este sentido, VILAR, C. H., *ob. cit.*, comentario a los artículos 596 a 599 del Código civil francés: los Tribunales analizan la conducta del usufructuario para decidir la existencia de un abuso de disfrute, fundamentalmente en los supuestos de arrendamiento. Es de destacar que la «Cour de Cassation» francesa en dos sentencias diferentes, tratándose ambas de la existencia de una convención de ocupación en precario consentida por el usufructuario, consideró que en un supuesto existía abuso de disfrute y en otro no. Así, nos encontramos con que la sentencia de 4 de julio de 1978 (*Cass. civil III, Bull. civil III*, núm. 276) consideró que la convención de ocupación en precario consentida por el usufructuario en realidad debía disimular un arrendamiento consentido sin el acuerdo del nudo propietario, en fraude de sus derechos aludiendo los derechos que con respecto al arrendamiento prevé el artículo 595.4.º del Código civil. Sin embargo, en la sentencia de 7 de mayo de 1982 (París, 1ª ch: *Juris* 1982, arrêt núm. 24239), falló en sentido contrario: «Considerando que G. C. ha autorizado a su hermano gravemente enfermo a disfrutar de la casa desde la muerte de su madre en 1979... ha habido una simple tolerancia inspirada en motivos muy legítimos para una ocupación provisional... La cour no encuentra en la causa ningún elemento constitutivo de abuso de disfrute.

De la misma forma, otras sentencias, en esta línea de atención a las circunstancias del caso concreto, admiten un cambio de destino del bien sometido a usufructo, cambio que de acuerdo con el texto legal no es posible porque alteraría la sustancia y forma de la cosa. En principio, no se admite que en los supuestos de arrendamiento

Con esta interpretación más amplia del derecho de disfrute del usufructuario, además de posibilitar un rendimiento normal del bien objeto de usufructo, se adapta al destino de acuerdo con las circunstancias sociales y económicas, lo que parece más acorde con los planteamientos seguidos por la Constitución española en tema de derecho de propiedad. Y finalmente, se evitan algunos inconvenientes que la doctrina en ocasiones reprocha a la figura del usufructo, en el sentido de que «conducen a una mala gestión de los bienes, porque el usufructuario tiene tendencia a buscar un provecho inmediato más que realizar inversiones duraderas» (65).

III. OBLIGACIONES QUE GARANTIZAN LA CONSERVACION DE LA COSA

1. Cuidado de las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia

Una de las obligaciones que la ley impone al usufructuario una vez entra en la posesión y disfrute de la cosa usufructuada es la de cuidar las cosas con la diligencia de un buen padre de familia. Ello es importante en atención a las consecuencias que producirá, como después examinaremos, el incumplimiento de esta obligación.

La obligación que contempla el artículo 497 del Código civil, de alguna forma, ya venía mencionada en Las Partidas, cuando declaraban que el usufructuario cuide cuanto pudiese «de la alfiar (a la cosa usufructuada) e de la guardar, e de la endereçar bien y lealmente» (Partida 3, título 31, Ley 22) (66).

del derecho de usufructo se produzca un cambio de destino. Sin embargo, la «Cour d'Appel» de Amiens en sentencia de 29 de octubre de 1973 (Amiens 1^{er} ch. 29 de octubre de 1973) admitió que el alquiler de un edificio rural sometido a usufructo y con un destino, por tanto, agrícola, a un contratista de transportes no constituía abuso de disfrute porque este cambio se presentaba como indispensable para asegurar una sana gestión del inmueble, ya que era imposible mantener el antiguo uso agrícola del inmueble. Señala también que este cambio no perjudicaba los derechos del nudo propietario.

Por el contrario, la sentencia de 4 de junio de 1975 (*Cass. civil III, Bull. civil III*, núm. 194) falló en sentido contrario, considerando el cambio de destino como un abuso de disfrute.

(65) Véase RIEG, A., *Usufruit*, «Encyclopédie Dalloz», Tome VIII, 1976, núms. 23 y 25.

(66) POTHIER, *ob. cit.*, núm. 214, señala que ya Vepiano nos define qué es disfrutar como un buen padre de familia en Ley I, parág. 3, F. F. usufructuar que adm. cav.: «viri boni arbitratu perceptum iri usufructum, hoc est non deteriorem se causam usumfructus facturum, coeteraque facturum, quoe in re sua faceret». Indica también que el propietario, si se contraviene la obligación, no ha de esperar al fin del usufructo para entablar la acción que haga condenar al usufructuario a los daños e intereses que resulten.

Ya el artículo 449 del Proyecto de 1851, separándose en cierta medida del tenor del texto francés y, siguiendo nuestro Derecho histórico, alude a esta obligación como muestra de la conducta a seguir garantizada por la fianza: «Dar la correspondiente fianza de que “cuidará” las cosas como un buen padre de familia» (67). Posteriormente, el artículo 499 del Anteproyecto de 1882 la recogió tal y como aparece en la actualidad, con sustantividad propia.

El actual artículo 497 hace referencia al cuidado de las cosas, fijando un standard o prototipo de conducta (68): el usufructuario deberá cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia. Esto supone, como hace notar Doral (69), que el usufructuario ha entrado ya en el goce de los bienes y que, en consecuencia, se han cumplido las obligaciones previstas a tal efecto, en el artículo 491 del Código civil. En efecto, este artículo dispone que el usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes, está obligado:

1.º) A formar, con citación del propietario o de su legítimo representante, inventario de todos los bienes haciendo tasar los muebles y describiendo el estado de los inmuebles.

2.º) A prestar fianza comprometiéndose a cumplir las obligaciones que le corresponden con arreglo a esta sección.

Es importante destacar la relación existente entre la obligación de prestar fianza y el artículo 497. Como dice García Goyena (70), la obligación de dar fianza abraza dos puntos: el bueno uso de la cosa y la restitución o lo que de ella queda después del bueno uso. Por tanto, la fianza, como posteriormente examinaremos, servirá de garantía de ese cuidado de las cosas como un buen padre de familia. Con la expresión empleada por el legislador «deberá cuidar», se pone de relieve que el usufructuario deberá guardar la cosa ateniéndose no sólo a una conducta que podríamos calificar de negativa, es decir, de impedir cualquier acto dañoso para la cosa, sino que el precepto hace referencia a una conducta positiva traducida en una diligencia cuyo patrón será «la de un buen padre de familia» (71). Este deber

(67) Actualmente, el artículo 601 del Código civil francés alude a esta obligación en los siguientes términos: el presta caución de «disfrutar» como un buen padre de familia, a no ser que haya sido dispensado por el acto constitutivo del usufructo. El Código civil español hace referencia al «cuidado».

(68) En este sentido, PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...* cit., p. 315.

(69) DORAL GARCÍA, J. A., *ob. cit.*, p. 315.

(70) GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias...*, cit., Tomo I, comentario al artículo 449.

(71) En este sentido se expresan TOULLIER, M., *ob. cit.*, núm. 338, y CORNU, G., *ob. cit.*, p. 570: el usufructuario debe, no solamente abstenerse de toda degradación, sino también hacer todos los actos materiales o jurídicos que un hombre cuidadoso tenga costumbre de hacer para el cuidado de su bien.

de cuidado se materializa, a juicio de Doral (72), en diversos actos relativos a custodia, defensa, administración y conservación de la cosa. Hay que pensar además que, mientras exista la relación entre el nudo propietario y el usufructuario, éste tendrá que cuidar las cosas; porque, como pone de relieve Jordano Barea (73) es una obligación que el Código civil impone genéricamente a todo usufructuario, sin distinciones. Esto significa que, aunque no aprovechara por sí mismo la cosa usufructuada, la obligación persiste y alcanzará a todo el que tenga la cualidad de usufructuario. Todo ello es consecuencia de que, como expone Cossio (74), el artículo 497 del Código civil no limita el contenido de su obligación al mero respecto a la integridad de la sustancia, que es determinado por el propio límite interno del Derecho real, sino que se traduce en la exigencia de una conducta positiva por parte del usufructuario, que no podemos explicar desde el ángulo de la relación que genera el Derecho real. Esta conducta positiva da lugar a una serie de responsabilidades (que no son negativas como la del artículo 1.902 del Código civil) y, lo que es más importante, a una relación de crédito personal entre ambos. De ahí que la obligación del artículo 497 del Código civil funcione conforme a la mecánica de las relaciones obligatorias. Existen, por tanto, unos vínculos personales que unen al usufructuario con el nudo propietario y que no pueden romperse mientras subsista el usufructo, incluso aunque aquél, de acuerdo con el artículo 480 del Código civil, arriende a otro la cosa que disfruta o enajene su propio derecho de usufructo (75). En este sentido, podría entenderse la afirmación de De Castro (76) cuando, al distinguir la relación de usufructo del derecho de usufructo, afirma que tiene distintas posibilidades jurídicas, de tal forma que aunque se disponga del derecho de usufructo, subsiste la relación de usufructo.

Esta obligación genérica de conservar la cosa sometida a usufructo como un buen padre de familia la define muy acertadamente Cornu (77) como «la obligación de cuidar la cosa según se destino natural como el propietario diligente y cuidadoso». No consiste, por tanto, en que cuide de la cosa como de sus bienes propios, porque puede que esto no sea suficiente; ni tampoco como la hacía el propietario porque habrá que corregir sus posibles hábitos defectuosos o antieconómicos con el criterio del buen padre de familia. Esta obligación,

(72) DORAL GARCÍA, J. A., *ob. cit.*, p. 318.

(73) JORDANO BAREA, J. B., *ob. cit.*, p. 1010.

(74) COSSIO, A. DE, *ob. cit.*, p. 756.

(75) En este sentido, MARTÍNEZ RUIZ, A., y DÍAZ GUIJARRO, E., Tomo III, «Código civil», Bilbao, 1900, p. 447.

(76) DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Madrid, 1984, pp. 577 y 578.

(77) CORNU, G., *ob. cit.*, núm. 315. En el mismo sentido, REIG, A., *ob. cit.*, núm. 337.

además, explica a su vez un determinado número de obligaciones que serían incomprensibles sin la misma.

En definitiva, la diligencia del buen padre de familia tiene un contenido más amplio de lo que a primera vista parece, aplicándose no sólo al cuidado, sino también a las obligaciones que tiene el usufructuario en el curso de su disfrute.

2. Reparaciones ordinarias y extraordinarias

A) *Reparaciones ordinarias*

a) Precedentes

Como consecuencia de la obligación que pesa sobre el usufructuario de cuidar las cosas como un buen padre de familia y de restituirlas al fin del usufructo, éste está obligado a hacer las reparaciones ordinarias que comporte este cuidado. Así lo dispone el artículo 500 del Código civil a tenor del cual: «Se consideran reparaciones ordinarias las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación.»

En esta materia, nuestro Código civil no sigue el texto francés, ya que éste contiene una enumeración, apoyándose en el artículo 262 de la Costumbre de París, de las reparaciones que considera como extraordinarias. La razón de la distinta regulación nos la da García Goyena (78): «Pero, comprendiendo el usufructo toda clase de bienes, ¿será posible señalar los reparos mayores en todos ellos? El artículo francés sólo es aplicable a los edificios.» De ahí que en el Proyecto de 1851 el artículo 456, tomando como base la Partida 3.^a, Título 31, Ley 22 (79), establecía: «El usufructuario está obligado a hacer en las cosas los reparos menores y de conservación que éstos necesiten.» A continuación señalaba, tal y como dispone el actual artículo 500 del Código civil, cuáles son las reparaciones que se consideran ordinarias.

b) Contenido y justificación del precepto

Lo primero que nos planteamos es qué se entiende por uso natural de las cosas. En este sentido, Manresa (80) estima que es ordinario

(78) GARCÍA GOYENA, F., *ob. cit.*, p. 403.

(79) La Partida 3, título 31, Ley 22, establece: «...e si se secaren algunas vides, o arboles que planten otros en su lugar e si fueren ganados e se murieren algunos, que de los fijos se ponga, e crie en su lugar de aquellos que assi muriesen».

(80) MANRESA Y NAVARRO, J. M., *ob. cit.*, p. 464.

lo previsto, lo que la experiencia enseña que suele ocurrir en las cosas según su clase y naturaleza, incluso aunque el deterioro normal sea debido a un caso fortuito. Sin embargo, otros autores como Scaevola y Doral (81) piensan que sólo pueden calificarse como reparaciones ordinarias las que son previsibles al usufructuario. A nuestro juicio, no tanto depende de que sea o no por caso fortuito, como del deterioro total o parcial producido en la cosa usufructuada. Este parece ser además el criterio del legislador español cuando regula las distintas clases de usufructo. Efectivamente, si nos fijamos en los artículos 483 y 484 del Código civil, se nos está poniendo de relieve que, aunque la destrucción de algunos arbustos sea debida a un accidente, en definitiva, son deterioros producidos por el uso natural de las cosas y, por tanto, a cargo del usufructuario, en cumplimiento de su obligación de cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia. Sólo en el supuesto de que el siniestro ocasione tanto daño que resulte demasiado gravosa la reposición, el artículo 484 del Código civil exime de esta carga al usufructuario, entendiéndose en cierta medida que es un gasto no proporcionado al rédito y, fundamentalmente, que se trataría de una reconstrucción o restablecimiento (82), criterio opuesto al de reparaciones ordinarias (83). Como afirma Latour Brotons (84), la excepción del artículo 484 del Código civil es para casos extraordinarios, no pudiéndose calificar como tal, por ejemplo, una helada, si cada diez o doce años se repite el mismo fenómeno. Por tanto, habrá que atender tanto a la frecuencia local del accidente, como al deterioro producido, para calificarlo de ordinario o extraordinario.

En segundo lugar, conviene averiguar la justificación del artículo 500 del Código civil. Según expone Scaevola (85), fundamentalmente se encuentra en la obligación de cuidar las cosas como un buen padre de familia, por lo que es justo que costee las reparaciones de los desgastes y deterioros producidos por el uso natural y atento de las

(81) DORAL GARCÍA, J. A., *ob. cit.*, p. 334, y MUCIUS SCAEVOLA, Q., *ob. cit.*, p. 394.

(82) En este sentido se manifiestan AUBRY Y RAU, *ob. cit.*, núm. 231. También una sentencia de la Cour de Paris de 20 de marzo de 1979 (II, J. Classeur 1979, núm. 137) en la misma línea considera en cuanto a las reparaciones ordinarias que, cuando han sido consecuencia inevitable y complemento de una obra considerable, el nudo propietario deberá soportar los gastos.

(83) De todas formas, como expone CORNU, G., *ob. cit.*, núm. 331, actualmente el coste elevado de toda reparación inmobiliaria, destroza toda proporción entre las rentas y las cargas. La obligación de cuidado que pesa sobre el usufructuario, pierde hoy su carácter de contrapartida general del uso y del disfrute, al mismo tiempo que es consecuencia de la obligación de conservación. Por otro lado, el Código civil vemos que no respeta siempre este criterio, puesto que en ocasiones el interés legal exigible de acuerdo con el artículo 502, párrafo 1.º, puede ser superior a la utilidad que al usufructuario le reporte un determinado bien.

(84) LATOUR BROTONS, J., *ob. cit.*, p. 611.

(85) MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil*, Tomo IX, Madrid, 1948.

cosas. Por otro lado, como es el usufructuario el que disfruta de los bienes, deberá atender a su mantenimiento, por propio interés y para que dicho disfrute no mengüe, ni altere. En definitiva, se presenta como una contrapartida de ese disfrute (86): Comienza con el disfrute, se suspende como él y finaliza a la vez que el usufructo, con la salvedad de que queda obligado a las reparaciones consideradas como necesarias al fin del usufructo. Con esta idea se explica muy bien el punto de partida de la obligación de efectuar las reparaciones ordinarias. De ahí que el usufructuario no esté obligado a hacer las reparaciones ordinarias, cuya necesidad se manifestó ya a la apertura del usufructo, puesto que el artículo 500 del Código civil habla de que «proceden del uso natural de las cosas». Luego, si no hubo uso por parte del usufructuario, no puede haber obligación de reparar (87). Tampoco parece que está obligado el propietario, ya que el usufructuario toma las cosas en el estado en que se hallan. Esto no es obstáculo para que si, como afirman Planiol y Ripert (88), el uno o el otro ejecutan las reparaciones ordinarias juzgadas útiles en el momento del comienzo del disfrute lo hagan; pero el que lo realice soportará los gastos sin recurrir al otro.

c) Supuesto de renuncia del usufructo

Tampoco parece que el usufructuario, en caso de renuncia del usufructo, esté obligado, a partir de este momento, a efectuar las reparaciones ordinarias. Ahora bien, como hace notar Manresa (89), responderá con su fianza o bienes del cumplimiento de todas las obligaciones anteriores a la terminación y, entre otras, de las reparaciones ordinarias procedentes de los desperfectos ocurridos en el tiempo en que aún era usufructuario, porque efectivamente ha usado la cosa y, hasta que abandona el derecho, sigue obligado. Podemos plantearnos qué pasaría si el usufructuario decide devolver los frutos percibidos desde el comienzo de su disfrute. ¿Quedaría eximido en este caso de esa obligación de efectuar las reparaciones ordinarias? A nues-

(86) Así lo estima gran parte de la doctrina. Véase, entre otros, CORNU, G., *ob. cit.*, núm. 331; WEILL, A., *ob. cit.*, núm. 758; MARTY Y RAYNAUD, P., *ob. cit.*, núms. 76 y ss.; RIEG, A., *ob. cit.*, núm. 356.

(87) En este sentido, BAUDRY-LACANTINERIE, G., et CHAVEAU, M., *Traité théorique et pratique de Droit civil*, Tomo VI, París, 1905, núm. 679.

(88) PALNIOL Y RIPERT, por PICARD, *ob. cit.*, núm. 836.

(89) MANRESA Y NAVARRO, J. M., *ob. cit.*, p. 466. En el mismo sentido, CORNU, G., *ob. cit.*, núm. 337. MUCIUS SCAEVOLA, Q., *ob. cit.*, p. 392, matiza que si algún perjuicio sufrieran las cosas usufructuadas, por no haberse hecho los reparos de conservación a tiempo, el usufructuario debe indemnizar aquéllos con su fianza o con sus bienes, pues, con fianza o sin ella, queda, según el artículo 1.101 del Código civil, obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados por haber contravenido al tenor de las obligaciones o por negligencia indisculpable en el presente caso.

tro juicio la respuesta debe ser negativa, porque la obligación de llevar a cabo las reparaciones ordinarias no es sólo una carga de los frutos, sino una consecuencia de la obligación de cuidado de las cosas como un buen padre de familia y del disfrute de las mismas. Luego, como afirma un sector de la doctrina (90), la carga de las reparaciones ordinarias grava personalmente al usufructuario, por lo que no podrá librarse devolviendo los frutos percibidos. Además, no hay que perder de vista que el usufructuario, aunque devuelva los frutos, por un lado, ya ha recibido las ventajas del disfrute; y, por otro, sigue obligado a conservar la cosa en tanto que no pierde la cualidad de usufructuario. Incluso pensemos que las reparaciones podrían tener su causa en la falta o negligencia del usufructuario. En definitiva, no podrá liberarse ofreciendo los frutos porque tiene una obligación personal.

d) Efectos del incumplimiento de la obligación de hacer las reparaciones ordinarias

¿Qué sucede si el usufructuario no lleva a cabo las reparaciones ordinarias? Evidentemente, no cumple la obligación genérica de cuidar las cosas como un buen padre de familia, por lo que surgiría la responsabilidad civil derivada del cumplimiento de esta obligación (91). Además, en consonancia con el artículo 500 del Código civil y con la naturaleza de la obligación, el nudo propietario tiene la posibilidad, durante el usufructo, de obligar al usufructuario a ejecutar las reparaciones ordinarias tendentes a la conservación de la cosa gravada por el usufructo (92) cuando sean, como establece el artículo 500 del Código civil, «indispensables para la conservación de la cosa».

Finalmente, si el usufructuario ante el requerimiento del nudo propietario a que se refiere el párrafo 2 del artículo 500 del Código civil, no lleva a cabo las reparaciones ordinarias ello supondrá una falta

(90) En esta línea, LAURENT, F., *ob. cit.*, núm. 547; BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIERE, P., *ob. cit.*, núm. 467; CORNU, G., *ob. cit.*, núm. 337. En sentido contrario POTHIER, *ob. cit.*, núm. 247, y AUBRI et RAU, *ob. cit.*, núm. 687.

(91) Véase BAUDRY-LACANTINERIE et CHAVEAU, M., *ob. cit.*, núm. 679; PLANIOL et RIPERT, *ob. cit.*, núm. 860, y sentencias de la Jurisprudencia francesa de 27 de junio de 1825, Cass. civil (Recueil periodique et critique Dalloz 26, 1, 230); sentencia 10 de enero de 1859 (Recueil 59, I, 71); sentencia 21 de marzo de 1962 (Bull. civil I, núm. 175).

(92) DORAL GARCÍA, J. A., *ob. cit.*, pp. 335 y 336, estima que el juez no podrá imponer la reparación ordinaria, sino sancionar las consecuencias del incumplimiento con daños y perjuicios. Pero el propietario podrá pedirle el valor de las reparaciones y la indemnización de daños y perjuicios; y no ha de esperar al término del usufructo para reclamar su abono. En la misma línea, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, Tomo III, vol. II, Barcelona, 1975, p. 27.

de diligencia por su parte; porque, como pone de relieve Doral (93), «no es diligente quien ante el hecho de deterioros o desperfectos, ante un hecho notorio adopta una conducta pasiva. Si el deterioro es conocido por el usufructuario y requerido por el nudo propietario sin respuesta afirmativa, el deterioro será procedente de un acto voluntario interviniendo culpa o negligencia» (94). Si es doloso, y lo es cuando requerido tiene que ser sustituido por el nudo propietario, aumenta la responsabilidad del deudor y responderá, a tenor del artículo 1.107 del Código civil, de los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.

B) Reparaciones extraordinarias

a) Precedentes: Obligatoriedad de llevarlos a cabo

El artículo 501 del Código civil regula esta materia en los siguientes términos: «Las reparaciones extraordinarias serán de cuenta del propietario. El usufructuario está obligado a darle aviso cuando fuere urgente la necesidad de hacerlas.»

Este precepto, como podemos apreciar, no parece que esté redactado en términos de obligación. Tan sólo dice: las reparaciones extraordinarias *serán de cuenta...* Ello es lógico si tenemos en cuenta que el nudo propietario no tiene, como destaca Doral (95), la obligación de facilitar el disfrute del usufructuario, sino tan sólo la de no impedirlo ni obstaculizarlo. Además, como afirma Díez Picazo (96), los antecedentes históricos del precepto abonan la interpretación de no obligatoriedad para el propietario.

En efecto, Mucius Scaevola (97) pone de relieve como ya en el Derecho romano, el usufructuario no puede obligar al propietario a hacer los reparos mayores, norma que ha influido claramente en el artículo 501 del Código civil.

Contando el artículo 456.2.º del Proyecto de 1851 (análogo al actual art. 501), García Goyena (98) afirma que no está obligado el propietario a hacer las reparaciones mayores.

(93) DORAL GARCÍA, J. A., *ob. cit.*, p. 335.

(94) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil, cit.*, p. 28, estima que además tendrá derecho a una indemnización por el artículo 511, *in fine*.

(95) DORAL GARCÍA, J. A., *ob. cit.*, p. 341.

(96) DíEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Sistema de Derecho civil*, III, *cit.*, p. 390.

(97) MUCIUS SCAEVOLA, Q., *ob. cit.*, p. 395, hace referencia a la Ley 7, parág. 3, título 1, Libro VII del Digesto.

(98) GARCÍA GOYENA, F., *ob. cit.*, p. 404.

Este artículo no tiene precedentes legales en nuestro Derecho histórico. Ahora bien, emplea la misma terminología que el artículo 605 del Código civil francés cuando afirma que las reparaciones extraordinarias quedan de cuenta del propietario..., sin perder de vista que este texto, a diferencia del español, hace una enumeración incompleta de las reparaciones que considera como extraordinarias (99). En general, tanto la doctrina como la jurisprudencia (100) destacan que las reparaciones extraordinarias incumben el nudo propietario pero no está obligado a hacerlas. Sin embargo, Pothier y Duparc-Poullain (101) afirman que existe una verdadera obligación del nudo propietario. ¿Por qué esta contradicción? Pensamos que la afirmación de Pothier está basada en que partía de que el marido al casarse había contraído con la mujer la obligación de procurarle la «douaire», obligación personal que pasaba a su heredero, el nudo propietario. En consecuencia, los herederos estaban obligados a poner en buen estado el disfrute de los bienes comprendidos en el usufructo vital. Desde este punto de vista se comprende que, según Pothier, el nudo propietario tuviera obligación de llevar a cabo las reparaciones extraordinarias. Pero, de acuerdo con los principios del Código, ello no nos parece aplicable.

Finalmente, creemos que la solución de considerar las reparaciones extraordinarias como facultativas para el propietario puede parecer, en determinadas ocasiones, perjudicial desde el punto de vista económico para la administración de los bienes sometidos a usufructo. Pero también hay que pensar que evita que se impongan al nudo propietario cargas excesivas e injustas, invirtiendo un capital que pudiera ser que no lo aprovechara nunca, o realizando unos gastos en una cosa, que se encuentra en tal estado, que incluso si hubiera tenido la plena propiedad no la habría llevado a cabo.

b) Concepto

Otra cuestión que nos interesa examinar es qué se entiende por reparaciones extraordinarias. Como ya sabemos, nuestro Código no hace, a diferencia de otros ordenamientos, una enumeración de las

(99) MALEVILLE, J., *ob. cit.*, núm. 81, destaca que la enumeración del artículo 606 del Código civil francés proviene la primera parte del artículo 262 de la Costumbre de París y el resto de BOURJON.

(100) BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIERE, *ob. cit.*, núm. 469; CARBONNIER, J., *ob. cit.*, núm. 37; WEILL, A., *ob. cit.*, núm. 764; BONET, G., *ob. cit.*, núms. 91 y 92, y sentencia de la Cour de París de 29 de mayo de 1936 (GAZ. PAL. 1936, 2, 34).

(101) POTHIER, *ob. cit.*, núm. 247; DURARC-POULLAIN, *Principes de Droit civil français suivant les maximes de Bretagne*, Rennes, 1767-1771, núm. 411, se basa en la Costumbre de Vermandois, artículo 37.

mismas. En efecto, el Código civil francés (art. 606), al igual que el italiano (art. 1.005), establece: son reparaciones extraordinarias las de las paredes maestras y bóvedas; sustitución de vigas y cubiertas; renovación total o parcial de techos, diques, acueductos, muros de cimiento y cercas; restablecimiento de los tirantes y tejados enteros y pretilas. Esta enumeración bastante incompleta nos puede servir como guía, junto con la labor de determinación que ha llevado a cabo la jurisprudencia. En este sentido, para saber cuándo una reparación es ordinaria o extraordinaria los tribunales aplican como criterios de distinción los de reconstrucción, restablecimiento, gastos excepcionales imputables sobre el capital y simples reparaciones periódicas, menos costosas y tomadas en principio sobre las rentas. En la misma línea, Cornu (102) considera que las reparaciones extraordinarias son reparaciones de reconstrucción y consolidación, consistentes en la reparación de una parte de la cosa y que se refieren a la utilidad perpetua de la misma, normalmente imputables al capital.

Finalmente, hay que tener en cuenta que de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico este tipo de reparaciones se determinan por vía de exclusión, ya que el Código civil define qué reparaciones se consideran como ordinarias.

c) Reparaciones extraordinarias urgentes

Dentro de las reparaciones extraordinarias, el Código civil distingue de acuerdo con la urgencia o no de llevarlas a cabo. Si la reparación fuese urgente, el usufructuario, según establece el artículo 501 del Código civil, tiene obligación de avisar al nudo propietario. Pero a pesar de todo, el nudo propietario parece en principio que sigue teniendo la facultad de llevarlas o no a cabo. El aviso serviría al usufructuario para acreditar que ha actuado como un buen padre de familia ya que en otro caso responderá, por analogía, con el artículo 511 del Código civil, de los daños y perjuicios como si hubieran sido ocasionados por su culpa (103). Ante esta situación, puede que el nudo propietario decida llevar a cabo las reparaciones, en cuyo caso «tendrá derecho a exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo». El derecho al interés legal que tiene el propietario, tal vez podría servir de incen-

(102) CORNU, G., *ob. cit.*, núm. 337, y RIEG, A., *ob. cit.*, núm. 366.

(103) DORAL GARCÍA, J. A., *ob. cit.*, p. 342, afirma que la notificación permite además al usufructuario, desde el momento en que haga las obras, reclamar intereses moratorios. Y si el retraso es culpable, no simplemente legales, como se desprende en otro caso de lo dispuesto en el artículo 502 del Código civil interpretado a «senso contrario»; porque el fundamento de la obligación de dar aviso no está en la defensa de la propiedad, sino en el deber de no obstaculizar el disfrute.

tivo para la realización de las reparaciones extraordinarias no esperando, como ocurre de acuerdo con otros ordenamientos en que no se regula este derecho, a que la situación sea deplorable (104). El problema puede ser que no toda la clase de bienes producen una utilidad líquida superior al interés legal, con lo que como consecuencia de la reparación se podría imponer un gravamen al usufructuario. En definitiva, éste más que un derecho tendría una carga. Pero también hay que pensar que, de no llevarse a cabo las reparaciones extraordinarias, el usufructuario podría tener mayores perjuicios; y, si el propietario no ve una cierta contraprestación, generalmente no se animará a desembolsar una cantidad que tal vez no disfrutará más que a muy largo plazo.

La segunda situación que se puede plantear es que al nudo propietario, a pesar de que la reparación es urgente, decida no llevarla a cabo. ¿Qué puede hacer el usufructuario? El artículo 502, párrafo 2.º del Código civil, establece que si el nudo propietario no hiciera las reparaciones extraordinarias cuando fueren indispensables para la subsistencia de la cosa, podrá hacerlas el usufructuario. Pero, ¿puede obligar primero el nudo propietario? Carbonnier (104 bis) estima, en cuanto a las reparaciones que son indispensables para la subsistencia de la cosa, que al no impedírsele por el nudo propietario la visicitud que, para la cosa, deriva de la falta de reparación, está impidiendo la subsistencia de la cosa. Luego, en definitiva, en estos supuestos está obstaculizando el disfrute de la cosa. Sabemos que el nudo propietario no tiene que facilitar el goce al usufructuario; pero sí que tiene la obligación de respetar el derecho ajeno, poniendo los medios necesarios para no impedir el disfrute del usufructuario. Ello supone que, aunque no tiene la obligación de realizar las reparaciones extraordinarias, si obstaculiza de alguna forma el disfrute de la cosa, debería responder de los daños y perjuicios que cause por no respetar e impedir el disfrute del usufructuario. Pensemos que, aunque se concede la posibilidad en este caso de que efectúe las reparaciones el usufructuario, tal vez no puede llevarlas a cabo por no disponer, por ejemplo, de recursos.

La ley en estos supuestos prevé, además, que pueda ser el usufructuario el que ejecute las reparaciones extraordinarias. Y, según establece el artículo 502, párrafo 2.º, «tendrá derecho a exigir del propietario, al concluir el usufructo, el aumento de valor que tuviese la finca por efecto de las mismas obras. Si el propietario se negare a satisfacer dicho importe, tendrá el usufructuario derecho a retener la cosa hasta reintegrarse con sus productos».

(104) Véase BONET, G., *ob. cit.*, núm. 98, destacando el supuesto en el Derecho francés.

(104 bis) CARBONNIER, J., *Derecho civil*, Tomo II, vol. I, Barcelona, 1965, p. 191.

Cabe, por tanto, que el usufructuario supla, después de haber avisado al nudo propietario, la omisión de éste llevando a cabo las reparaciones extraordinarias. El problema es que, como señala Laurent (105), el nudo propietario no es deudor porque según el Código civil no tiene obligación. De ahí que el usufructuario, aunque hay autores (106) que señalan que sería de equidad que reclamara el pago de las obras inmediatamente después de realizadas, sólo tiene derecho, al concluir el usufructo, al aumento del valor que tenga la finca por efecto de las mismas obras. Así, se estima (107) que «obligar al nudo propietario a reembolsar el montante de los trabajos antes del fin del usufructo supone imponer una obligación positiva que la ley no prevé, bajo la forma de una ventaja sin contrapartida, porque las rentas del inmueble van al usufructuario». De todas formas, remarca Picard (108), el usufructuario, expuesto a las contestaciones procedentes del propietario a propósito del reembolso de la plusvalía, actuará sagazmente haciendo que un experto constate, en presencia del nudo propietario, el estado del inmueble y la necesidad que ha visto de efectuar las reparaciones extraordinarias.

Esta interpretación que considera que la repetición se extiende, no a lo que las reparaciones han costado, sino a lo que valen al tiempo del cese del usufructo, creemos que está en la línea de lo que el legislador quiso establecer; y, por otra parte, la más acorde con los antecedentes del texto. En este sentido Bourjon (109), con respecto al Derecho francés, apuntaba esta solución considerando que «se debe dejar al usufructuario realizar las reparaciones extraordinarias con el reembolso si hay lugar al fin del usufructo, en lugar de obligar al nudo propietario a sacrificar su bienestar, incluso a vender para reparar una cosa de la que es dudoso que saque alguna vez provecho».

Finalmente, el «*ius retidendi*» del artículo 502 *in fine* cumple la función, como apunta Carbonnier (110), de garantía, que suple la efectiva ejecutoriedad de la sentencia condenatoria a satisfacer el plusvalor.

(105) LAURENT, F., *ob. cit.*, núm. 550.

(106) MANRESA Y NAVARRO, J. M., *ob. cit.*, p. 468; MUCIUS SCAEVOLA, Q., *ob. cit.*, p. 394; LAURENT, F., *ob. cit.*, núm. 550.

(107) Esta es la tendencia seguida por la jurisprudencia francesa en los últimos años: sentencia de la Cour de Paris de 31 de octubre de 1961 (*RTDC*, 1962, 137, núm. 4). Sentencia de la Cour de Lyon de 20 de abril de 1967 (*Gazette du Palais*, 1967, 2, Somm 14). Estas sentencias se basan en la noción de enriquecimiento sin causa; aunque no parece que se den en las condiciones del mismo, porque el empobrecimiento del usufructuario no es sin causa, en la medida en que realiza las reparaciones extraordinarias con el fin de conservar su derecho sobre una cosa, que desaparecería si no se hicieran estos trabajos. Lo hace, en definitiva, para conservar su derecho. En este sentido, BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIERE, *ob. cit.*, núm. 470.

(108) PICARD, M., en PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, núm. 878.

(109) BOURJON, *ob. cit.*, título «Del usufructo», cap. 4, núm. VIII: así, estima, se ha venido juzgando en Châtelet; lo que ha tenido lugar para proteger las casas construidas en París.

(110) CARBONNIER, J., *Derecho civil*, Barcelona, 1965, p. 192.

d) Reparaciones extraordinarias no indispensables para la subsistencia de la cosa

Una última cuestión que nos interesa examinar es si el usufructuario espontáneamente puede llevar a cabo las reparaciones extraordinarias, no siendo indispensables para la subsistencia de la cosa. El problema se nos plantea fundamentalmente en los casos de arrendamiento. Y es que en estos supuestos, el arrendatario tiene derecho a exigir la realización de estas reparaciones y el usufructuario, en su calidad de arrendador, deberá llevarlas a cabo. Pensemos que el arrendatario, como después veremos, no tiene ninguna relación directa con el nudo propietario. A nuestro juicio, en estos casos el usufructuario puede llevar a cabo las reparaciones extraordinarias, porque la ley como arrendador le obliga a efectuarlas. Por su parte, el nudo propietario no podrá oponerse porque tiene la obligación de no entorpecer el disfrute derivado del arrendamiento concertado por el usufructuario. Ahora bien, no siendo indispensables para la subsistencia de la cosa, al usufructuario creemos que, aunque no está obligado a dar aviso al nudo propietario, le interesará notificar la conveniencia de llevar a cabo las reparaciones extraordinarias. En el supuesto de que el nudo propietario no las lleve a cabo, dadas las obligaciones que tiene, por un lado, el usufructuario de hacerlas, y, por otro, el nudo propietario de respetar el disfrute (ya sea directo o indirecto) y no obstaculizarlo (por tanto, no puede oponerse), creemos que sí que las podrá hacer.

Al concluir el usufructo, como establece el artículo 502 del Código civil, tendrá derecho a exigir del propietario, cuando las reparaciones sean indispensables para la subsistencia de la cosa, el aumento del valor que tuviere la finca por efecto de las obras.

En los demás supuestos en que el usufructuario no tenga una obligación de llevar a cabo las reparaciones extraordinarias, no siendo urgentes, deberá o bien esperar a que el propietario las lleve a cabo o solicitar el consentimiento de éste; porque si actuara en contra del nudo propietario, a nuestro juicio, traspasaría los límites de su derecho y el propietario en atención al mayor o menor perjuicio podría exigirle responsabilidades.

IV. ACCIONES QUE CORRESPONDEN AL NUDO PROPIETARIO

1. Supuesto de no conservación de la sustancia y forma de la cosa

Hasta ahora hemos examinado la obligación que tiene el usufructuario de conservar la sustancia y forma de la cosa en los términos expresados. Pero puede suceder que, en el ejercicio de la facultad

de disfrute de los bienes ajenos que se concede al usufructuario, se produzca una alteración de la forma y sustancia de la cosa. ¿Qué sucede en estos casos? Es evidente que si desaparece la sustancia de la cosa por culpa, negligencia o dolo del usufructuario, deben exigírsele responsabilidades, porque en términos generales, como dice Laurent (111), donde hay un perjuicio, hay acción para pedir su resarcimiento.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la obligación de conservar la sustancia de la cosa, no sólo implica que el usufructuario tiene que abstenerse de llevar a cabo determinados actos, sino que, además, no puede omitir la realización de otros tendentes a conservar tal sustancia, para entregar la cosa usufructuada al nudo propietario en el momento de cesar el disfrute de tal derecho (arts. 500 y 501 Cc) (112). Todo ello viene presidido por un cierto grado de diligencia, el que marca el artículo 497 del Código civil, que el usufructuario ha de prestar en el cumplimiento de su obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa.

Luego, en definitiva, se trata del cumplimiento de una determinada obligación. Si esto es así, lo primero que tenemos que determinar es qué reglas son aplicables en el supuesto de que una obligación no se cumpla. Por nuestra parte, entendemos que es el artículo 1.101 del Código civil el que establece precisamente el régimen jurídico del cumplimiento de las obligaciones, obligaciones que pueden nacer de cualquiera de las fuentes establecidas en el artículo 1.089 del Código civil, aunque funcionará con matices según la fuente de la obligación, En efecto, el artículo 1.101 del Código civil hace referencia a la necesidad de indemnizar los daños y perjuicios causados, por parte de los que «en cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieran el tenor de aquélla».

Por el contrario, el artículo 1.902 del Código civil establece el régimen jurídico aplicable a las obligaciones que tienen su fuente en los actos u omisiones culposos o negligentes, aunque como pone de relieve Díez Picazo (113), la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reiterado la vigencia subsidiaria o complementaria del régimen de las obligaciones que nacen de la convención, en el ámbito de la responsabilidad regulada en el Capítulo II, Título XVI, Libro V del Código civil.

Por tanto, concretándolo al tema del usufructo, lo primero que hay que examinar son las circunstancias que concurren en la alteración del valor o destino económico de la cosa; habrá que analizar

(111) LAURENT, F., *ob. cit.*, p. 51.

(112) En esta línea, BORRELL MACIA, A., *ob. cit.*, p. 1077.

(113) Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1985, p. 611.

si se empleó o no la debida diligencia, para averiguar si existe culpa o negligencia por parte del usufructuario o si en su caso, concurren situaciones imprevisibles o inevitables. Hay que tener además en cuenta que los daños producidos serán ilícitos, no porque alteren la sustancia, sino porque ello supone el incumplimiento de la obligación que impone la prestación de la debida diligencia en el uso y en el disfrute (114). Por otro lado, existe una relación entre los artículos 497 y 1.104 del Código civil, según el cual la culpa o negligencia, siempre que no exprese otra cosa la obligación, consistirá en la omisión de aquella diligencia que correspondería a un buen padre de familia. Por tanto, el usufructuario deudor, en el caso general de existencia de culpa, está obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados, puesto que así lo dispone el artículo 1.101 del Código civil (115).

Si nos detenemos ahora en el artículo 1.902 del Código civil, observaremos que, si bien a primera vista la culpa del artículo 1.902 del Código civil parece que es una culpa «in abstracto» u objetiva, sin embargo, la jurisprudencia exige en la práctica para liberar de responsabilidad al agente la prueba de una diligencia completa. A este dato podemos añadir que como pone de relieve la sentencia de 19 de junio de 1984 (116) la acción de resarcimiento derivada del artículo 1.902, a diferencia de la que emana del artículo 1.101, no presupone la existencia de una relación jurídica anterior entre el causante del daño y su víctima, sino que, por el contrario, el vínculo obligacional que les une surge después de producido el evento indemnizable, como consecuencia de las normas generales impuestas por la convivencia y de la aplicación del principio «alterum non laedere», no constituye un «prius» como en el 1.101, sino un «posterius»; lo que indica que el ámbito de aplicación de ambos preceptos es completamente distinto y del todo independiente (117). Y es que, además, como expone la sentencia antedicha, la responsabilidad contractual, si bien presupone una relación preexistente que ordinariamente es un contrato, puede ser cualquier otra relación jurídica que conceda un medio específico para su resarcimiento o, como afirma la sentencia de 9 de julio de 1984 (118) alguna otra relación basada, por ejemplo, en *supuestos jurídico reales*.

Por todo ello, a nuestro juicio creemos que las reglas aplicables en los supuestos en que haya lugar a exigir responsabilidad son las de los artículos 1.101 y siguientes del Código civil, relativas al cumplimiento de las obligaciones y no las de la llamada responsabilidad

(114) COSSÍO, A. DE, *ob. cit.*, p. 756.

(115) MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil*, Tomo IX, Madrid, 1948, p. 380.

(116) Resolución 3.250. En el mismo sentido, sentencia de 29 de junio de 1984, resolución 34.444.

(117) SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil*, Madrid, 1977, p. 97.

(118) R. 3.802, 1984.

extracontractual del artículo 1.902 del Código civil. Piénsese que, de considerar aplicable el artículo 1.902 del Código civil, tan sólo contemplaríamos lo que Cossío denomina el lado pasivo del derecho real, es decir, la obligación genérica de abstención que a todos vincula, en orden al respeto del derecho ajeno, desconociendo que existen también unas relaciones construidas en el plano obligacional o personal. Hay autores como Venezian (119) que consideran que «las alteraciones procedentes del acto del usufructuario entroncan simultáneamente con el hecho ilícito que lo sujeta a la responsabilidad aquiliana...». Pero estos autores no contemplan esa comunidad de intereses que la constitución del usufructo crea entre usufructuario y propietario y que sirve de fundamento a obligaciones recíprocas del dueño para con el usufructuario. Muy al contrario, estima Venezian que el fundamento de todas las obligaciones usufructuarias está en la subordinación del usufructo a la propiedad; idea que en modo alguno compartimos, puesto que, como afirma Díez Picazo (120), la inicial visión del usufructo crea una relación jurídica compleja entre usufructuario y propietario, jalonada de facultades y deberes de ambas partes que en alguna medida se asemeja o es de carácter jurídico-obligacional. Por tanto, serán aplicables las reglas generales de las obligaciones y, en consecuencia, los Tribunales en cada caso apreciarán cuando ha existido culpa o negligencia por parte del usufructuario. En virtud de la regla general del artículo 1.105 del Código civil, no responderá del caso fortuito. El usufructuario, como pone de relieve Manresa (121), deberá probar que ni pudo preverse ni evitarse, para librarse de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados en los bienes objeto del usufructo. En consecuencia, afirma el citado autor, el nudo propietario puede exigir al usufructuario la responsabilidad en caso de dolo o negligencia en el acto y sin esperar a la terminación del usufructo; sin perder de vista que, como después examinaremos, el usufructuario puede compensar, según el artículo 488 del Código civil, los desperfectos de los bienes con las mejoras que en ellos hubiese hecho, ni olvidarse del artículo 520 del Código civil.

En definitiva, podemos afirmar que la obligación del artículo 497 del Código civil (y en general las obligaciones nacidas «es lege» o «ex negotio», según los casos) excede de la norma genérica contenida en el artículo 1.902 del Código civil en el sentido de que como pun-

(119) VENEZIAN, G., Tomo II, *ob. cit.*, p. 5. Hay que tener en cuenta que, como pone de relieve Hernández Gil, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual el deudor y el acreedor de la indemnización pueden no conocerse siquiera; falta una relación constituida como tal y el propósito de crearla. Véase HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1983, p. 457.

(120) DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, S., *Sistema de Derecho civil*, Tomo III, Madrid, 1981, p. 410.

(121) MANRESA Y NAVARRO, J. M., *ob. cit.*, p. 456.

tualiza Cossio (122) no se limita a impedir el acto dañoso, sino que exige, por el contrario, una diligencia positiva, que se mide por la del buen padre de familia a cuyo patrón debe ajustarse el uso de la cosa. Por tanto, se rigen, no por las normas que organizan la responsabilidad extracontractual, sino por las propias de la llamada responsabilidad contractual, a la que el usufructuario libremente se somete al aceptar el usufructo (123). De esta forma, si el usufructuario deudor provoca perjuicios al propietario por una situación que ha llevado a la alteración de la forma y la sustancia de la cosa, deberá indemnizar a éste, porque según el artículo 497 del Código civil el usufructuario debe cuidar las cosas con la diligencia de un buen padre de familia, por lo que será responsable por culpa o negligencia ya que la cosa debe devolverse sin alteración de la forma y sustancia. Además, de acuerdo con el artículo 1.102 del Código civil, está sujeto a la responsabilidad proveniente de dolo, pues ésta es exigible en toda clase de obligaciones y nula la renuncia de la acción para hacerla efectiva. En cambio, en virtud del artículo 1.105 del Código civil, de no determinarlo previamente la ley en algún caso concreto o el título constitutivo del usufructo, no responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran inevitables, es decir, del caso fortuito.

Finalmente, no podemos olvidar que, para apreciar la oportunidad de los actos susceptibles de provocar una alteración de la forma y sustancia de la cosa en perjuicio del propietario, habrá además que tomar en consideración las circunstancias económicas, sociales, etc., a las que ya se ha hecho referencia, con el fin de determinar realmente los supuestos susceptibles de constituir incumplimiento de obligación. En esta línea la «Cour de cassation» francesa en sentencia de 28 de enero de 1980 (124), considerando precisamente las circunstancias económicas, decidió que «no se puede reprochar al usufructuario de un fondo de comercio haber cesado su actividad por razón de la coyuntura económica y borrado la inscripción del fondo del registro de comercio». En otra sentencia de 8 de diciembre de 1981 (125), con respecto a si la venta de una corta de árboles constituye o no incumplimiento de las obligaciones que pesan sobre el usufructuario, decidió que «no es lo mismo una corta de árboles de “haute

(122) Cossio, A. DE, *ob. cit.*, p. 760.

(123) En el mismo sentido, MARTÍNEZ RUIZ, A., *ob. cit.*, p. 447, afirma: «Si se busca aclaración del contenido del artículo 497, para saber cómo un buen padre de familia ha de cuidar las cosas que le pertenecen, se halla dentro del mismo Código en los artículos 1.104 y 1.101. Esta diligencia es la que se exige al usufructuario y, si no lo emplea, contraerá la responsabilidad inherente a su falta, responsabilidad de daños y perjuicios que cederán en beneficio del propietario.

(124) Véase en *Juris-Classeur Périodique*, 1980, II, 1, 9416.

(125) Véase *Cassation civil III*, 1981, núm. 3.319. En el mismo sentido, *Cassation civil* de 23 de junio de 1962, I, núm. 51.

futaie'' (art. 591 Cc francés) que una corta de pinos jóvenes». Está práctica la consideró de uso porque «es rentable y racional desde el punto de vista económico, por razón de los costos elevados que acarrea la mano de obra y el desplazamiento de máquinas de abatimiento».

En definitiva, para considerar la existencia o no de una alteración en la sustancia y forma de la cosa y sus consecuencias habrá que analizar, no sólo la demanda del propietario en atención a si el usufructuario ha conservado la sustancia y forma de la cosa, sino también las circunstancias y el comportamiento del usufructuario.

2. Supuesto de mal uso de la cosa usufructuada infiriendo considerable perjuicio al propietario

El artículo 520 del Código civil, apartándose de la orientación francesa (126), prevé el supuesto de que el mal uso o abuso de la cosa usufructuada no suponga extinción del usufructo. Así, establece: «El usufructo no se extingue por el mal uso de la cosa usufructuada; pero si el abuso infiriese considerable perjuicio al propietario, podrá éste pedir que se le entregue la cosa, obligándose a pagar anualmente al usufructuario el producto líquido de la misma, después de deducir los gastos y el premio que se le asignase por su administración» (127). Esta regla rige medie o no medie fianza, sólo que, en el primer supuesto, al propietario le importará menos que se haya producido un abuso, por cuanto existen medios para evitar el perjuicio causado. En consecuencia, si existe fianza y ésta es suficiente, casi nunca llegará, como pone de relieve Manresa (128), el caso de aplicación de la segunda parte del artículo 520 del Código civil. Hay que pensar que, en prevención de la responsabilidad que puede motivar el mal uso de la cosa, la ley exige la prestación de la fianza. La regla del artículo 520 del Código civil es, por tanto, una sanción que establece el ordenamiento jurídico para el caso de que la conducta del usufructuario cause un «perjuicio considerable» al propietario al que no puede compensarse ni por la vía del artículo 488 del Código civil, es decir, teniendo en cuenta los desperfectos de los bienes para compen-

(126) El Código francés en su artículo 618 declara que puede cesar el usufructo por abuso que el usufructuario haga de su derecho, sea deteriorando la finca, o dejándola perecer por falta de las reparaciones necesarias. Los Tribunales, según la gravedad de las circunstancias, pueden o pronunciar la extinción absoluta del usufructo u ordenar el disfrute por parte del propietario, con la carga de pagar anualmente al usufructuario, o a sus causahabientes, una suma determinada hasta el momento en que el usufructo debe cesar.

(127) El artículo 468 del Proyecto de 1851 obligaba al nudo propietario, cuando por abuso grave del usufructuario le desposeyera de la cosa usufructuada, «a garantizar con fianza», el pago anual del producto líquido de los bienes. En el Proyecto de 1882 se omitió esta obligación.

(128) MANRESA Y NAVARRO, J. M., *ob. cit.*, p. 525.

sarlos con las mejoras que en ellos hubiese hecho, ni acudiendo a la fianza en los casos en que ésta se haya prestado. Es de notar, que el perjuicio se considera con respecto al propietario y no a la cosa usufructuada. De ahí que estimemos que este supuesto entrará en juego cuando el usufructuario está exento o no haya querido o no haya podido prestar fianza, porque si ésta existe responderá del valor de los bienes y entonces al propietario le importará poco el uso que se haya hecho de la cosa.

Por último, destacar que el «mal uso» del artículo 520 del Código civil viene determinado por el patrón del artículo 497 del Código civil, teniendo en cuenta que, para que se dé el supuesto que examinamos se requiere algo más, y es que se infiera un perjuicio considerable. Este precepto, como afirma la sentencia de 16 de mayo de 1906, es independiente de la responsabilidad civil en que pueda incurrir una persona por los daños y perjuicios causados. Esta responsabilidad será exigible, o bien por la vía ya examinada al no haber empleado la diligencia de un buen padre de familia, o también será posible recurrir a las acciones que tienden a proteger frente al abuso en el uso del derecho de modo contrario al destino social. En este sentido, De Castro (129) pone el artículo 520 del Código civil como ejemplo de las referencias especiales en el Derecho positivo a la prohibición del abuso, hoy reguado en el artículo 7.2.º del Código civil.

V. POSIBILIDADES DE DISFRUTE DEL USUFRUCTUARIO: EXAMEN DEL ARTICULO 480 DEL CODIGO CIVIL

Hasta ahora hemos examinado el supuesto en que el usufructuario disfruta directamente de la cosa usufructuada. Pero el artículo 480 del Código civil le permite, además de aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito; pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento en las fincas rústicas, el cual se considera subsistente durante el año agrícola. Este artículo, como expone Puig Brutau (130), parece que no es aplicable a ciertos usufructos legales

(129) DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1955, pp. 642 y 695.

(130) Véase PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo III, 2, Barcelona, 1979, pp. 323 y 324, cuando especifica que este criterio no está fundado en la distinción usufructo legal, usufructo de origen convencional o voluntario, pues también es de origen legal el usufructo al que se refiere el artículo 834 y, sin embargo, tiene un contenido estrictamente patrimonial (véase art. 839 Cc) y es idóneo, por tanto, para la enajenación (el usufructo del viudo concedido por las disposiciones forales

que son verdaderos resortes de potestad doméstica y no derechos subjetivos de carácter negociable que puedan ser enajenados por su titular.

A pesar de esta posibilidad, hay que tener en cuenta que los vínculos personales que unen al usufructuario con el propietario no pueden romperse mientras subsista el derecho; porque es precisamente en las relaciones que pueden establecerse al amparo del artículo 480 del Código civil, donde, como afirma Hedemann (131), queda patente esta doble condición de relación real en unos casos y obligacional en otros que aparece en la figura objeto de nuestro estudio.

Ahora bien, lo que hay que averiguar es en qué medida queda obligado el usufructuario y si el nudo propietario podrá exigir también responsabilidades, en su caso, a la persona que contrata con el usufructuario.

1. Alcalce del arrendamiento celebrado por el usufructuario

La facultad que concede el artículo 480 del Código civil al usufructuario de aprovechar la cosa por medio de otro disfrutando la renta, ya se conocía en las Partidas. En efecto, la Ley 24, título 31, Partida 3, establecía:

«Ca como quier que este atal que ha el usufruto en la cosa lo podría arrendar a otri, si quisiesse, con todo esso, el derecho que en ello auia non lo puede enagenar.»

Seguendo esta línea, el Proyecto de 1851 establecía en su artículo 443 la posibilidad de arrendar a otro la cosa usufructuada en los siguientes términos: «El usufructuario puede gozar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo... pero todos los contratos que celebre se resuelven al fin del usufructo.»

Finalmente, el artículo 480 del Código civil concede también la facultad de arrendar la cosa usufructuada teniendo en cuenta que, salvo el arrendamiento de fincas rústicas (se considera subsistente durante todo el año agrícola), todos los contratos que celebre se resolverán al fin del usufructo. Esto significa que el usufructuario puede aprovechar por sí mismo la cosa o puede aprovecharla indirectamente disfrutando de la renta. Efectivamente, una vez entrado en el goce,

no es transmisible). La diferencia está en que el usufructo esté puesto al servicio de un interés superior al que pueda tener un sujeto de derecho, individualmente considerado, sobre los elementos componentes de su patrimonio. Téngase también en cuenta, en materia de arrendamiento, el artículo 1.548 del Código civil.

(131) HEDEMANN, J. W., *Tratado de Derecho civil*, vol. II, «Derechos reales», Madrid, 1955, p. 360.

en uso de la autonomía privada, nada impide que cambie el modo concreto del disfrute efectivo, el percibo de frutos (art. 471 Cc) y convierta la percepción de los naturales o industriales en civiles (132); todo ello sin perjuicio del derecho que tiene en la cosa el nudo propietario y sin alterar las condiciones de garantía prestadas por los fiadores.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el arrendamiento otorgado por el usufructuario recae sobre la cosa; luego necesariamente constituirá un acto de administración, puesto que el Código civil reserva por regla general al propietario la posibilidad de que enajene los bienes en que otro tenga el usufructo (art. 489 Cc). Pensemos que el arrendamiento está limitado por lo que resulta del título del arrendador, de tal forma que el usufructuario no puede llevar a cabo un contrato que autorice al arrendatario algo en contra de lo prescrito en los artículos 467, 487 y 489 del Código civil. Esto significa que el arrendamiento otorgado por el usufructuario es un derecho personal (133), en la medida en que no puede llegar a ser una carga que gravite sobre la cosa usufructuada. En esta línea, el Código civil establece que el contrato de arrendamiento, con la salvedad del arrendamiento de fincas rústicas, efectivamente se resolverá a final del usufructo.

Lo primero que podemos plantearnos es qué alcance tiene respecto del nudo propietario, el arrendamiento celebrado por el usufructuario. Es claro que, en el contrato, el único que reviste la posición de arrendador es el usufructuario y, las prestaciones periódicas en que consista el precio del arrendamiento forman parte del derecho de disfrute del usufructuario, contraído en este supuesto a la facultad de percibir frutos civiles (134). En consecuencia, el nudo propietario, en principio, como pone de relieve la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1957, es un extraño a la relación jurídica entre usufructuario arrendador y el arrendatario (135) ya que es el usufruc-

(132) DORAL GARCÍA, J. A., *ob. cit.*, pp. 320 y ss., y PUGLIESE, G., que en el mismo sentido afirma que el arrendamiento es la fuerte más común de frutos civiles que puede corresponder al usufructuario.

(133) Véase las precisiones de MANRESA Y NAVARRO, J. M., *ob. cit.*, p. 460, sobre los supuestos en que el arrendamiento es un derecho real y en que conserva la naturaleza de derecho personal.

(134) En este sentido, PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, *cit.*, p. 313. Además, como afirma GARCÍA GOYENA, F., al comentar el artículo 480 del Código civil, no pasa el usufructo al extraño cesionario y lo pierde el usufructuario.

(135) Véase el artículo 1.257 del Código civil. En este sentido y apoyándose en el artículo 1.165 del Código civil francés CARBONNIER, J., en *Derecho civil*, Tomo II, vol. I, Barcelona, 1965, p. 180, estima que «debe admitirse que el nudo propietario es un tercero respecto de la convención». De la misma forma, CORNU, G., *ob. cit.*, p. 556, destaca cómo durante el tiempo de duración del usufructo el nudo propietario y el arrendatario del usufructo son extraños el uno del otro. El arrendamiento es «res inter alios acta» para el propietario. En parecido sentido, FERRARA, C., en *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936, p. 405, afirma que el arrendamiento de cosa ajena es un negocio válido entre las partes, pero que carece de relevancia frente al propietario.

uario el que mantiene la relación arrendaticia; pero sin perder de vista que a éste no le corresponde la titularidad dominical y que, por otra parte, como posteriormente examinaremos, el nudo propietario puede quedar gravado por un contrato en el que no ha intervenido.

En materia de responsabilidad, el artículo 498 del Código civil establece que el usufructuario que enajenare o diere en arriendo su derecho de usufructo, será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya. Esto significa que el nudo propietario podrá dirigir acción directa contra el usufructuario (art. 489) porque ha incumplido las obligaciones inherentes a su cualidad de usufructuario (art. 497) (136), y, por tanto, continúa personalmente obligado, soportando las consecuencias perjudiciales. En este sentido algunos autores basan la responsabilidad por los actos del otro en una culpa «in eligendo» (137). Pero hay que pensar que, como pone de relieve Doral (138), el arrendatario puede ser el causante del daño material o económico, es decir, puede o bien haber originado un menoscabo en la cosa o una merma ulterior en el aprovechamiento o productividad de la cosa, que requiera unos gastos sin causa justificada. En estos supuestos creemos que, como al usufructuario se le puede causar una merma en la rentabilidad de la cosa, éste podría, en virtud de los artículos 1.563 y 1.564 del Código civil, exigir la responsabilidad al arrendatario, responsabilidad que deriva del mismo contrato de arrendamiento.

Lo que el Código civil no dice es si el nudo propietario puede dirigirse directamente contra el arrendatario. El artículo 498 del Código civil establece que puede dirigirse contra el usufructuario, pero no prohíbe que se dirija contra el causante del daño. En primer lugar, habrá que considerar de qué tipo de daños se trata, porque si lesiona los «derechos de propiedad» responderá el usufructuario como si hubieran sido ocasionados por su culpa, a no ser que, como establece el artículo 511 del Código civil, «haya puesto en conocimiento del propietario los actos del tercero».

Ahora bien, dejando a parte la lesión de los derechos de propiedad, en los supuestos anteriormente planteados, hemos de pensar que puede que el nudo propietario le interese dirigirse contra el causante del daño, en la medida en que esté, por ejemplo, en condiciones

(136) A no ser que demuestre que efectivamente había empleado la diligencia de un buen padre de familia. Véase artículo 1.104 del Código civil.

(137) Véase SANTOS BRIZ, J., *Derecho civil*, «Teoría y práctica», Tomo II, Madrid, 1972, p. 415.

(138) DORAL GARCÍA, J. A., *ob. cit.*, p. 322.

de repararlo como mayor facilidad por su situación económica. Creemos que el nudo propietario podrá dirigirse contra el arrendatario, no porque exista ninguna relación jurídica entre ambos, sino por la vía del artículo 1.902 del Código civil (139), que establece que «el que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado». Bien es verdad que el usufructuario, como señala la sentencia de 27 de junio de 1969 (140), «al no ser propietario sino mero usufructuario, debe actuar dentro de los límites de su derecho, advirtiendo la limitación temporal del derecho que cede en su explotación». Por otro lado, al celebrar el contrato, el arrendatario no entra en calidad de usufructuario, sino que sus deberes derivan del contrato de arrendamiento, a diferencia de la disposición del derecho de usufructo en la que, como después veremos, sus deberes derivarán de su cualidad de usufructuario. Si incumple alguna obligación, el usufructuario es el que podrá exigir la responsabilidad derivada de la relación jurídica de arrendamiento.

En definitiva, si el arrendamiento constituido por el usufructuario rebasara los límites de su poder —pensemos que lo constituya por más tiempo del que dura el usufructo— el contrato no sería válido porque en realidad lleva a cabo un acto por encima de lo que está facultado, invadiendo la esfera del nudo propietario. Es lo que en el Derecho italiano se conoce como «acción de accertamento» dirigida a obtener la declaración de que el contrato de referencia es para el tercero «res inter alios acta», y, por tanto, improductivo de efectos (141). Pero habrá que tener en cuenta también la posición del arrendatario. ¿Y si éste no conocía la existencia del nudo propietario porque el usufructuario contrató con él desconociendo la limitación de sus facultades? En este supuesto estimamos que el contrato en cuanto a los efectos personales podrá ser válido como fuente de una relación meramente personal. Luego el arrendatario podrá tener derecho a una indemnización por incumplimiento de la obligación, a cargo del arrendador por la esperanza que tenía el arrendatario en obte-

(139) En este sentido, CORNU, G., *ob. cit.*, p. 570, afirma que el nudo propietario no tiene más acción contra el arrendatario del usufructo que la que deriva del artículo 1.382 Code civil, con la carga de demostrar la falta del arrendatario en los términos del citado precepto. Este artículo establece: «Todo hecho cualquiera del hombre que cause a otro daño, le obliga, por la falta al que se lo ha causado, a reparárselo.»

(140) Núm. 439, *Jurisprudencia civil*, pp. 592 y ss. En este sentido, PUIG BRUTAU, J., *ob. cit.*, pp. 314 y 315, y LÓPEZ JACOISTE, J. J., *El arrendamiento notoriamente gravoso concertado por el usufructuario*, «ADC», 1956, p. 1247, cuando se refiere a que la esfera de competencia de todo usufructuario y, por tanto, el ámbito de sus poderes dispositivos, está delimitado por el principio «salva rerum substantia». Toda actividad dispositiva que rebase este confín y suponga una alteración de la forma o sustancia en los términos antes indicados, no debe tener relevancia jurídica; el ordenamiento debe reaccionar declarando su carencia de virtualidad frente al propietario.

(141) Véase FERRARA, C., *ob. cit.*, p. 405.

ner la prestación específica de disfrute; por ejemplo, por todo el tiempo señalado en el contrato (142).

Tal vez hubiera sido deseable que, dado que el orden social, cuya regulación constituye la misión primordial del Derecho, ha impuesto al usufructo, en los tiempos modernos, fines económicos que cumplir variando en ocasiones sus perfiles y su contenido, en atención a este contenido económico (143) con merma en algunos supuestos de su carácter personal, debiera establecerse una norma análoga a la del artículo 1.551 del Código civil, pensada para el subarriendo, ya que, si bien es cierto que el nudo propietario es un tercero respecto de la relación arrendaticia, no resulta del todo extraño a la misma puesto que, en ocasiones, puede quedar afectado desfavorablemente.

A) *Contratos celebrados al amparo de la Ley de Arrendamientos Rústicos*

La Ley de Arrendamientos Rústicos, siguiendo la línea del Código civil, establece en su artículo 13 que «los arrendamientos otorgados por usufructuarios... se resolverán al extinguirse el derecho del arrendador, subsistiendo el arrendamiento durante el correspondiente año agrícola».

Además es admisible por consentimiento tácito del dueño la prórroga del arrendamiento y la reconducción o continuación del mismo. Así, el artículo 13 preceptúa que podrá subsistir durante el tiempo concertado en el contrato, cuando éste excediera de la duración de aquel derecho, si a su otorgamiento hubiere concurrido el propietario (144).

B) *Contratos de arrendamiento celebrados de acuerdo con la Ley de Arrendamientos Urbanos*

a) Posición del nudo propietario

Mayores problemas presenta la regulación de los contratos de arrendamiento celebrados al amparo de la Ley de Arrendamientos Urbanos. El artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos regula los efectos que la extinción del usufructo provoca en el arrendamiento de vivienda o local de negocio, otorgado exclusivamente por el usu-

(142) Téngase en cuenta que podrá entrar en juego el artículo 520 del Código civil. En este sentido, DE BUEN, D., *Usufructo*, «Enciclopedia Jurídica Española», Tomo XXX, p. 416.

(143) MARÍN PÉREZ, P., *Los derechos sobre derechos*, «RGLJ», 1947, p. 448.

(144) Esta es la idea que recoge el artículo 595 del Código civil francés.

fructuario, disponiendo: «Cualquiera que sea la fecha de la ocupación de viviendas, con o sin mobiliario, y locales de negocio, llegado el día del vencimiento del plazo pactado, éste se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario, aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones. Se aplicará igual norma en los casos de extinción del usufructo, sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 114, causa 12, de la Ley de Arrendamientos Urbanos.»

Este artículo fue modificado por el Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica, estableciendo en su artículo 9 la supresión de la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos urbanos. A partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-Ley, la duración de estos contratos será la que libremente estipulen las partes contratantes, sin que sea aplicable forzosamente el régimen de prórroga establecido por el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; aunque nada impide que voluntariamente pacten la prórroga del contrato. Por tanto, actualmente el contrato de arrendamiento otorgado por el usufructuario no se prorrogará obligatoriamente para el arrendador. Serán las partes las que deberán pactar si el contrato tiene una duración limitada o se prorrogará ilimitadamente.

Como excepción a la norma del artículo 57, el apartado 12 del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos prevé que podrá resolverse el contrato, en los casos de extinción del usufructo, cuando el titular dominical pruebe que las condiciones pactadas para el arrendamiento por el usufructuario anterior fueron notoriamente gravosas para la propiedad.

Lo primero que podemos plantearnos es el contenido de este precepto, para examinar después en qué medida le afecta el cambio en el régimen de la prórroga. Pensemos que, puesto que la ley no distingue, el supuesto alcanza tanto al arrendamiento que se encuentra dentro del plazo de vigencia pactado, como al que perdura en virtud del pacto entre arrendador-arrendatario. De ahí que el nudo propietario, extinguido el usufructo, puede quedar sujeto al contrato de arrendamiento a no ser que las condiciones pactadas para el contrato fueran notoriamente gravosas. López Jacoiste (145) venía interpretando que las condiciones notoriamente gravosas para la propiedad se refieren, no al desequilibrio contractual como tal, sino a la existencia de un gravamen; noción ésta opuesta a la de mera administración, impuesta por quien no tenía las facultades exigidas al efecto. Se trata, por tanto, de una causa de resolución por el abuso de poderes del usufructuario que perjudica al propietario. Es verdad que, de he-

(145) LÓPEZ JACOISTE, J. J., *ob. cit.*, pp. 1239 y 1255.

cho, al establecer en algunos supuestos un plazo de duración del contrato de arrendamiento superior al del usufructo ya supone un gravamen, en la medida en que representa una grave limitación a la libre disponibilidad de la cosa por su propietario. Pero es la propia Ley de Arrendamientos Urbanos la que concede esta posibilidad. Tan sólo en la medida en que se establezcan unas condiciones «notoriamente gravosas para el propietario» se podrá pedir la resolución del contrato.

En este punto, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la de las Audiencias Territoriales se han venido pronunciando por una protección al arrendatario considerando, en consecuencia, que el contrato continúa vigente a pesar de haberse extinguido el usufructo; porque para estimar que las condiciones son notoriamente gravosas para el propietario, debe presentársele una situación realmente dura. En este sentido, la sentencia de la Audiencia de Valladolid de 10 de noviembre de 1967 (146) afirmaba que «para apreciar la resolución por extinción de usufructo, debe probarse que el arrendamiento estipulado fue anormal o desacostumbrado y resultar notoriamente, es decir, en forma manifiestamente cierta, patente, clara e indudable para cualquier persona razonable que, por ello, era perjudicial para el propietario». Por su parte, la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife (147) en una sentencia de 18 de enero de 1971, estimaba que para que la notoriedad del pacto gravoso se produzca es preciso que se pacte una renta a todas luces vil o injustificada.

Como podemos observar, generalmente se ha venido siguiendo un criterio muy restrictivo en la apreciación de esas condiciones gravosas para la propiedad. Ello significa que, extinguido el usufructo, el contrato de arrendamiento concertado al amparo de la Ley de Arrendamientos Urbanos continúa vigente, salvo en algunas ocasiones en que claramente se den condiciones gravosas. Este es el caso planteado en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1974 (148), en la que se consideró que al «autorizar el usufructuario el destino al bar de una vivienda, tanto por el desgaste que provoca su utilización como por los ruidos que en él se producen», podía el nudo propietario ejercitar la resolución del contrato (149).

Con la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, en principio, la situación desde el punto de vista del

(146) *Revista General de Derecho*, julio-agosto, 1968, p. 670.

(147) *Revista General de Derecho*, 1972, p. 201.

(148) Repertorio Aranzadi 2105.

(149) En la misma línea la sentencia de 24 de octubre de 1974 de la Audiencia de Barcelona (*R. J. Cataluña*, 1974, núm. 4, p. 25) consideró que «es forzoso convenir que la apertura en el piso de un hueco para comunicarlo con otro piso perteneciente a distinta finca y propietario constituye un abuso o extralimitación de las facultades que corresponden al usufructuario, porque altera la forma y estructura interna de la cosa, rebasando las simples facultades de administración e infringiendo el clásico límite «salva rerum substantia».

nudo propietario continúa igual, ya que el arrendador puede pactar con el arrendatario una duración del contrato más amplia que la del usufructo. Por regla general, puede pensarse que, dado que en la mayoría de los casos al arrendador le interesará establecer un plazo de duración limitado, en este sentido se puede hablar de una menor limitación a la libre disponibilidad de la cosa por parte del nudo propietario. Ahora bien, lo que sí que parece es que actualmente existe una mayor posibilidad de que el nudo propietario ejercite con éxito una acción de resolución del contrato (150), puesto que si analizamos la trayectoria que vienen siguiendo el Tribunal Supremo y las Audiencias, en materia de arrendamientos urbanos, se observa que están abriendo una vía hacia una mayor consideración de la posición del propietario. Así, nos encontramos con que en 1985 y 1986, en materia de cláusulas de estabilización de los contratos realizados al amparo de la Ley de Arrendamientos Urbanos, han variado su anterior orientación, de acuerdo con nuevos criterios interpretativos más acordes con los intereses en pugna y la realidad social, separándose de criterios meramente conceptualistas. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 26 de junio de 1986 reputa lícitas tales cláusulas en el caso de no referirse expresamente a una disminución de la renta pactada, «siempre que dichas cláusulas tengan como límites el no hacer ilusorio el derecho irrenunciable a la prórroga legal...» (151). Incluso con respecto al artículo 114, apartado 12, de la Ley de Arrendamientos Urbanos; más recientemente la Audiencia Territorial de Bilbao, en sentencia de 10 de noviembre de 1986 (152), en la línea de esa mayor consideración hacia la posición del propietario, poniendo de relieve que no se puede dejarle inerte ante los excesos o desafueros del anterior usufructuario extinguido que altera el destino económico del objeto usufructuado y pacta unas estipulaciones en el contrato «que pugnan abiertamente, no sólo contra el espíritu de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, sino de todo nuestro sistema jurídico, ya que la protección al arrendatario tiene una finalidad distinta fundada en un estado de necesidad del mismo».

b) Derechos de tanteo y retracto

En punto a los contratos celebrados al amparo de la Ley de Arrendamientos Urbanos, nos resta por examinar una cuestión que suscita

(150) Díez Pícazo y Ponce de León, L., *Fundamentos...*, cit., Tomo I, p. 292, considera que se trata de un contrato en daño de tercero, puesto que se ha concertado un arrendamiento, por quien poseyendo facultad para ello, lo hace en condiciones infimas y perjudiciales para quien tenga que soportarlas.

(151) *Revista General de Derecho*, julio-agosto, 1986, p. 3360. Puede verse en el mismo sentido sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1985 (AR. 192), 12 julio de 1985 (AR. 4008), 21 octubre (AR. 5626) y 3 de junio de 1986.

(152) *Revista Jurídica La Ley* de 19 de febrero de 1987, núm. 7048, p. 3.

interés: ¿Tiene el arrendatario derecho de tanteo y retracto cuando el arrendador es a la vez usufructuario de la cosa?

Para poder dar una respuesta, creemos que lo importante es averiguar si el sujeto especialmente afectado por los derechos de tanteo y retracto es el propietario del objeto sobre el que recae el derecho del inquilino o es el arrendador.

En la Exposición de Motivos de la Ley de 11 de junio de 1964 se especifica que mediante el derecho de tanteo y retracto se reconoce al inquilino un derecho de acceso a la propiedad de la vivienda. Ambos derechos, como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo, indican una preferencia de adquisición de la propiedad: «Desde la finalidad protectora de la ley que tiende a facilitar el acceso a la propiedad de la vivienda, las normas que regulan el derecho de retracto deben interpretarse y aplicarse con un criterio extensivo» (153).

Por otra parte, no hemos de perder de vista que, si bien en principio la extensión, contenido y eficacia del arrendamiento otorgado por el usufructuario está condicionado por las del derecho concedente, la Ley de Arrendamientos Urbanos, como hemos señalado anteriormente, parece que le ha dotado de una extensión mayor, en la medida en que puede suceder que el nudo propietario llegue a ser parte de la relación jurídica establecida entre el usufructuario-arrendador y el arrendatario.

Finalmente, es de destacar que, en consonancia con lo anteriormente expuesto, el sujeto especialmente afectado por los derechos de tanteo y retracto, a nuestro juicio, no es el arrendador, sino el propietario del objeto sobre el que recae el derecho del inquilino (154). Luego el arrendatario, en el supuesto de transmisión de la propiedad durante el tiempo de duración del usufructo, creemos que podrá ejercitar el derecho de tanteo y retracto. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1963 (155) en un supuesto de transmisión de nuda propiedad declaraba: «Es un error estimar que el hecho de recaer el usufructo de un inmueble en el arrendador, impide al arrendatario ejercer el retracto cuando se enajena por el nudo propietario su derecho. No existe razón especial dentro del campo legal para que, caso de transmisión de uno u otro derecho, no pueda el arrendatario, cuya enajenación le puede afectar y perjudicar

(153) Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1960 (AR. 947).

(154) En este sentido, FUENTES LOJO, J. V., citando a CASTÁN Y CALVILLO en *Suma de Arrendamientos Urbanos*, I, Barcelona, 1983, p. 577. En contra, GINOT DE LLOBATERAS, F., *El arrendamiento otorgado por el usufructuario*, «ADC», 1956, p. 1222.

(155) *Aranzadi*, 1963, núm. 1394. En contra, GINOT DE LLOBATERAS, F., *ob. cit.*, p. 1224.

las acciones de tanteo y retracto e impugnación del precio fijado...» En definitiva, se reconoce el derecho del arrendatario a ejercitar el tanteo y retracto sobre la venta de la nuda propiedad, si bien como estiman Rodríguez Aguilera y Pere Raluy (156), en el supuesto de prosperar el tanteo o, en su caso, el retracto, la relación arrendaticia entre el inquilino y el usufructuario subsistiría, es decir, no se produce la extinción inmediata del arriendo. Sin embargo, estos mismos autores niegan, con razón a nuestro juicio, que en el supuesto de que lo que se transmita sea el usufructo, quepa atribuir al arrendatario un derecho de preferencia para devenir usufructuario, en la medida en que la ley (art. 47) habla de ventas, adjudicaciones, etc., y ello sólo cabe referirlo al derecho de propiedad o nuda propiedad, no al usufructo. En consecuencia, en la transferencia o constitución del usufructo, no existe transferencia de sustancia dominical, faltando, por tanto, la razón de ser y presupuesto del tanteo (157).

2. Disposición del derecho de usufructo

La posibilidad que concede el artículo 480 del Código civil de disponer del derecho de usufructo, no se conoce en nuestro Derecho histórico. Como expone De Diego (158), ni en el Derecho romano, ni en la Ley de Partidas era enajenable el usufructo; sólo su ejercicio se podía ceder a otro, quedando el derecho mismo en cabeza del usufructuario. Así, la Ley 24, título 31, Partida 3, establecía: «Otrosi dezimos, que si aquel à quien fuesse otorgado el uso, ò uso, en la cosa, otorgasse despues à otro alguno el derecho que oia en ella, que se desata por ende el uso, ò el uso, é tornasse poi ende al señor de la propiedad, é de allí adelante, non lo deue auer; nin el otro à quien lo èl otorgó.»

La razón de la intransmisibilidad de este derecho venía fundada en su carácter personalísimo, junto con la temporalidad, inherencia e intransmisibilidad característica de toda servidumbre personal y, por tanto, del usufructo; de tal forma que, como señala Sánchez Ro-

(156) RODRÍGUEZ AGUILERA, C., y PERE RALUY, J., *Derecho de arrendamientos urbanos*, Tomo I, Barcelona, 1965, p. 630. Se apoyan en las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1946 y 12 de junio de 1958 en las que se afirma que cabe el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en el caso de que lo transmitido sea tan sólo la nuda propiedad.

(157) En este sentido, la sentencia de 12 de junio de 1958 mantiene una posición más restrictiva que la citada sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1963.

(158) CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho civil español*, Tomo I, Madrid, 1941, p. 413. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Sistema...*, cit., III, Madrid, 1981, p. 426, en este sentido afirma que el carácter personal que el Derecho romano atribuyó al usufructo se observa en la consideración de la vida del usufructuario como límite temporal del derecho.

mán (159), no sólo resultaba ineficaz cualquier transmisión que del usufructo se intentara, sino que, el sólo hecho de intentarla, constituía una causa especial de pérdida del usufructo para el usufructuario. Las condiciones personales del usufructuario, eran en la mayor parte de los casos, una razón decisiva y de influencia suma en el otorgamiento y consecuencias del usufructo mismo; y a esta consideración, se sacrificaba la libertad civil del usufructuario, dejando en la condición de inalienables sus derechos de tal.

Sin embargo, el Código civil español, siguiendo al de Napoleón (160), ha adoptado el criterio contrario, haciendo que el usufructo figure en el patrimonio del usufructuario como uno de los derechos susceptibles de enajenación por cualquier clase de título, incluso el título lucrativo, y sin otra limitación que la natural de que todos los contratos, que como tal celebre el usufructuario, se resolverán al terminar el usufructo, salvo el arrendamiento de fincas rústicas (161).

A) *¿Disposición del derecho de usufructo o del disfrute del derecho?*

Lo primero que podemos plantearnos con respecto a este tema es si el artículo 480 del Código civil contiene una verdadera regla de disposición o se trata tan sólo de la posibilidad de disponer de los frutos.

En la discusión parlamentaria del Código civil, al debatirse este tema, se partía de que realmente la posibilidad que concede el citado precepto suponía una variante con respecto a la legislación anterior. Así, cuando Durán y Bas, comentado el artículo 480 del Código civil afirmó: «Jamás se ha concedido el derecho de enajenación del usufructo», Romero Girón contestó: «Es verdad, pero lo que habría que

(159) SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Derecho civil español común y foral*, III, Madrid, 1900, 2.ª ed., p. 569.

(160) El artículo 595 del Código de Napoleón disponía: «El usufructuario puede disfrutar por él mismo, dar en alquiler a otro o incluso ceder o vender su derecho a título gratuito...» En torno al citado artículo, M. PERRAU exponía en la sesión de la Asamblea General de 25 de enero de 1804: «Este derecho, siendo un derecho personal, no se puede transmitir; sin embargo, parece más razonable establecer que el que disfruta pueda ejercerlo por él mismo o ceder el ejercicio por cualquier título que sea.» Véase FENET, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tomo XI, Osnabrüch, 1968, p. 221. Sin embargo, como veremos, la doctrina francesa al comentar este artículo habla de disposición del derecho y no sólo de su ejercicio. En este sentido, AUBRY, C., et RAU, C., *ob. cit.*, p. 491; BAUDRY LACANTINERIE, G., y CHAUVEAU, M., *ob. cit.*, núm. 540; PLANIOL, M., *Traité de droit civil*, Tomo I, París, 1915, p. 877. En concreto, CORNU, G., *ob. cit.*, p. 558, afirma que ante los términos perfectamente claros del artículo 595 del Code civil, parece que se debería considerar la cesión del usufructo como una verdadera transferencia del derecho real, que hace del cesionario un usufructuario provisto de todos los derechos relacionados o inherentes con esta cualidad.

(161) Así lo expone SÁNCHEZ ROMÁN, F., *ob. cit.*, pp. 569 y ss.

demostrar es si esta *variante* introducida en el Código es una variante peligrosa y de tal naturaleza inconveniente, que por virtud de haberla introducido, este Código no debía ser aprobado.» Ahora bien, continuó afirmando, «dada la tendencia moderna a que todas las manifestaciones de la propiedad y de sus derivados se movilizan, por decirlo así, por virtud de la voluntad de las partes, la introducción de la venta del usufructo no contradice ningún principio fundamental de derecho, es decir, porque se haya dicho que el derecho de usufructo se puede enajenar, no repugna a ningún principio» (162).

Parece, por tanto, que en el ánimo del legislador estaba el que contuviera una verdadera posibilidad de enajenar el derecho de usufructo ampliando, como destaca Scaevola (163), el concepto tradicional del usufructo por efecto de su sentido económico, con lo que el Código ha prescindido del carácter vinculativo en una determinada persona. Ello sin perjuicio de que aún se observe su carácter personal en la consideración de la vida del usufructuario, como límite de duración del derecho (164).

De esta forma se permite al usufructuario que tiene un derecho que, siendo suyo, pueda disponer de él libremente; si bien como es lógico, sólo puede dar lo que tiene. De ahí que el artículo 480 del Código civil diga, con razón, que todos los contratos que celebre el usufructuario se resolverán, esto es, quedarán sin efecto a la terminación del usufructo.

Sin embargo, esta postura no es pacífica en la doctrina ya que junto a fervientes partidarios de la transmisión del derecho (165) nos encontramos también autores que alegan razones en contra de la misma (166). Por nuestra parte, creemos que efectivamente se produce

(162) Discusión Parlamentaria del Código civil, *cit.*, p. 699.

(163) MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil, cit.*, Madrid, 1948, p. 302.

(164) En este sentido, DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Sistema de Derecho civil*, III, Madrid, 1985, p. 381, que también destaca como el derecho moderno, al objetivar y despersonalizar los derechos, propende a admitir su alienabilidad o transmisibilidad con carácter general.

(165) Véase, entre otros, PUIG BRUTAU, J., *ob. cit.*, p. 317 y ss.; DORAL GARCÍA, J. A., *ob. cit.*, p. 322, exponiendo argumentos a favor y en contra; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, III, 2.ª *cit.*, p. 33, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, III, vol. II, Barcelona, 1977, p. 41.

(166) En este sentido, ROCA SASTRE, R., y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho hipotecario*, IV, 1, Barcelona, 1979, p. 483: «A pesar de los términos del artículo 480 del Código civil, en materia de enajenación del derecho de usufructo, continúa rigiendo la doctrina clásica, que sólo va en ella una cesión del ejercicio del mismo o del derecho de percibir los frutos, como lo demuestra claramente principalmente el artículo 498 del Código civil.

También BELTRÁN DE HEREDIA, J., *Usufructo sobre usufructo en la legislación española*, «RDP», 1941, p. 232: «El derecho real queda siempre en la titularidad del primitivo usufructuario, que no sólo para el propietario, sino para todo el mundo continuará siendo el titular del Derecho real. Solamente se habrá constituido una relación en la que el titular limitando su derecho, se ha obligado a permitir al adquirente, durante cierto tiempo, el uso y disfrute de la cosa en la forma que él lo hacía.»

una verdadera transmisión del derecho de usufructo. En la venta o cesión del usufructo hay algo más que la cesión de su ejercicio. El nuevo adquirente del artículo 480 del Código civil recibe, como pone de relieve Castán (167), no la simple facultad de goce, sino el derecho en sí, y es tan usufructuario como lo puede ser el primero. El argumento básico utilizado por los autores que se muestran contrarios a la disponibilidad, sobre la persistencia de responsabilidad en virtud del artículo 498 del Código civil, no es suficiente. Este precepto, a nuestro juicio, no se explica por el carácter personalísimo del usufructo, sino porque, como destaca Sánchez Román (168), si no admitiéramos la enajenación nos encontraríamos con que el cedente del usufructo tiene una titularidad vacía de aquel contenido jurídico económico, constituido por la facultad del goce, que precisamente da carácter al usufructo; y en el cesionario un contenido sin titularidad, un derecho que había de ser considerado como un derecho real, pero que no tiene acuñación en nuestras leyes. Hay que tener en cuenta que una cosa es la libre disposición que del usufructo se otorga al usufructuario y otra distinta la subsistencia de la responsabilidad del mismo respecto del propietario. Piénsese que, entre otras razones, en otro caso sería de peor condición el derecho de éste y podría ser una forma de excusar las responsabilidades del usufructuario, enajenando el derecho del usufructo.

Finalmente, a mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que incluso en los ordenamientos, como el Código civil italiano de 1865, en los que expresamente se hablaba de «transmisión del ejercicio del derecho», la doctrina dominante se mostraba a favor de la transferencia del derecho de usufructo. Así, vigente el artículo 492 del Código civil italiano de 1865 que establecía: «El usufructuario puede ceder por cualquier título oneroso o lucrativo el ejercicio de su derecho», Nicolò y Giorganni (169) ya se pronunciaban a favor de la posibilidad de enajenación del derecho de usufructo. La justificación que los citados autores dan es que parece que, en la traducción oficial del Código napoleónico (art. 595) del Reino Itálico, se escribió: «El usufructuario puede vender o ceder el ejercicio de su derecho», y, tal formulación equivocada, pasó al artículo 492 del Código civil italiano. Ahora bien, este argumento por sí solo no es suficientemente probatorio. Pero, lo que además afirman es que el artículo 528 del Código civil italiano expresamente prohibía «la cessione e la locazione» de los derechos de uso y habitación; por lo que si el legislador hubiera querido establecer lo mismo para el usufructo lo habría he-

(167) CASTÁN TOBEÑAS, J., *La hipoteca del usufructo y su extinción*, «RDP», 1946, p. 824.

(168) Véase SÁNCHEZ ROMÁN, F., *ob. cit.*, p. 588. En el mismo sentido, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo II, vol. II, Madrid, 1987.

(169) NICOLÒ, R., y GIORGIANNI, M., *ob. cit.*, p. 796.

cho. Actualmente el Código civil italiano, en su artículo 980.1.º, ya contempla expresamente la posibilidad de ceder, por parte del usufructuario, el «propio derecho». Con lo que claramente el adquirente, como estima Pugliese (170), se convierte en verdadero usufructuario, aunque la duración de su derecho quede subordinada a la supervivencia del primer usufructuario y no a la suya.

B) Efectos de la transmisión del derecho de usufructo

a) Relación jurídica entre nudo propietario, usufructuario y adquirente del derecho

Una vez se produce la transmisión del derecho de usufructo hay que determinar qué posición ocupa el adquirente del derecho y qué relación tendrá, en su caso, con el nudo propietario.

En cuanto al alcance de la transmisión del usufructo, a nuestro juicio, el adquirente se convierte a su vez en usufructuario asumiendo, como expone Carbonnier (171), un derecho al «usus» y al «fructus» en virtud del derecho real sobre la cosa. Ello no significa que surja un usufructo independiente ejercitado por persona distinta, ya que el usufructo prosigue vinculado al primitivo usufructuario, extinguiéndose, si es vitalicio, con el fallecimiento del mismo. Lo que sucede a nuestro juicio es que, empleando la expresión de Nicolo y Giorgianni (172), el causahabiente subentra en la misma posición jurídica del usufructuario (173), adquiriendo como éste un derecho real y de esta forma entra, aunque indirectamente, en relación con el propietario. Pensemos que con respecto al propietario se convierte en deudor por las obligaciones que le incumben como consecuencia del usufructo (mantiene la obligación del art. 497); y, en cierto modo, en acreedor porque alcanzaría la obligación negativa que al propietario le incumbe, cuya fuente de obligación está en la ley que lo establece, a pesar de que el nudo propietario, no haya dicho ni hecho

(170) PUGLIESE, G., *ob. cit.*, p. 340, incluso pone de relieve cómo el Proyecto de la Comisión Real había admitido la transmisión «mortis causa» dentro de un tiempo limitado, permitiendo la constitución del usufructo por un período fijo de treinta años, independientemente de la permanencia en vida del titular y con la posibilidad de transmisión a los herederos hasta el final de aquel período. Pero en el texto definitivo, el principio tradicional tomó la delantera (art. 113, 2.º comma).

(171) CARBONNIER, J., *ob. cit.*, p. 180.

(172) NICOLO, R., y GIORGIANNI, M., *ob. cit.*, p. 796, en la que los citados autores estiman que la relación que se entabla con el nudo propietario es directa. Esto es comprensible ya que el Código civil italiano, en su artículo 980.2.º establece la necesidad de notificar al nudo propietario la transferencia, con el fin de que las obligaciones conexas al usufructo pasen del primero al segundo usufructuario.

(173) Como afirma DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Sistema...*, III, *cit.*, p. 426, adquiere el derecho, con los mismos caracteres que tenía en virtud de su constitución.

nada (174). Además, el nudo propietario en esta situación no es totalmente extraño, como afirman algunos autores (175), a la relación jurídica, ya que las reparaciones ordinarias, gastos de contribución, devolución de los bienes en su día, etc., son obligaciones que pesan directamente sobre ese usufructuario, aunque el que enajenó quede como una especie de fiador suyo (176).

Desde este momento, el usufructuario creemos que ya no podrá por su propia voluntad dar por terminado el contrato celebrado porque, si se ha desprendido del derecho que tenía en favor de un tercero que es quien actualmente lo tiene, es éste el que podrá renunciarlo.

Téngase en cuenta que el derecho que se transmite o se grava por el usufructuario y se adquiere por el tercero es el mismo que él tiene y no podrá alterar los límites, ya que hay un tercer interesado que atendiendo a ellos ha contratado (177).

Ahora bien, lo cierto es que durante un período de tiempo en mayor o menor medida, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad, está presente el primitivo usufructuario en la relación jurídica puesto que sigue obligado en el plano personal al deber que le impone el artículo 497. Esto tal vez se explique, además de por el doble plano real y obligacional del derecho de usufructo, por la intención de reforzar la posición del nudo propietario que, en definitiva, no contrató con el tercero. De ahí que el legislador haya querido favorecer al usufructuario (posibilitando que puesto que se trata de un Derecho real sea transmisible) sin perjudicar al nudo propietario. Como en la relación jurídica que ha surgido entre usufructuario y tercero, no ha intervenido directamente el nudo propietario, no debe sufrir perjuicio en sus intereses. Se trata, por tanto, de proteger los intereses del nudo propietario, a quien no se le puede imponer, en principio, sin su consentimiento un cambio de sujeto responsable (178). De ahí que el primer usufructuario quede como una especie de fiador de las obligaciones que lleva en sí la titularidad del usufructo, ya se encuentre la titularidad en su poder o en el de otra persona (179).

Tal vez pueda parecer que no es correcta esta separación de responsabilidad y titularidad. Pero más que criticar esto, a nuestro jui-

(174) MARCADÉ, V., *Explication du Code civil*, Tomo II, París, 1873, pp. 485 y ss.

(175) DORAL GARCÍA, J. A., *ob. cit.*, p. 322.

(176) MANRESA Y NAVARRO, J. M., *ob. cit.*, p. 457.

(177) MANRESA Y NAVARRO, J. M., *ob. cit.*, p. 408.

(178) Véase ORTEGA PARDO, G., *La hipoteca del usufructo y su extensión*, «RDP», 1946, p. 824.

(179) En este sentido, BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Traité théorique et pratique de Droit civil*, Tomo VI, 3.ª ed., París, 1905, p. 353, estima que el usufructuario, cuando cede su derecho, no se libera de sus obligaciones, aunque transmita su derecho al cesionario.

cio, estimamos con Ortega (180) que la crítica debe dirigirse a lo que es causa de este efecto, y no se debe negar la consecuencia por el resultado, aunque resulte todo lo paradójico que se quiera. La solución, a nuestro parecer, hubiera sido que el ordenamiento jurídico español contuviera un precepto análogo al actual artículo 980, párrafo 2.º, del Código civil italiano, que establece la necesidad de que la cesión sea notificada al propietario, y, mientras tanto, el usufructuario queda solidariamente obligado con el cesionario hacia el nudo propietario.

b) *Ambito de responsabilidad: legitimación activa y pasiva*

El artículo 497 del Código civil no limita el contenido de su obligación, como ya hemos expuesto, al mero respeto a la integridad de la sustancia que es determinado por el propio límite interno del Derecho real, sino que se traduce en la exigencia de esa conducta que Cossío (181) destaca como «conducta positiva» por parte del usufructuario y que da lugar al nacimiento de una serie de responsabilidades. De ahí que el artículo 498 del Código civil esté en íntima relación con su precedente el artículo 497, ya que no constituye sino una aclaración suya, toda vez que lo que en último término indica, como afirma Scaevola (182), es que de la prestación de culpa o negligencia, es decir, de la obligación de cuidar las cosas usufructuadas como un buen padre de familia, se hace responsable el usufructuario ante el dueño de aquéllas, aunque enajene o dé en arrendamiento su derecho de usufructo. Así, el artículo 498 del Código civil establece que: «El usufructuario que enajenare o diere en arrendamiento su derecho de usufructo, será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya.»

Este artículo parece que tiene ciertos antecedentes en nuestro Derecho histórico español. En concreto, la Ley 22, título 31, Partida 3, ya consignaba el mismo principio: «Guisada cosa es el derecha, que cualquier á quien fuesse otorgado el usufruto de alguna casa, ó de alguna heredad, ó en algunos ganados, que assí como quiere auer la pro en les es otorgado este derecho, que pune quanto pudiere, de la aliñar, é de la guardar, é la de la endereçar bien, é lealmente, de manera que si fuesse casa, que la repare, é la enderece que non caya nin se empeore por su culpa...»

Ahora bien, la referencia del texto del artículo 498 del Código civil a la extensión de la responsabilidad del usufructuario en los su-

(180) Véase nota 115.

(181) COSSÍO, A. DE, *ob. cit.*, p. 756.

(182) MUCIUS SCAEVOLA, Q., *ob. cit.*, Tomo IX, Madrid, 1948, p. 381.

puestos en que enajene o dé en arriendo su derecho, no tiene antecedente ni en el Código francés ni tampoco existe una regla semejante en el Derecho italiano. Parece que deriva de la obligación personal del usufructuario, de cuidar las cosas como un buen padre de familia de la que, como afirmaba García Goyena (183) «no puede liberarse por su solo hecho, cambiando la persona del deudor».

En principio, parece que el usufructuario responderá (salvo caso fortuito en virtud de la regla del art. 1.105 Cc) a no ser que pruebe que ni pudo preverse ni evitarse, los daños y perjuicios ocasionados en los bienes objeto del usufructo. Nótese que si bien el usufructuario tiene la posibilidad de enajenar su derecho de usufructo, ello no le priva de la obligación de cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia, y, en consecuencia, deberá responder ante el nudo propietario de los menoscabos que sufran las cosas por culpa o negligencia de la persona que le sustituye. La relación de responsabilidad se establecerá primordialmente entre el dueño y el usufructuario, cuyos vínculos personales no se rompen a pesar de la transmisión. Ahora bien, lo que el artículo 498 del Código civil no dice es que el adquirente del derecho no deba responder. Pensemos que éste también estará obligado a cumplir los deberes que le imponen los distintos preceptos que regulan la materia de usufructo.

Pero, ¿en qué medida responden? Es lógico que si el usufructuario no ha notificado el nudo propietario la disposición, éste irá prioritariamente contra el primer usufructuario y más en el supuesto de que haya depositado fianza, ya que, a pesar de la cesión, ésta quedaría sujeta a la responsabilidad (184). Ahora bien, puede ser que, en la mayoría de los casos, el nudo propietario conozca la situación. Por otra parte, hay que pensar que el usufructuario puede carecer de bienes suficientes o haber sido dispensado de la fianza. Junto a esto nos encontramos con que el nuevo usufructuario, si se producen determinados perjuicios para el nudo propietario, será porque, entre otras causas, ha incumplido su obligación de cuidar la cosa (art. 497 Cc); y aunque de una forma directa no haya una relación jurídica entre ambos, sí que, como expone Lacruz (185), hay obligaciones y

(183) Comentario de GARCÍA GOYENA, F., al artículo 453 del Proyecto del Código civil español, Tomo I, Madrid, 1852, p. 401.

(184) Como firma CORNU, G., *ob. cit.*, p. 558, a pesar de la cesión, el usufructuario primitivo no se libera de las obligaciones hacia el nudo propietario. Aquél permanece responsable hacia éste, salvo su recurso contra el cesionario. La fianza prestada por el cedente queda sujeta. En contra, PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, Tomo II, 1836-1848, núm. 851, basándose en el artículo 2.015 del Código civil español: «La fianza no se presume. Debe ser expresa y no se puede extender más allá de los límites en los cuales ha sido contratada.»

(185) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, III, 2.º, Barcelona, 1980, p. 33.

derechos que nacen directamente en contra o a favor del cesionario relacionándose con el nudo propietario (por ejemplo, prestar garantía u otorgar inventario si no se había hecho o bien por dispensa de la ley o por sus circunstancias personales). Si no cumple sus obligaciones, este usufructuario responderá por la vía de los artículos 1.101 y siguientes del Código civil, en los términos y supuestos previstos en ellos. Luego, en definitiva, para evitar el perjuicio que puede causarle la posible insolvencia del usufructuario, el nudo propietario creemos que puede y debe dirigirse contra ambos para de esta forma conseguir que, por la propia declaración judicial, se extienda la responsabilidad por todo o por lo que reste por cumplir con respecto al nuevo usufructuario. A nuestro juicio, ambos son responsables (186), ya que ambos tienen la cualidad de usufructuario y están, por tanto, sujetos a las obligaciones que derivan de la misma; aunque como el texto del Código no especifica nada, siempre cabrá la oposición sobre precedencia de acciones. Estimamos que, con respecto al usufructuario primitivo, es lógico que responda porque, si se produce algún perjuicio, en cierto modo es culpable por enajenar su derecho a persona poco diligente. Por otro lado, el nuevo usufructuario ligado al nudo propietario, aunque no en virtud de la disposición, debe cumplir sus obligaciones. Si no lo hace, deberá responder.

Por último, nos planteamos qué tipo de responsabilidad les alcanzará. Ambos son responsables por el todo (187) ya que el usufructuario responde de la actuación del cesionario por la vía del artículo 498 del Código civil y éste porque ha subentrado en la posición del usufructuario obligándose a lo mismo que el primitivo usufructuario, dependiendo su cuantía de la aplicación adecuada de la dogmática general de las obligaciones. Por tanto, será aplicable el principio de buena fe en el cumplimiento de las mismas, la posible mora o imposibilidad de cumplimiento... Como afirma Puig Brutau (188), la integridad de la «res corporalis» es lo que interesa en definitiva. Por ello, puesto que el nudo propietario se halla en situación expectante y porque la conservación de la cosa corporal objeto de su derecho tiene tan supremo interés, es aconsejable mantener las garantías y la responsabilidad del artículo 498 del Código civil, cualquiera que sea el negocio jurídico celebrado por el usufructuario.

(186) En contra, ALBALADEJO GARCÍA, M., *ob. cit.*, p. 41, estima que la responsabilidad del artículo 498 del Código civil es subsidiaria respecto a la que hacia el nudo propietario tiene el usufructuario nuevo por incumplimiento de su obligación de cuidar la cosa.

(187) En el Derecho italiano, si no se ha notificado al propietario, la responsabilidad es solidaria (art. 980.2.º Cc).

(188) PUIG BRUTAU, J., *ob. cit.*, p. 322.

3. Hipoteca del derecho de usufructo

La posibilidad de constituir un gravamen sobre el derecho de usufructo, estaba contemplada ya en la primitiva Ley Hipotecaria de 1861, aunque referida tan sólo al ejercicio del derecho, no al derecho en sí. Así, solamente se permitía hipotecar «el derecho a percibir los frutos en el usufructo» (art. 107, ap. 2, LH) Este planteamiento, como expone De Diego (189), era consecuente con la Ley de Partidas en la que, como ya vimos, sólo el ejercicio del derecho de usufructo se podía ceder a otro, quedando el derecho mismo en cabeza del usufructuario.

Mas, con la novedad del Código, la vigente Ley Hipotecaria permite en el artículo 107 la hipoteca del derecho de usufructo en sí; pero quedando extinguida la hipoteca, cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin» (190).

Se permite, por tanto, la hipoteca del derecho (191) y no el ejercicio, porque si no, como afirma Venezian (192), es realmente un absurdo, ya que el acreedor del usufructuario no lograría más que la posibilidad de constituir lo que ya tiene: Un derecho de obligación contra su mismo deudor. Sería comprensible si pensamos en la función originaria del usufructo, nacido en consideración y para el provecho de una determinada persona, o ente jurídico, pero, al incorporársele una función económica sin haberse modificado su carácter de derecho real, lógicamente debe pensarse en la transmisibilidad del usufructo. En la actualidad, como afirma Scaevola (193), la concesión o establecimiento de un usufructo crea un nuevo elemento patrimonial del usufructuario. Subsiste lo esencial que es la personalización del derecho real y su definición en el tiempo, subordinado en su máxima subsistencia a la vida del favorecido; pero en tanto el derecho real viva, se admite su libre comunicación, su amplio comercio en cualquiera de las formas de administración o disponibilidad restringi-

(189) CLEMENTE DE DIEGO, F., *ob. cit.*, p. 414.

(190) En contra de la admisión de la hipoteca del derecho de usufructo, ROCA SASTRE, R. M., y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L., *ob. cit.*, pp. 480 y ss.

(191) Como expone MUCIUS SCAEVOLA, Q., *ob. cit.*, Tomo IX, Madrid, 1948, p. 303, se trata de la hipoteca del derecho y no de la cosa usufructuada, ya que ésta no es susceptible de gravamen, porque tampoco puede ser enajenada y, además, no está cedida al usufructuario más que para el disfrute consiguiente de la cesión y no de la totalidad de los derechos de que ésta puede ser objeto.

(192) VENEZIAN, G., *ob. cit.*, Tomo II, p. 669.

(193) MUCIUS SCAEVOLA, Q., *ob. cit.*, p. 303.

da, reflejada en contratos de arrendamiento, transmisión o gravamen (194). Hay pues una correlación entre el concepto moderno de usufructo y la facultad de transmitir y gravar el derecho. Ahora bien, esta posibilidad de hipotecar el derecho de usufructo, como establece la Ley Hipotecaria en su artículo 108.2.º, tan sólo se refiere al usufructo voluntario ya que «los usufructos legales, excepto el concedido al cónyuge viudo por el Código civil», no son hipotecables.

Constituida la hipoteca del derecho de usufructo, el gravamen sujeta a la cosa, pero dentro de la relación de usufructo. Lo que hay que averiguar es en qué medida condiciona el gravamen impuesto, teniendo en cuenta el carácter temporal del usufructo. El artículo 480 del Código civil establece que todos los contratos que celebre el usufructuario se resolverán al fin del usufructo. Por su parte, el artículo 107 de la Ley Hipotecaria matiza esta cuestión (195) al distinguir si el usufructo termina por voluntad del usufructuario o por un hecho ajeno a ésta. En el primer caso, la hipoteca «subsistirá hasta que se cumpla la obligación asegurada o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin. En estos casos, como afirma Caja (196), mientras no desaparezca la limitación o gravamen o se extingan naturalmente, hay que admitir que usufructo y nuda propiedad están ensamblados, pero no unidos; porque el usufructuario sólo podrá renunciar al usufructo de que es titular, o sea, a un usufructo limitado por la hipoteca que se ha impuesto sobre él. De ahí que, aunque estos usufructos recaigan anticipadamente en la persona del nudo propietario, no se consolidan. No se puede renunciar ni transmitir un usufructo como libre para que se subsuma en el dominio, cuando está gravado. En el segundo supuesto, la hipoteca se extingue cuando concluye el mismo usufructo. Esta distinción es lógica, si pensamos que no se puede perjudicar al acreedor hipotecario dejándolo al arbitrio de una decisión del usufructuario (197).

De todas formas, esta incertidumbre —fundamentalmente en el plano temporal— que en cierto modo lleva consigo el derecho de usu-

(194) En este sentido, SALVADOR CAJA, J., *Hipoteca del usufructo e hipoteca de la nuda propiedad*, «RCDI», 1944, p. 529, afirma que podrá ser hipotecado el derecho de usufructo, por tratarse de un Derecho real enajenable con arreglo a las leyes, cuando recaiga sobre bienes inmuebles. Por su parte, la Ley de Hipoteca Mobiliaria, artículo 1, párrafo 2.º, permite la hipoteca sólo con consentimiento del nudo propietario.

(195) Creemos que el texto de la Ley Hipotecaria viene a especificar el del Código civil y no está en contradicción con el mismo, puesto que el artículo 480 del Código civil, como interpreta MUCIUS SCAEVOLA, Q., *ob. cit.*, p. 304, se refiere a «fin previsto» o «duración previamente establecida», no incluyendo, por tanto, el caso de renuncia del usufructuario.

(196) SALVADOR CAJA, J., *ob. cit.*, pp. 523 y 529.

(197) DORAL GARCÍA, J. A., *ob. cit.*, p. 325, añade que en estos supuestos se produciría un daño a reparar por la llamada acción de devastación.

fructo que se hipoteca, hace a nuestro juicio muy difícil en la actualidad que, pese a admitirse la hipoteca de los usufructos a que se refiere el artículo 108 de la Ley Hipotecaria, en la práctica se lleve a cabo dada la escasa garantía que ello puede suponer. A no ser que se compense con algún otro tipo de medidas que den mayor seguridad al acreedor hipotecario. En este sentido, Roca Sastre (198) hace referencia a algunos supuestos en los que se contrataría póliza de seguro sobre la vida del usufructuario y cuyo beneficiario sería el acreedor hipotecario; con lo cual, al extinguirse el usufructo por muerte de su titular, que es lo más frecuente, el acreedor cobraría su crédito con el importe del seguro.

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

Exposición sucinta de la jurisprudencia alemana sobre la buena fe en las condiciones generales del contrato [artículo 9 de la Ley para la Regulación del Derecho de las Condiciones Generales del Contrato-AGBG (*)]

Por K. J. ALBIEZ DOHRMANN

Desde la entrada en vigor en la República Federal de Alemania de la Ley para la Regulación del Derecho de las Condiciones Generales del Contrato (AGBG), se ha producido una importante jurisprudencia en materia de defensa de los derechos de los consumidores, especialmente en torno al artículo 9. Como se sabe, esta ley es resultado de un proceso jurídico iniciado a comienzos del siglo XX en pro de los derechos de aquellos que, por razones de mercado, tienen que someterse forzosamente a las cláusulas impuestas por la parte contratante más fuerte, culminando aquel proceso con la codificación de los principios jurisprudenciales formulados a lo largo de numerosas sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán. Por ello, las sentencias pronunciadas con posterioridad a esta ley no son sino una continuación de las decisiones judiciales anteriores, con la particularidad de que ahora sus pronunciamientos no se fundan en el parágrafo 242 del BGB, sino en una normativa vinculante para los tribunales.

Especialmente en la contratación por adhesión en la que las condiciones están preformuladas, la buena fe constituye un elemento esen-

(*) 1) Las cláusulas de las condiciones generales del contrato contrarias a la buena fe son ineficaces si perjudican desproporcionadamente a la contraparte del predisponente.

2) En caso de duda se debe estimar un perjuicio desproporcionado, siempre que una cláusula:

1. no sea compatible con los principios generales de la regulación legal de la cual se parte, o

2. limite los derechos y deberes fundamentales que resulten de la naturaleza del contrato, de tal manera que ponga en peligro la consecución del fin del contrato. (Albiez Dohrmann y Collados Ais, traducción de la ley alemana para la regulación del Derecho de las condiciones generales del contrato AGBG, de 9 de diciembre de 1976, *Rev. Fac. Derecho de Granada*, 1983, núm. 1, pp. 123 y ss.

cial para evitar cláusulas perjudiciales, abusivas y desproporcionadas para el adherente. Con el artículo 9 (AGBG) se dispensa una clara protección a favor de la parte más débil al sancionar con carácter general aquellas cláusulas de las condiciones generales del contrato que perjudican al adherente de forma no equitativa, habida cuenta de los preceptos de la buena fe («Treu und Glauben»). La experiencia alemana nos puede ofrecer importantes aportaciones, por lo que consideramos de interés una exposición de aquellas sentencias que tienen por base el referido precepto, a cuyo control están sometidas todas aquellas condiciones generales que no están subsumidas en el artículo 10 (prohibición de las cláusulas con posibilidad de ser valoradas por el juez), ni en el artículo 11 (cláusulas prohibitivas que no admiten apreciación judicial alguna). Dada la variedad de cláusulas, para facilitar así la exposición de la jurisprudencia alemana, hemos agrupado las sentencias en función del tipo de cláusulas empleadas por el predisponente. En primer lugar, estudiaremos aquellas sentencias que se refieren a cláusulas de exclusión. Después nos centraremos en las cláusulas modificativas. En tercer lugar, examinaremos otras sentencias que tienen por objeto cláusulas de contenido muy variado: agravar la prueba, limitar la prestación de garantía, exigir el cumplimiento inmediato... Y, finalmente, haremos mención de las sentencias que cuestionan la validez de ciertas cláusulas bancarias.

Puede sorprender, al menos desde nuestra experiencia jurídica, todavía escasa en cuanto a la defensa de los derechos de los consumidores, la cantidad de sentencias que se han pronunciado en Alemania Occidental desde que el 1 de abril de 1977 entrara en vigor la Ley para la Regulación del Derecho de las Condiciones Generales del Contrato. Ello constituye buena prueba de la especial sensibilidad que en el Derecho alemán se tiene hacia cualquier tema relacionado con el consumidor y de la protección que se otorga a los contratantes más débiles, es decir, a los que se adhieren a las condiciones generales preformuladas por las grandes empresas, por los monopolios y por las instituciones financieras. Esta defensa es promovida en gran parte por las asociaciones creadas con el fin de defender a los consumidores, aunque no faltan las acciones judiciales interpuestas a instancia de los ciudadanos, indicando con ello la confianza que tienen en la justicia.

De la lectura de las sentencias seleccionadas, podemos obtener algunas conclusiones interesantes. Para nosotros la más importante es el análisis tan exhaustivo que hace el Tribunal Supremo, cuando es necesario, de la situación de intereses («Interessenlage»), que tiene lugar también en un contrato adhesivo, en el que ambas partes, predisponente y adherente, defienden intereses propios (ad exemplum, S. 11-6-1979). Cuando se rompe el equilibrio de intereses, por establecerse una cláusula en exclusivo interés del predisponente, sin tener

en cuenta el interés de la otra parte, ésta debe ser sancionada con la declaración de ineficacia por atentar contra la buena fe.

En muchas sentencias subyace la defensa de un orden público económico como límite de la autonomía privada. Algunas cláusulas son eficaces porque responden a un determinado orden público económico, aun cuando desde una interpretación más ajena a factores propiamente económicos, podría discutirse, no obstante, si no perjudica a la parte contratante más débil (*adexemplum*, S. 18-12-1986).

No es erróneo afirmar que esta ley tiene una proyección efectiva en el ámbito contractual de los consumidores, que además alcanza a los comerciantes cuando éstos forman parte de los contratos de adhesión, por supuesto, como adherentes a los mismos. Igual protección concede la ley a los clientes de instituciones crediticias y financieras. Este espectro tan amplio explica en gran parte la eficacia de la Ley para la Regulación del Derecho de las Condiciones Generales del Contrato (AGBG) de la República Federal de Alemania.

CLAUSULAS DE EXCLUSION

Nos vamos a referir, en primer lugar, a las cláusulas que reciben el nombre de exclusión, por cuanto que imposibilitan el ejercicio de un derecho que, de no existir, pudiera dar lugar a la interposición de acciones judiciales con el fin de defender un derecho que en otro caso tendría el adherente. Estas cláusulas no necesariamente atentan contra la buena fe, ni tienen por qué ser perjudiciales para la contraparte cuando se redactan en razón de la propia finalidad del contrato. Este fue el caso de una sentencia del Tribunal Supremo, en la que se discute la validez de una cláusula que excluye la prestación de garantía, inserta en un contrato de venta de coches usados y que fue considerada lícita por haber tenido el comprador la posibilidad de inspeccionar el coche de segunda mano (S. 11-6-1979). También la confianza recíproca entre ambas partes puede justificar que se excluya la posibilidad de exigir cualquier pago posterior una vez satisfecho el precio final. Al menos la sentencia de 16 de diciembre de 1982 valoró positivamente una cláusula que elimina la posibilidad de exigir nuevos pagos cuando se ha hecho efectivo el precio final. Frecuentes son las cláusulas de exclusión de responsabilidad, que por norma general son nulas, como fue declarada por sentencia de 14 de abril de 198 la cláusula en virtud de la cual una agencia de viajes niega al viajero el derecho a exigir la reparación por daños y perjuicios siempre y cuando por alguna disposición normativa se excluya o se limite la responsabilidad. Por último, haremos referencia a una sentencia de 25 de marzo de 1982 que considera contraria a Derecho una cláusula que suprime la posibilidad de oponer excepciones del contrato coligado.

Sentencia de 11 de junio de 1979 (cláusula de exclusión de prestación de garantía)

Una asociación de consumidores, al amparo del artículo 13, apartados números 1 y 2, AGBG, solicita que se suprima en el futuro («*Unterlassungsanspruch*») una cláusula por considerarla contraria a Derecho y lesiva para los intereses de los consumidores. La cláusula en concreto, inserta en un contrato de venta de coches usados, es la que sigue: «Se excluye cualquier garantía una vez inspeccionado el coche usado.» En contra de la tesis de la parte actora, el Tribunal Supremo considera que esta cláusula en ningún caso atenta a lo dispuesto en el artículo 9 AGBG. Tres son los problemas que subyacen en esta sentencia: la teoría de los vicios ocultos, la posible ocultación dolosa de estos vicios y las propias características de un coche usado. Habrá que preguntarse también si de esta cláusula se deriva que el vendedor no sólo está eximido de los vicios aparentes, sino también de los vicios ocultos. Recuerda el Tribunal de Casación que ya con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley AGBG, la doctrina jurisprudencial consideraba esta cláusula como válida. Para aquella doctrina jurisprudencial es fundamental la dificultad que hay en este tipo de ventas para saber si el vicio estaba ya presente en el momento de la celebración del contrato o aparece con posterioridad, produciéndose, en este caso, una transmisión en el riesgo. Más importante es aún la posibilidad limitada que tiene el vendedor de poder informarse sobre el estado del automóvil, no ya sólo cuando el coche ha pasado por varios propietarios, sino incluso cuando se adquiere de primera mano, porque es poco frecuente que el coche se presente en un buen estado, al menos en lo que se refiere a su carrocería, ocultándose casi siempre los vicios ocultos. Es importante para este Tribunal la situación de intereses que subyace en el presente contrato. A falta de una oferta por parte del vendedor de revisar él mismo el coche, el comprador debe tener una especial precaución en cuanto al riesgo que corre de recibir un coche defectuoso. Para valorar adecuadamente la cláusula habrá que preguntarse si ésta deja al comprador en una situación de indefensión. La respuesta, evidentemente, debe encontrarse en la normativa del Código civil alemán sobre los vicios: a) el comprador puede exigir que se le den por escrito las características y el nivel de mantenimiento del coche usado (par. 459, ap. 2, BGB); b) es nulo el pacto por el cual se perdona o limita la obligación del vendedor al saneamiento por vicios en las cosas, siempre que el vendedor oculte maliciosamente los vicios; c) el comprador puede probar e inspeccionar el coche, pudiendo recabar, a falta de conocimientos propios, ayuda pericial. No sigue el Tribunal Supremo el criterio de Hager (NJW, 1975, pp. 2276 y ss.) y Graba, que definen, con carácter general, el deber de inspección, que debería cumplirse en aras de una mayor seguridad del tráfico. Con la nueva Ley

AGBG no han variado los criterios, por lo que se debe partir de la misma situación fáctica y jurídica, ya que el legislador sólo ha previsto la ineficacia de las cláusulas que excluyan prestaciones de garantías insertas en contratos relativos a suministros de cosas de nueva producción y prestaciones (art. 11, núm. 15, AGBG). Una fundamental reflexión podemos hacer respecto de estos pronunciamientos: no existe una respuesta doctrinal y jurisprudencial clara en cuanto a los vicios de cosas usadas, porque siempre se parte de cosas nuevas o, que es lo mismo, de primera fabricación. Tanto la Ley AGBG como la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios están pensadas en proteger al consumidor que adquiere productos nuevos, olvidándose de otorgar una protección cuando los productos están ya usados. En nuestro país, como también en Alemania, al menos de cara a la seguridad del tráfico vial, una mínima garantía se tiene por el control de inspección a que están sometidos los coches según los años de antigüedad por mandato de los Reales Decretos 3.273/1981, de 30 de octubre, y 2.344/1985, de 20 de noviembre.

Sentencia de 16 de diciembre de 1982 (cláusula de exclusión de cualquier reclamación posterior)

En esta sentencia se plantea la posible ineficacia de una cláusula que tiene por contenido excluir reclamaciones posteriores una vez pagado el precio final de una obra ya terminada. En cierta medida una cláusula en este sentido supone una renuncia, aunque no expresa, a cualquier reclamación posterior cuando es aceptada, con un alcance quizá de fijación negocial si con ello se quiere evitar que surja una incertidumbre o un conflicto posterior. Para el Tribunal Supremo esta cláusula tiene su razón de ser por la propia confianza depositada mutuamente por las partes cuando ya al inicio de la obra se paga el precio final, expresando con ello que una parte espera que la obra se haga a su satisfacción y la otra que el precio previamente pagado en su totalidad alcance el presupuesto calculado. Por consiguiente, una vez concluida la obra no tiene por qué exigirse nuevos pagos si aquella obra se ha realizado en el marco contractual previsto para la adjudicación de la obra. Entendida así la cláusula, el pronunciamiento sólo podría ser favorable. Y en ningún caso puede admitirse que se trate de una declaración fingida que, de darse, podría ser ineficaz si se dan los presupuestos del artículo 10, número 5, AGBG, pero siempre por apreciación del Tribunal.

No menos interés ofrece la importante cuestión de si la regulación del régimen de prestaciones de la construcción (*Verdingungsordnung für Bauleistungen*) está sometida a la Ley AGBG, dado el contenido del artículo 23, número 5. Lógicamente, la respuesta sólo puede ser afirmativa cuando este régimen forme parte del contrato, se haya in-

tgrado en él, sólo entonces cabe ejercer un control sobre las condiciones generales de este régimen conforme al tan citado artículo 9 AGBG. Subyace aquí la doble tesis sobre la naturaleza de las condiciones generales: normativa y dispositiva.

Sentencia de 14 de abril de 1983 (cláusula de exclusión de responsabilidad)

Es opinión generalizada que la renuncia (futura) a exigir responsabilidad por culpa es una estipulación que debe declararse nula. Con más razón cuando nace de una relación en la que el destinatario sólo tiene la opción de asumir o rechazar las cláusulas contenidas en el contrato preformulado. En el presente litigio, sin embargo, existen dos matizaciones a tener en cuenta. La primera, que no cabe exigir reparación en la medida que una norma prevé la exclusión de la responsabilidad. Y la segunda, que no es admisible el pacto de exclusión de responsabilidad, siendo también dudosas las cláusulas que limitan o modifican la responsabilidad, en perjuicio del acreedor. La norma aludida en aquel contrato de adhesión es el párrafo 651 h) BGB que forma parte de la regulación legal en el Código civil alemán del contrato de viaje [párrafos 651 a) y 651 k)]. A tenor de aquel precepto, el organizador de viajes puede invocar frente al viajero aquellas normas que exigen, para que tenga lugar la indemnización de daños, determinados presupuestos o límites, siempre que sean aplicables estas normas que invoca aquél. Sin embargo, la cláusula en cuestión parece que va más allá del citado precepto cuando establece que «la pretensión de una indemnización contra nosotros (los organizadores de viaje) está excluida o limitada en la medida que una disposición legal, aplicable al obligado a realizar la prestación, excluya o limite igualmente la responsabilidad». El Tribunal Supremo declara ineficaz esta cláusula, basándose en la propia historia legislativa del párrafo 651 h), de la cual cabe colegir que no es finalidad de este precepto excluir en su caso la responsabilidad, porque, como se indica, no debe confundirse la exigencia de determinados presupuestos o límites para exigir la responsabilidad, en cuanto que exista una norma que establezca tales presupuestos o límites, con la renuncia a cualquier indemnización. La normativa, en todo caso, puede atenuar la responsabilidad, como parece ser que también fue la finalidad del entonces artículo 19, apartado 2, del Proyecto de Ley para la regulación del contrato de viaje, que por norma general es un contrato de adhesión. De acuerdo con esta interpretación está claro que aquella cláusula si no contradice, sí rebasa el párrafo 651 h), apartado 2.

Una vez llegado a esta conclusión, puede afirmarse, como efectivamente se afirmó, que esta cláusula es desproporcionada, perjudicial y lesiva para el viajero y, desde luego, contraria a la buena fe, con

el consiguiente resultado de que se accedió a la petición de la asociación de consumidores accionante de que no se aplicara en el futuro más esta cláusula de acuerdo con el artículo 13 de la tan citada Ley AGBG. Esta valoración necesariamente se tiene que hacer conforme al artículo 9 AGBG, al no darse tampoco los presupuestos para la aplicación del artículo 11, número 7. De acuerdo con el tenor literal de la cláusula, la exclusión de la responsabilidad perjudica enormemente al consumidor y contradice lo dispuesto en el parágrafo 651 h) BGB. En nuestro ámbito, de acuerdo con el artículo 10, apartado c), número 6, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, son nulas las limitaciones, pero sólo las absolutas, de la responsabilidad. Pero cuando se limita la responsabilidad, sin excluirla, habrá que estar a la cláusula concreta, cuya interpretación se debe hacer en el sentido de que esta cláusula esté en armonía con el principio de la buena fe.

Sentencia de 25 de marzo de 1982 (cláusula que excluye la posibilidad de oponer excepciones derivadas del contrato coligado)

Bastante particular es el supuesto estudiado en la sentencia de 25 de marzo de 1982. El demandado había celebrado el 5 de octubre de 1981 con una empresa un contrato de compraventa de una maquinaria destinada a la venta en público de sellos para coleccionistas. Ese mismo día, el comprador suscribió un contrato de préstamo con un banco, el cual había intervenido en otras operaciones financieras anteriores a favor de aquella empresa. En el contrato de préstamo existe la siguiente cláusula: «Aun cuando no reciba la mercancía o ésta sea defectuosa, o se impugne el contrato de compraventa, el comprador (prestatario) tiene, no obstante, la obligación de devolver íntegramente el préstamo.» Pagados sólo los primeros plazos del préstamo, la entidad prestamista, después de varios requerimientos, reclamó la cantidad restante, a lo que se opuso el comprador-prestatario, alegando en contra la excepción de no entrega de la maquinaria. La postura del Tribunal Supremo no podía ser otra: la admisión o no de esta cláusula depende en primer lugar del nexo entre ambos contratos. En el caso de no existir una unidad jurídico-económica, podrá discutirse el carácter perjudicial de esta cláusula. El Tribunal de Casación no dudó en defender el carácter unitario de los contratos de compraventa y de préstamo, tanto por razones objetivas como subjetivas. Queda ya abierto el camino para analizar si esta cláusula se deriva del artículo 9 AGBG. La no posibilidad de oponer excepciones que pudieran surgir del contrato de compraventa, pone al comprador en una situación de indefensión, con el consiguiente perjuicio para él. Y existe perjuicio cuando la cláusula no es compatible con el principio inspirador de la regulación legal, de la cual se aparta, o limita

de tal forma los derechos y deberes derivados de la naturaleza del contrato que se pone en peligro la consecución de la finalidad (ap. 2, núms. 1 y 2 del art. 9 AGB). Admitido el carácter unitario de los dos contratos, corresponde al comprador, conforme a la buena fe, el derecho de oponerse a la devolución del préstamo si resulta evidente la imposibilidad de la entrega de la mercancía por encontrarse la empresa vendedora en quiebra. Ante tal situación hizo bien el Tribunal Supremo declarando ineficaz esta cláusula.

CLAUSULAS MODIFICATIVAS

Entre las cláusulas modificativas, cuya validez ha sido cuestionada por el Tribunal Supremo al amparo del artículo 9 AGBG, nos podemos referir, en primer lugar, a las cláusulas que recortan los plazos legales de prescripción, las cuales están admitidas por el Código civil alemán, al permitir el acortamiento del plazo de prescripción, sea de garantía, sea de responsabilidad, por cualquier negocio jurídico. Dos sentencias se ocupan directamente de cláusulas que reducen el plazo de prescripción formando parte de contratos de los llamados de adhesión.

Sentencia de 8 de marzo de 1984 (cláusula de reducción del plazo de prescripción)

Se había estipulado un plazo de garantía de dos años para subsanar, en su caso, los vicios que pudieran aparecer una vez entregada la obra de un depósito. La fijación de este plazo supone una clara reducción del plazo legal que, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 638 BGB, es de cinco años, cuya computación empieza a correr con la admisión de la obra. En contra de los pareceres de las dos instancias judiciales inferiores, el Tribunal Supremo admitió la tesis de la parte recurrente, cuya demanda fracasó al estimarse la alegación de los demandados de que había prescrito el plazo. Para el más Alto Tribunal, esta cláusula de acortamiento del plazo de prescripción no es conforme a la buena fe, siendo claramente perjudicial para el comitente de la obra y, por tanto, no «resiste el control del artículo 9, al que está sometida toda cláusula calificada como condición general cuando se dan los presupuestos establecidos en el artículo 1 AGBG. Tratándose de un plazo de reducción de garantía, la norma más directamente aplicable es el artículo 11, número 10, f), que excluye cualquier valoración judicial cuando la cláusula tiene por objeto acortar el plazo de garantía. Pero en el presente caso, la parte adherente tiene la condición de comerciante, frente al cual, en virtud de lo dispuesto en el artículo 24.1.º AGBG, no se le puede aplicar los artícu-

los 2, 10, 11 y 12 de esta ley, lo que no es óbice para interpretar la cláusula conforme al artículo 9 en la medida que ésta pueda considerarse ineficaz según los artículos 10 y 11. Partiendo de que los plazos de garantía no son excesivamente largos, el Tribunal Supremo tiene dos argumentos poderosos en que apoyarse para considerar ineficaz la referida cláusula: a) es una cláusula perjudicial para el comitente y contraria a la buena fe, y b) y aunque la ley, de cara a la protección, distingue entre el consumidor y el comerciante, no por ello queda éste desprotegido cuando la cláusula atenta contra la buena fe. Aunque la ley no lo diga, probablemente ha pensado más en el pequeño comerciante, el cual está tan desprotegido como el mismo consumidor cuando se somete a un contrato de adhesión. Con ello, la ley alemana tiene un mayor ámbito de aplicación, completando el marco de actuaciones de defensa de aquellas situaciones jurídicas en las que una parte tiene que aceptar los dictados del fabricante, del gran empresario, de un *holding*... Nuestra ley, por el contrario, no llega a proteger a estos comerciantes cuando sean partes de un contrato de adhesión, como parece deducirse del artículo 1, número 3, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Sentencia de 19 de mayo de 1988 (cláusula de reducción del plazo de prescripción)

La reducción del plazo, en este caso, de prescripción, puede romper el equilibrio entre las prestaciones. Ya se ha dicho que la reducción de un plazo legal no es por sí sola nula, a tenor del párrafo 225 frase segunda del BGB. A falta de una prohibición expresa en la Ley AGBG, una cláusula de reducción de la prescripción puede estar sujeta al control del artículo 9 cuando está inserta en un contrato preformulado o de adhesión. En esta sentencia se discute la validez de una cláusula de reducción del plazo de prescripción a tres meses, que forma parte de un contrato de transporte, quedando reducido a este plazo cualquier acción que pudiera plantearse contra la empresa transportadora, cuando el plazo legal es de dos años, según el párrafo 196, apartado 1.º, número 3, del BGB. A primera vista, parece que esta reducción es excesivamente desproporcionada. Pero también recuerda esta instancia judicial que existen disposiciones legales que han reducido considerablemente este plazo, como en el ámbito del transporte internacional por carretera (art. 32, ap. 1, frase 1.ª, CMR) o ferrocarril (arts. 94, ap. 1, EVO y 58 ER/CIM). Incluso se admiten plazos más reducidos de ocho y seis meses (arts. 64 ADSP y 26 AGNB). Pero reducir la prescripción a un plazo de tres meses no sólo va en contra de la buena fe, sino que, además, rompe el equilibrio que debe existir entre la prestación y la contraprestación. Argumenta el Tribunal Supremo que este plazo no es suficiente para

que la empresa transportadora pueda reclamar real y jurídicamente sus derechos, al ser tan reducido, como, por ejemplo, cuando se quiere reclamar pagos posteriores. Una última reflexión: la declaración por ley de la ineficacia de una cláusula de reducción del plazo de garantía tiene su razón de ser, por cuanto que dificulta la defensa de reclamaciones posteriores, pero por ser previa a la prescripción de acciones, la reducción del plazo sí puede ser eficaz en la medida que no sea desproporcionada.

Sentencia de 25 de mayo de 1985 (cláusula de incremento de precio)

«Atentan a la buena fe aquellas cláusulas de incremento de precio por servicios... que no correspondan a prestaciones adicionales, susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y expresados con la debida claridad y separación» [art. 10.1.º c) 5.º de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios]. No existe una formulación tan expresa en la Ley AGBG, en la que sólo se prevé la sanción de cláusulas de aumento de los precios en plazos breves, pero para determinados supuestos (art. 11, núm. 1). Las partes celebraron un contrato para la construcción de un chalet, señalando un precio fijo para fecha determinada. Se inserta también una cláusula por la que se autorizaba al contratista, una vez pasado el plazo, a subir el precio sobre el porcentaje que la empresa constructora fijaba para este u otro tipo de chalet. Se debe saber, para una correcta interpretación de la cláusula, que finalmente se atrasaron las obras por la compra de un terreno distinto para construir un chalet de dimensiones más grandes, acordándose por ello un precio nuevo el día 1 de marzo de 1981. Se autorizó la obra el 18 del mismo mes y las obras comenzaron el 30 de marzo de aquel año. El 23 de julio de 1982 los demandados recibieron las obras. Inmediatamente después el constructor con base en aquella cláusula exigió la correspondiente subida.

Ciertamente, la modificación unilateral del precio en las condiciones generales del contrato no es una cláusula generalmente ineficaz, como puede deducirse además del artículo 11.1.º, ya que, como dice el Tribunal Supremo, depende de la propia situación de intereses creada alrededor del contrato de adhesión. Cuando se trata de una obra nueva, existe un interés muy acentuado por parte del comitente de obligar al contratista a respetar el precio señalado. Con frecuencia, toda la financiación está en función de un precio fijo previamente señalado y supone por norma general el límite de la capacidad económica del comitente. Por ello, las nuevas listas de precio no pueden basarse en reclamaciones abusivas o arbitrarias. Tampoco se puede ignorar que, tal como está redactada la cláusula, no se puede determinar el verdadero alcance de la posible subida del precio; incluso esta cláusula

la posibilita a la entidad constructora a obtener un mayor margen de ganancias cuando aporta la nueva lista de precios. Esta situación, en la que la balanza de intereses se inclina excesivamente a favor del predisponente-constructor, debería haber sido compensada con una cláusula de desistimiento a favor del comitente, porque la resolución contractual conforme al parágrafo 649 del BGB lleva consigo considerables perjuicios económicos para éste. Roto el equilibrio de intereses, la cláusula debe ser declarada ineficaz cuando perjudica desproporcionadamente al destinatario final, en este caso al adherente.

OTRAS CLAUSULAS

Sentencia de 23 de marzo de 1988 (prestaciones limitadas en tarjetas de garantía)

Las tarjetas de garantía, de vital importancia para cualquier consumidor, ofrecen la particularidad de ser meras ofertas dirigidas al destinatario final. Una vez emitida esta oferta por parte del fabricante y comprado el producto, que es garantizado mediante esta tarjeta, nace entre aquél y éste una relación jurídica directa, aun cuando la operación se haya realizado a través de un tercero, el llamado vendedor. En virtud de esta relación jurídica, el consumidor puede interponer acciones directamente contra el productor, sin tener que dirigirse contra el vendedor. Esta reciente sentencia se ocupa extensamente del significado jurídico de las tarjetas de garantía y más concretamente de una serie de cláusulas, cuya omisión para el futuro es solicitada por una asociación de consumidores.

En concreto, se fijó un plazo de seis meses de garantía a contar desde la conclusión de la venta en un establecimiento especializado; y en caso de haberse servido el vendedor de los instrumentos musicales para su exposición, el plazo empieza a correr desde el momento de la exposición. Además, durante el plazo de garantía, cuando se prueba que existen defectos de fabricación o de materiales, se restituyen gratuitamente o se mejoran aquellas piezas defectuosas por el productor, pero por medio del vendedor. Se añadió que la prestación de garantía no supone interrupción del plazo de garantía y tampoco nace un nuevo plazo con la entrega de las piezas sustituidas o mejoradas [cláusulas a), b) y c)]. Quedan también excluidas otras reclamaciones, especialmente aquellas que se fundamentan en la disminución o alteración del producto, así como la indemnización por daños y perjuicios y cualquier reclamación por un defecto posterior [cláusula d)]. En la tarjeta de garantía también se dice que los costes que pudieran derivarse de la misma prestación de servicio se regularán entre el vendedor y el comprador [cláusula e)]

Por parte del Tribunal de Apelación, las cláusulas a) y c) son

contrarias a la letra f) del número 10 del artículo 11. Las cláusulas b) y d) infringen la letra b), número 10, del mismo artículo. Y la cláusula e) no es acorde con lo establecido en la letra c), número 10, del artículo 11. No es ésta, sin embargo, la postura del Tribunal Supremo, por considerar que para la aplicación del artículo 11, número 10, debe tratarse de un contrato de prestación en el sentido que señala este precepto. Para el Tribunal Supremo es muy dudoso que una oferta de garantía participe de las características de contratos que tengan por objeto suministro de cosas de nueva producción y de prestaciones. Al menos esto se desprende de la trayectoria legislativa del número 10 del artículo 11, pensada para los contratos de venta, arrendamiento de obra y suministro. En opinión de esta instancia judicial, la ineficacia de estas cláusulas hay que buscarla en el apartado 1.º del artículo 9 AGBG. Y ello por una razón fundamental: estas cláusulas pueden dar la impresión de que las garantías que tiene el comprador contra el vendedor son limitadas, al estar fijadas por el fabricante. Hay además una falta de transparencia, pues al no estar regulada con claridad la posición jurídica del fabricante, facilita a éste a oponerse a las prestaciones del consumidor. Aunque también es cierto que no tiene por qué establecerse diferencia alguna entre la posibilidad que tiene el consumidor de dirigirse contra el vendedor o contra el fabricante, porque aquél, en virtud de la tarjeta de garantía, es el titular de derechos concernientes al mismo producto y, por tanto, los puede ejercitar frente al fabricante y no sólo frente al vendedor.

En realidad, la ineficacia se deriva de que estas cláusulas son contrarias a la buena fe por perjudicar desproporcionadamente al destinatario final.

En esta sentencia se aprecia una cierta ambigüedad, porque dada la variedad de cláusulas de la tarjeta de garantía, no resulta muy satisfactorio el pronunciamiento de que con ellas la posición jurídica del fabricante queda desdibujada. Aunque ello sea cierto, podría haberse precisado el alcance de cada una de las cláusulas y su relación con la buena fe contractual y no afirmar sólo que éstas limitan el ejercicio de los derechos del usuario o destinatario final, al no quedar claro cuál es la posición jurídica del fabricante.

Sentencia de 8 de marzo de 1984 (cláusula de fijación de plazo)

La Ley AGBG sólo fija un plazo determinado para aquellos contratos que contengan relaciones duraderas, como el suministro periódico de mercancías de ejecución periódica de prestaciones o de obra (art. 11, núm. 12). Por tanto, fuera de estos contratos, sólo cuando el plazo es perjudicial para la contraparte cabe solicitar la declaración

de ineficacia o que se omita en el futuro. Como cláusula general está sometida al control del artículo 9.

El tema litigioso tiene su origen en un contrato de servicio. En concreto, se trataba de un contrato de enseñanza directa, cuya duración era de un año escolar.

Una cláusula puede ser ineficaz en la medida en que el predisponente trate de imponer sus intereses, perjudicando a la otra parte, sin tener en cuenta los suyos. Puede servir de indicio que una cláusula no es compatible con el principio inspirador de la regulación legal, cuando aquélla no expresa un mandato general de equidad («allgemeines Gerechtigkeitsgebot»).

Tiene en cuenta el Tribunal Supremo la situación de intereses a que da lugar este tipo de contrato. De una parte, el período de un año está orientado en propio interés del alumno para que pueda alcanzar su objetivo. De otra, una academia de idiomas, por razones económicas y organizativas, necesita de una vinculación prolongada. Distinto es cuando se trata de la enseñanza a distancia o de la formación profesional, las cuales están reguladas además por legislaciones especiales que, en interés del alumnado —cuya situación varía con la del que recibe una enseñanza directa— prevén un período de prueba y la posibilidad de desistir del contrato.

Sorprende la última afirmación del Tribunal Supremo cuando señala que no es misión del artículo 9 AGBG proteger a personas con capacidad de obrar de las consecuencias gravosas que se pueden derivar de la suscripción precipitada y no suficientemente pensada de contratos, aunque éstos sean de adhesión. Y decimos que nos sorprende esta afirmación, porque precisamente en un marco de relaciones contractuales en el que la voluntad es impuesta, poco puede decidir el consumidor, cuya voluntad queda reducida a aceptar o rechazar el contrato preformulado y serán razones extrajurídicas las que impulsen a tomar una u otra decisión, condicionada, en última instancia, por las propias estructuras económicas de la sociedad.

Sentencia de 30 de octubre de 1985 (cláusula de cumplimiento inmediato de los restantes pagos aplazados, en caso de impago de uno de ellos)

Ya en otras sentencias se ha mantenido que cláusulas que tienen por finalidad satisfacer exclusivamente el interés del predisponente, perjudicando al mismo tiempo a la parte más débil, tienen que ser forzosamente ineficaces, porque no sólo rompen el equilibrio entre las prestaciones, que también debe existir en este tipo de contratos, sino que atentan al principio de la buena fe, el cual sigue siendo una de las piedras angulares del sistema contractual.

La cláusula de cumplimiento inmediato del resto de la deuda en

caso de impago de algunas de las cantidades aplazadas, aun cuando es ajeno al deudor (en el caso litigioso no fueron pagadas algunas letras), debe considerarse ineficaz al ser contraria al artículo 9 AGBG, tanto en el ámbito comercial como fuera de él.

Sentencia de 24 de junio de 1987 (cláusula de agravación de la carga probatoria)

La cláusula de inversión de la carga de la prueba supone que expresamente se imponga a una parte la carga probatoria de hechos, que en defecto de pacto, debería probar la otra parte contractual. Cuando es en el ámbito de las condiciones generales, es el predisponente quien normalmente se beneficia de esta cláusula, con perjuicio de la parte más débil. Por ello, tanto la Ley AGBG como la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios sancionan este tipo de cláusulas.

También se fijan cláusulas que dificultan o que agravan la carga probatoria, cuya ineficacia cabe solicitar entre los tribunales cuando atentan a la buena fe. Este es el caso contemplado en la sentencia de 24 de junio de 1987. Se estableció en un contrato preformulado que la empresa expedidora transportista respondería exclusivamente a lo largo de un trayecto determinado. Al no ser un supuesto propiamente de inversión de la carga probatoria, sino que agrava la prueba del adherente, no es de aplicación el artículo 11, número 15, que prohíbe la inversión de la carga probatoria, además, porque está inserta la cláusula en un contrato mercantil. Para el Tribunal Supremo es evidente que esta cláusula es perjudicial para la empresa que encargó el transporte de determinada mercancía, especialmente cuando el trayecto es largo, por distintos países y a través de diversos medios de transporte, ya que es a ella a la que corresponde probar el lugar exacto en el que se ha producido el daño en caso de una reclamación o reparación.

Es doctrina jurisprudencial constante que en el marco de las condiciones generales del contrato no se puede imponer al mandante («Auftraggeber») la carga de probar las circunstancias que se circunscriben al ámbito de la responsabilidad de quien transporta la mercancía. Cuando la empresa mandante tiene que probar el lugar del evento «dañoso», en caso de que el transportista sólo tenga que responder a lo largo de un trayecto determinado, puede causar a aquella parte una indefensión jurídica, lo que estaría en contra de la buena fe. Por ello, se declara ineficaz esta cláusula, aun cuando los artículos 51, letra a), y 52, letra b), de la Ley de «Allgemeinen Spediteurbedingungen», contemplan la inversión de la carga probatoria.

Sentencia de 27 de febrero de 1980 (cláusula de resolución del contrato en caso de que el comprador disponga a favor de terceros de la finca adquirida)

No ofrece tanto interés la cláusula en sí, sino los dos interrogantes que se formulan en esta sentencia: 1.^a) ¿En qué medida los Registradores de la Propiedad tienen el deber de controlar las condiciones generales del contrato, cuando éste sirve de título para la inscripción de un derecho real? 2.^a) ¿Hasta qué punto cabe declarar ineficaz una cláusula con base al artículo 9, cuando esta cláusula infringe una norma prohibitiva?

La cláusula en cuestión, cuyo contenido abreviamos, establece la posibilidad de resolución de un contrato de compraventa por parte del vendedor y acreedor hipotecario, cuando el comprador transmita la finca a un tercero o se divida o se agregue a favor de distintos propietarios o cuando constituya o se modifique un derecho de propiedad esencial (propiedad horizontal, propiedad en parte o multipropiedad) o un derecho de habitación o de usufructo, o se establezca una limitación en cuanto a la facultad de disponer. El Registrador de la Propiedad (en Alemania, sus funciones las realiza el «Rechtspfleger») se negó a la inscripción por entender que el contenido de aquella cláusula atenta al apartado 2, número 1, del artículo 9 AGBG, criterio también defendido por el Tribunal Superior de Justicia de Celle.

El Tribunal Supremo declina hacer una reflexión sobre el primer interrogante, aunque indica que es discutible hasta dónde llega la función del Registrador de la Propiedad en el control de las condiciones generales del contrato. Interrogante que podemos trasladar a nuestro Derecho, por cuanto que la función del Registrador, consistente en calificar un título, excluye, en principio, cualquier control sobre la ineficacia de las condiciones generales.

Tanto o más interés ofrece la aplicación de una ley en defensa de los consumidores, cuando en el ordenamiento jurídico existe una norma imperativa o prohibitiva, como en el presente caso, en que el pacto de no enajenar o no gravar posteriormente una finca es nulo (par. 1.136 BGB). Sobre esta cuestión tan llamativa, el Tribunal Supremo sólo dice lacónicamente que «siendo aquel precepto una norma prohibitiva y el artículo 9, apartado 2, número 1, prevé la ineficacia de las cláusulas que se apartan de normas dispositivas, la cláusula resolutoria, en todo caso, puede ser ineficaz conforme al parágrafo 1.136, para lo cual es necesario una interpretación legal, porque es discutible que esta cláusula encaje en esta norma prohibitiva, al no responder expresamente al supuesto ahí contemplado». De afirmarse la aplicación de la norma, con base en el artículo 134 BGB, sería nula la referida cláusula, sin que tenga relevancia el artículo 9 AGBG, razonando el Tribunal Supremo que «diese Vorschrift begnügt sich nämlich nicht mit dem Abweichen von Grundgedanken einer gesetzli-

chen Regelung, sondern verlangt zunächst einmal eine Abweichung von dem Gesetz selbst entsprechend den Grundsatz, dass nur die Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Inhaltskontrolle unterliegen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden». Nosotros podemos formular la misma pregunta: ¿En qué medida se tiene que acudir a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuando una norma imperativa o prohibitiva sirve por sí sola para declarar nula una cláusula que contraviene el ordenamiento jurídico?

CLAUSULAS BANCARIAS

Sentencia de 18 de diciembre de 1986 (reconocimientos abstractos de deuda preformulados)

De acuerdo con una interpretación literal del artículo 11, número 15, AGBG, el reconocimiento abstracto de deuda preformulado para una pluralidad de contratos debe declararse ineficaz, porque supone invertir la carga de la prueba. Sin embargo, no es éste el criterio de algunos tribunales, argumentando que la Ley AGBG no debe obstaculizar el tráfico jurídico, cuando otras leyes conceden a los particulares instituciones perfectamente reguladas por la ley. La sentencia del Tribunal Supremo añade, además, un criterio de orden público económico: la prohibición de reconocimientos abstractos pertenecientes a la esfera de la Ley AGBG, significaría la exclusión de la transmisión fiduciaria de seguridad, lo que, a su vez, afectaría negativamente a la política de concesión de créditos de los Bancos y Cajas de Ahorro. Pero también hay que reconocer que la admisión del reconocimiento abstracto podría entonces facilitar el fraude de ley expresamente sancionado en el artículo 7 y podría, en el futuro, vaciar de contenido la prohibición establecida en el artículo 11, número 15.

Sentencia de 5 de mayo de 1986 (cláusula facultativa)

La cláusula por la que se faculta al Banco para abonar la cantidad girada indistintamente en cualquiera de las cuentas del beneficiario de un giro, incluso cuando se indica expresamente la cuenta del beneficiario, debe considerarse nula por los perjuicios que se pueden causar a quien gira una cantidad de dinero. Los Bancos deben actuar dentro de los límites del giro, precisamente porque desconocen cuáles son las relaciones jurídicas entre quienes giran el dinero y sus beneficiarios (supongamos que se opta por esta fórmula para pagar una

deuda). El abono en cuenta distinta de la indicada, significaría que no se ha extinguido aún la obligación, con el consiguiente perjuicio para aquél.

Sentencia de 19 de septiembre de 1985 (cláusula para dar a conocer datos de los deudores del Banco a entidades protectoras de los acreedores)

Esta sentencia, de gran trascendencia, cuestiona la validez de una cláusula que posibilita al Banco a dar a conocer datos de sus prestatarios o tomadores de crédito y de sus codeudores, en concreto de la suscripción del crédito (cantidad concedida, el plazo del crédito, los plazos de devolución), y cómo se desarrolla la acumulación de este crédito, a entidades protectoras de los acreedores. El tema central gira evidentemente sobre el secreto bancario en el marco de la Ley Federal Protectora de Datos (Bundesdatenschutzgesetz) y su correlación con la Ley AGBG. Dada la complejidad del tema, no hay ya espacio material para desarrollar mínimamente este punto. Sólo señalar que al amparo del artículo 9 esta cláusula fue declarada ineficaz.

Sentencia de 6 de marzo de 1986 (cláusula de modificación unilateral del tipo de interés)

Razones económicas constituyen el argumento central para estimar como ajustada a la Ley AGBG esta cláusula, ya que las instituciones crediticias difícilmente pueden prever de antemano las constantes subidas y bajadas a las que está sometido el mercado monetario. Además, con el control que ejerce el Banco Federal alemán sobre la fijación del tipo de interés, existe una garantía para el cliente bancario, pudiendo éste beneficiarse a su vez de la bajada del tipo de interés.

Desarrollos recientes y tendencias del Derecho civil para el siglo XXI en Puerto Rico (*)

Por PEDRO F. SILVA-RUIZ

Doctor en Derecho, Universidad de Madrid.
Catedrático de Derecho, Universidad de Puerto Rico

INTRODUCCION

Este trabajo se divide en cuatro partes.

En la primera de ellas nos referiremos brevemente al Derecho puertorriqueño, en general, y, en particular, al Derecho privado, el Derecho civil, particularmente el cristalizado en el Código civil.

La segunda parte señala alguno de los desarrollos —doctrinales, legislativos y jurisprudenciales— más recientes en el ordenamiento jurídico de Puerto Rico.

En la tercera parte elaboramos un particular tema de derecho de familia (1). La cuarta parte son las conclusiones.

PRIMERA PARTE

El Derecho de Puerto Rico puede ser descrito como uno «híbrido» o «mixto» (2), con el propósito de señalar la convivencia o el entrecruzamiento de significativas características de los ordenamientos

(*) Ponencia leída en la *Primera Semana Internacional de Derecho civil*, actividad celebrada en Ciudad de México, D. F., en marzo de 1989, organizada y auspiciada por el Colegio de Profesores de Derecho civil, A. C., de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), revisada para su publicación por el autor, que quiere dejar constancia de su agradecimiento a los profesores mexicanos por sus observaciones y generosas atenciones.

(1) La ponencia original también comprendía el examen de un tema de Derecho contractual, que en esta revisión ha sido omitido, con el propósito de ampliarlo y publicarlo oportunamente.

(2) T. B. SMITH, *The Preservation of the Civilian Tradition in Mixed Jurisdiction*, vol. XXXV, «Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico», p. 263, *et. seq.* (1966). A la p. 265, el autor define una jurisdicción mixta como aquella donde un

legales propios de las familias jurídicas romano-germánica (Derecho civil) y anglo-americana (*Common Law*).

Hasta 1898, en ocasión del cambio de soberanía española a norteamericana, el Derecho de Puerto Rico era preponderantemente el de España. Hacia fines del siglo pasado se encontraban vigentes en Puerto Rico el Código civil español de 1888; el Código de Comercio de 1885; el Código Penal de 1870, que había sido revisado en 1876; la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, según enmendada; la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872; la Ley Hipotecaria de 1869; la Ley de Propiedad Intelectual, y otras muchas más.

Antes de 1905 se habían sustituido, por otros de factura y estilo norteamericano, los siguientes Códigos: 1) Penal, el español por el de Montana, copiado a su vez del de California; 2) el de Enjuiciamiento Criminal español por el de California; 3) el de Enjuiciamiento Civil español por el de Idaho, y, además, 4) se adoptó el Código Político de California (3).

Quedaron en vigor: 1) el Código civil español, revisado en 1902, intercalándose, desatinadamente, artículos del de Louisiana y otros lugares y modificándose algunas instituciones; 2) el Código de Comercio, y 3) la Ley Hipotecaria, hoy día reformada por la Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad, Ley número 198 del 8 de agosto de 1979, según enmendada.

No sólo se sustituyeron o modificaron los textos legislativos, sino que el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha sido «agencia de transculturación» de nuestro Derecho, no dejando pasar oportunidad para «restarle prestigio y pertinencia al Derecho civil» (4). Así, «se convirtió, por ejemplo, el derecho de daños, parte crítica del Código civil, en un Derecho angloamericano en su sustancia y español —a veces casi español, tan sólo— en la forma. Se importaron doctrinas del Derecho angloamericano... sin base jurídica alguna para hacerlo...» (5).

En 1979, el propio Tribunal Supremo de Puerto Rico, aludiendo al derecho de daños, sentenció en *Valle v. American International*

ordenamiento jurídico de Derecho civil ha estado bajo la fuerte influencia del Derecho común anglo-americano y, en consecuencia, su derecho ha sido influido/sustituido («overlaid») por este último.

CASTÁN TOBEÑAS dice que el Derecho de Puerto Rico es uno influido por el *Common Law*. Así, según esta docta opinión, el Derecho puertorriqueño es un «sistema de filiación ibérica» (diferente del español, portugués e iberoamericanos) y «de tipo latino» (distinto los «sistemas de filiación ibérica» del sistema francés e italiano) de «filiación románico-cristiana» (distinto a los de «tipo germánico» como lo son el austriaco, alemán y suizo) y perteneciente a «la cultura occidental». *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, Reus, Madrid, 1957, 2.^a ed., p. 18.

(3) MANUEL RODRÍGUEZ RAMOS, *Breve historia de los Códigos puertorriqueños*, 19 «Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico», 233-272 (1950), particularmente la p. 254. Además, LUIS MUÑOZ MORALES, *El Código civil de Puerto Rico. Breve reseña histórica*, 1 «Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico», 75-100 (1932).

(4) JOSÉ TRÍAS MONGE, *La crisis del Derecho en Puerto Rico*, 49 «Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico», pp. 8 y 9 (1980).

(5) *Ibid.*, p. 11.

Insurance Co. (6), que «se revocan en consecuencia los casos citados en todo lo que entrañe la utilización de preceptos del Derecho común para resolver problemas de Derecho civil. En los casos apropiados será lícito el empleo del Derecho común en sus múltiples y ricas versiones —la angloamericana, la original británica, la anglocanadiense y otras— a modo de Derecho comparado, así como el uso de ejemplos de otros sistemas jurídicos» (7).

Es de rigor advertir que al jurista puertorriqueño le es indispensable conocer, en toda su amplitud, la técnica de los casos judiciales, pues la doctrina del precedente y del *stare decisis* rigen plenamente, y se aplican cotidianamente, en nuestro país (8). Para 1921, un eminente jurista norteamericano, Roscoe Pound, podía ya escribir: «Muchos síntomas permiten creer que, en Filipinas y Puerto Rico, la aplicación de un Código romano con el método del *Common Law* dará lugar a un sistema angloamericano en lo sustancial, aunque sea hispanoamericano por sus palabras» (9). Pero no ha resultado así del todo. Manifestaciones judiciales como la del caso **Valle** y el redoblado esfuerzo de la doctrina han ayudado a preservar la rica herencia civilista. Pero queda aún mucha tarea por realizar: depurar aún más nuestro Derecho autóctono, incorporándole aquellas doctrinas útiles de otras familias y sistemas jurídicos, a la vez que se revisan las figuras e instituciones jurídicas para atemperarlas a la realidad socio-económica de hoy día y futuras previsibles.

SEGUNDA PARTE

El proceso de revisión legislativa conlleva la autocrítica de lo alcanzado por determinado ordenamiento jurídico y la investigación,

(6) 108 DPR 692 (1979).

(7) *Ibid.*, pp. 696-697. La responsabilidad extracontractual, en Puerto Rico, se funda en el sistema subjetivo o de la culpa. Aunque no es el tema de este ensayo, meramente señalo que, en una revisión del Código civil convendría examinar la sabiduría o no de la adopción, como norma general o especial para determinados casos, de la responsabilidad objetiva. Podría ser fructífero estudiar la posibilidad de distinguir entre la responsabilidad subjetiva, la responsabilidad por riesgo como complemento, y, distinta, la responsabilidad objetiva. Véase, FERNANDO VIDAL RAMÍREZ, *La responsabilidad extracontractual: el sistema adoptado por el Código civil de 1984* (del Perú), en la «Revista Judicial», Corte Suprema de Justicia, San José de Costa Rica, año XII, núm. 4, septiembre, 1988, pp. 77-79, y autoridades allí citadas.

(8) Un solo caso resuelto por el Tribunal Supremo vincula, no sólo a las partes, sino también, prospectivamente, al mismo Tribunal —a menos que se revoque o distinga la situación— y demás tribunales en la decisión de futuros casos. Véase, MANUEL RODRÍGUEZ RAMOS, *Reexamen del precedente judicial en Puerto Rico*, 15 «Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico», 7-22 (1954), y, del mismo autor, *Los casos como uno de los instrumentos para la enseñanza del Derecho*, en «Casos y notas de derechos reales», Editorial Universidad de Puerto Rico, Río Piedras, PR, 1963, pp. 13-41.

(9) ROSCOE POUND, *El espíritu del «Common Law»*, José Puig Brutau traductor, Bosch, Barcelona, sin fecha, p. 18, según citado en el caso *Valle*, *supra*, a la p. 696.

por lo menos de Derecho comparado descriptivo, sino también analítico, del quehacer en otros sistemas legales para conocer experiencias y trazarse derroteros y metas. En el Derecho civil de Puerto Rico, durante los años más recientes, se ha realizado la siguiente actividad (10):

1. La proclamación, por la doctrina, de la posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad de Inmuebles, del contrato de arrendamiento financiero de inmuebles o *leasing* inmobiliario (11).

2. La advertencia y crítica, por la doctrina, a la posibilidad de desnaturalización, por vía jurisprudencial, de la cláusula penal, mediante la incorporación de la doctrina de los daños líquidos por incumplimiento contractual, del Derecho sajón, bajo el velo de la protección al consumidor. La cláusula penal, instituto reconocido por nuestro Código civil, es desconocida por el Derecho común anglo-norteamericano, que no es partidario de su naturaleza *in terrorem*. La doctrina ha sostenido que si lo que se persigue es proteger al consumidor, debe aprobarse legislación modificativa del régimen de la cláusula penal, en vez de desnaturalizarla, al interpretarla a la luz de la doctrina de los daños líquidos por incumplimiento del *Common Law* (12).

3. La conformidad, por la doctrina, con la jurisprudencia interpretativa que ha resuelto que en las fuentes del Derecho —artículo 7 del Código civil— la referencia a la «equidad» no significa «Equity» —del ordenamiento jurídico anglo-americano—, sino «criterio de justicia del caso concreto, de norma individualizada, estimada como justa para resolver o disciplinar un caso particular» (13).

4. La crítica, por la doctrina, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sostenido que la «causa» de los contratos es equivalente a la «consideration» anglo-norteamericana. Consecuencia de esta asimilación de conceptos, particularmente en la solución de casos

(10) Aquí tan sólo se recogen desarrollos legislativos, jurisprudenciales y de doctrina, acaecidos en los últimos años. Propuestas de enmienda a la legislación sobre el derecho de familia puertorriqueño, recogido en el Código civil o en legislación especial, las he publicado —y a ellas refiero al lector— en SILVA-RUIZ, *Perspectivas futuras en el desarrollo del derecho de familia en Puerto Rico*, 43 «Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico», 460-470 (1982).

(11) Véase PEDRO F. SILVA-RUIZ, *El «leasing» inmobiliario en Puerto Rico*, 46 «Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico», 41-49 (1986). También publicado por la *Revista Notarial* del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, separata del núm. 880, 11 pp.

(12) PEDRO F. SILVA-RUIZ, *La Cláusula Penal*, 54 «Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico», 89-112 (1985).

(13) PEDRO F. SILVA-RUIZ, *Notas para el estudio de la equidad en el Derecho puertorriqueño*, «Revista de Ciencias Sociales», Universidad de Valparaíso, Chile, núms. 18-19, 1981, pp. 145-153, y trabajos allí citados. Véase también del mismo autor, *El iusnaturalismo como fuente jurídica en el ordenamiento de Puerto Rico*, Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, UNAM, México, vol. VI, 1982, pp. 141-145, particularmente las pp. 144-145.

donde hay envuelto un contrato con causa de mera liberalidad, es que se han decidido erróneamente dichos litigios, cometiéndose injusticia a una de las partes litigantes. Jurisprudencia posterior a la crítica ha sido más cuidadosa y no ha entremezclado la «causa» y la «consideration», aunque algún caso, en los últimos años, utiliza el término «precio o consideración», que no es ni correcto ni fructífero (14).

5. La aprobación de la Ley Especial de Sustento de Menores, según enmendada (15).

Esta importante legislación establece una serie de procedimientos encaminados a que se cumpla, por los padres o las personas a quienes corresponda, con la obligación de proveer alimentos a (sus hijos) menores de edad. Así, entre otros, se establecieron: 1) un servicio de localización de personas, con el auxilio de las computadoras u ordenadores electrónicos y el número de seguro social, de toda persona que recibe un salario y que por ley su patrono ha de deducir y retener, al momento del pago, una cantidad de dinero para pago de contribuciones sobre ingreso y aportación al sistema de seguridad social; 2) un procedimiento judicial expedito, con la ayuda de oficiales examinadores que celebran vistas y preparan proyectos de resoluciones —sujetas a la aprobación de los jueces— imponiendo pensiones alimenticias y ordenando el cobro mediante embargo de bienes o salarios.

6. La aprobación de la Ley Notarial de 1987 (16). Si bien es cierto que el Derecho notarial no es Derecho civil —es rama que corresponde al Derecho público y su carácter es, más bien, adjetivo— está íntimamente ligado a éste. Esta legislación, conforme reza su Exposición de Motivos, «actualiza y esclarece un sinnúmero de aspectos de la práctica notarial, orientada a que el notario pueda desempeñar su profesión con probidad, con la competencia y destreza jurídica necesaria y con la diligencia, el cuidado y la observación del valor ético de la verdad, que imprime al contenido de los numerosos documentos que ante él se otorgan».

Esta ley fortalece al notariado de tipo latino, parte delpreciado patrimonio cultural jurídico, legado por España, que siempre ha existido en Puerto Rico. Por ello, nuestro notario es un profesional del Derecho que forma protocolo. No es un mero autenticador de firmas (17).

(14) Véase, PEDRO F. SILVA-RUIZ, *Casos para el estudio de la doctrina general del contrato*, Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 1987, las pp. 286-353 y, particularmente, las 378-381.

(15) Ley núm. 5 de 30 de diciembre de 1986, enmendada por la Ley núm. 16 de 24 de abril de 1987, 8 LPPRA 501 *et. seq.* (Supl.).

(16) Ley núm. 75 de 2 de julio de 1987.

(17) El autor de este escrito publicará este año (1989), pues ya está sometido a la Editorial de la Universidad de Puerto Rico, habiéndose aprobado y dispuesto su publicación el libro *Derecho Notarial. Casos y materiales*. Véase, además, su interven-

7. Continuando con la tarea de eliminar de la legislación escrita cualquier vestigio de discrimen por razón de sexo —contrario al mandato constitucional—, se modificó el Código civil:

a) y derogó el artículo 94 (18), que disponía la obligación a la mujer casada de usar el apellido de su marido, cuando a éste no se le imponía una obligación igual (19);

b) y enmendó el artículo 1.277 (20) con el propósito de eliminar el discrimen por razón de sexo, ya que era el cónyuge varón el que determinaba el régimen patrimonial o económico bajo el cual se registrará el matrimonio. Se estableció que si el matrimonio «se contrajere en país extranjero, habiendo nacido en Puerto Rico uno de los contratantes y el otro en el extranjero, y nada declarasen o estipulasen los contratantes relativamente a sus bienes, se entenderá que se casan bajo el régimen del país en el cual los contratantes establezcan su domicilio conyugal; tomando en cuenta otros factores que en justicia deban considerarse, tales como conflicto móvil o centro de intereses conyugales, todo sin perjuicio de lo establecido en este Código respecto a los bienes inmuebles» (21).

8. Siguiendo pronunciamientos judiciales, se enmienda el derecho probatorio con el propósito de autorizar a los tribunales de justicia a que en cualquiera acción en que la paternidad sea un hecho pertinente pueda, «a iniciativa propia, o a moción de parte oportunamente presentada, ordenar a la madre, hijo o hija y al presunto padre o alegado padre biológico a someterse a exámenes de sangre...» (22).

9. La Ley de Propiedad Intelectual española de 10 de enero de 1879 permaneció en vigor en Puerto Rico luego del cambio de soberanía española a norteamericana, al menos en cuanto no esté en conflicto con disposiciones de la legislación federal (de los Estados Unidos) aplicable (en Puerto Rico) (23). En el caso de *Pancorbo v. Wometco* (24), el Tribunal Supremo de Puerto Rico resolvió que el derecho moral estaba protegido por la Ley de 1879 y no resultaba

ción en unas jornadas notariales, en la *Memoria de la II Jornada Notarial del Norte, Centroamérica y el Caribe* (Puerto Rico, noviembre de 1985), Instituto de Derecho Notarial y Registral de Puerto Rico, Inc., San Juan, Puerto Rico, 1986, pp. 82-84.

(18) 31 LPRA 287.

(19) Ley núm. 93 del 9 de julio de 1985.

(20) 31 LPRA 3561.

(21) Artículo 1.277 del Código civil, 31 LPRA 3561, según enmendado por la Ley núm. 4 de 5 de marzo de 1987.

(22) Ley núm. 121 de 21 de julio de 1988, que adiciona dos nuevos apartados a la Regla 82 de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico de 1979, 32 LPRA, ap. IV, R. 82.

(23) 17 USC 101 *et. seq.* (1976), que es la «codificación» de legislación norteamericana donde se publica la (nueva) Ley sobre Propiedad Intelectual, vigente desde el 1 de enero de 1978.

(24) 115 DPR 495 (1984). El Derecho moral «representa el derecho de quien expone su personalidad en una creación intelectual a que no se atente contra esa obra que es extensión de su personalidad...», reza, en parte, la Exposición de Motivos de la Ley núm. 96 de 15 de julio de 1988.

incompatible con la legislación federal aplicable. En palabras del Tribunal: «...derecho moral... La doctrina es de estirpe civilista... El concepto de la propiedad intelectual comprende dos categorías de derechos: los de índole económica o patrimonial y los extrapatrimoniales, vinculados a la personalidad del autor. La doctrina del derecho moral atañe a estos últimos (cita a Castán Tobeñas). La legislación norteamericana se ha concentrado históricamente en la protección del aspecto económico de la propiedad intelectual. La nueva ley federal no altera básicamente este enfoque. Aunque a veces se ha argumentado que el Derecho norteamericano ha ido reconociendo a través de los años, con etiquetas, condiciones y propósitos distintos, elementos aislados de la doctrina civilista del derecho moral, ésta no se ha adoptado por la ley federal ni hay indicación alguna en el historial legislativo de la intención de prohibir su aceptación por los estados o su permanencia donde exista... No existe base en Derecho para sostener que la nueva legislación federal sobre el derecho de autor ha abolido la doctrina del derecho moral en Puerto Rico» (25).

En atención a esta decisión judicial, se enmendó el Libro II del Código civil de Puerto Rico para añadirle dos capítulos: uno relativo a la Propiedad Intelectual; el otro crea el Registro de la Propiedad Intelectual (26).

10. Otros dos ejemplos concluirán estas pinceladas de la actividad jurídica en el Derecho puertorriqueño, principalmente en el campo del Derecho privado, en los años más recientes:

a) Divorcio. Una decisión del Tribunal Supremo de Puerto Rico creó judicialmente la causal de «mutuo consentimiento» para disolver el vínculo matrimonial. Me refiero al caso de *Figuroa Ferrer v. Estado Libre Asociado de Puerto Rico (ELA)*, resuelto en el año 1978 (27).

(25) *Pancorbo...*, 115 DPR 495, 500-501 (1984).

(26) Ley núm. 96 del 15 de julio de 1988. Se codificarán en 31 LPRA 1396(a) *et. seq.*, que corresponde al Código civil de Puerto Rico.

(27) 107 DPR 250 (1978).

Al jurista de un ordenamiento civilista le podrá extrañar mi calificación de *creación judicial* de una causal para la disolución del matrimonio, pues entenderá que ello es tan sólo competencia del poder legislativo.

En el caso de *Figuroa Ferrer*, el Tribunal se ampara en la norma constitucional del derecho a la intimidad, que dice interpretar, y, además, indica expresamente que los tribunales pueden ser también agentes del cambio social. Ver 107 DPR 250, 258-263 y 278.

En 1987, uno de los Jueces Asociados de ese Tribunal, que no era parte del mismo en 1978, pues fue nombrado después, escribía en un voto particular que emitía entonces: «En la decisión *normativa* de Figuroa Ferrer... *autorizamos* el divorcio por consentimiento mutuo e impartimos una nueva dimensión al derecho a la intimidad ampliando la protección constitucional al núcleo familiar. Concluimos que las secciones 1 y 8 del artículo 8 del artículo II de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico no permiten limitar los fundamentos del divorcio a causales basadas en el concepto de culpa y que "el Estado está impedido... de obligar a dos seres humanos a permanecer atados cuando ambos reconocen que la convivencia entre ellos se le ha hecho imposible..." *Por la vía judicial se adoptó* como causal en los procedimientos

Varios Proyectos de Ley se han presentado, infructuosamente, ante la Asamblea Legislativa de Puerto Rico, con el propósito de enmendar el Código civil para adicionar la causal de «mutuo consentimiento» a las ya existentes para disolver el vínculo matrimonial, así como para establecer un procedimiento uniforme al respecto (pues cada juez utiliza su mejor criterio para resolver, en ausencia de un procedimiento establecido, ya que las normas procesales existentes no están pensadas para la situación).

Hoy día aún no se ha aprobado legislación de clase alguna que disponga de un procedimiento para tramitar la petición de divorcio por mutuo consentimiento (28).

b) La patria potestad (29) y custodia de hijos menores de edad postdivorcio de sus padres.

La radicación de la petición de divorcio por mutuo consentimiento requiere que las partes informen al tribunal, para su aprobación, el acuerdo: 1) para la disolución de la sociedad legal de bienes gananciales, y 2) los deberes, las obligaciones y los derechos relativos a la patria potestad y custodia, pensión alimenticia incluida, sobre los hijos menores de edad.

En este segundo aspecto lo que interesa es que padre y madre —ex cónyuges de aprobarse la petición de divorcio, declarándose roto y disuelto el vínculo matrimonial— se pongan de acuerdo sobre lo que corresponda a los hijos menores de edad.

En el caso de *Torres Ojeda y Chávez Sorge, Ex Parte* (30), sobre divorcio por mutuo consentimiento, un juez de instancia se negó a aprobar el acuerdo, propuesto por las partes, de que la patria potestad y custodia fuese compartida por los ex cónyuges, padre y madre, sobre una hija menor de edad.

de divorcio la mutua decisión de divorciarse por la ruptura irreparable de los nexos, de la convivencia matrimonial, siguiéndose una ruta ya trazada por otros países para reformar el derecho de familia... A partir de la decisión de *Figueroa Ferrer*, los casos de divorcio por mutuo consentimiento han registrado un ascenso vertiginoso. Las estadísticas recopiladas por la Oficina de Administración de los Tribunales revelan que el divorcio por consentimiento mutuo constituye la principal forma de obtener el divorcio en Puerto Rico...» (subrayado nuestro). *Torres Ojeda y Chávez Sorge, Ex Parte*, 87 JTS 19 (9 de marzo de 1987), del Voto Particular de uno de los jueces, a la p. 4781 de la JTS.

(28) La inacción legislativa ha hecho que la Conferencia Judicial del Tribunal Supremo prepare unas *Gúlas para Uniformar el Procedimiento de Divorcio por Consentimiento Mutuo* (informe de 55 páginas, mayo de 1988), que propone la adopción, por el Tribunal Supremo, de varias guías. Aun no se ha tomado acción sobre las propuestas.

Además, en una revisión del Código civil o, por lo menos, del Libro Primero (Familia), deberá decidirse oportunamente, si se va a continuar con el régimen mixto que permite el divorcio por causales culposas, así como por causales no culposas (separación por determinado tiempo, por ejemplo).

(29) Sobre una nueva concepción de esta institución, cuya denominación misma resulta inadecuada, PEDRO F. SILVA-RUIZ, *Las relaciones paterno-filiales*, 12, núm. 26 «Revista Cayey» (UPR-Cayey) 169-172 (1980).

(30) 87 JTS 19 (9 de marzo de 1987).

El Tribunal Supremo revocó al Tribunal de Instancia y accedió a aprobar el acuerdo que habían propuesto las partes, concediendo la patria potestad y custodia compartida a ambos padres, por entender que ello sería lo más beneficioso para la hija menor de edad.

Esa misma Superioridad significa que lo que ellos habían dicho en un caso previamente resuelto por ellos mismos —*Viera v. Morell*, 83 JTS 113, de 23 de diciembre de 1983— en cuanto a que la patria potestad postdivorcio debía adjudicarse a uno solo de los padres, en atención al texto de la ley (31), es *dictum*: aquellas manifestaciones innecesarias en las decisiones judiciales, que no vinculan o controlan al emitirse opiniones posteriores.

TERCERA PARTE

1. Reflexiones iniciales

En esta parte de mi contribución a esta actividad, estudiaré el fascinante tema, al cual le he venido prestando particular atención desde hace algunos años, de la (nueva) biogenética y sus efectos en el derecho de familia (32).

(31) Artículo 107 del Código civil, enmendado en 1976:

«En todos los casos de divorcio los hijos menores serán puestos bajo el cuidado y la patria potestad del cónyuge que el Tribunal, en el ejercicio de su sana discreción, considere que los mejores intereses y bienestar del menor quedarán mejor servidos, pero el otro cónyuge tendrá derecho a continuar las relaciones de familia con sus hijos, en la manera y extensión que acuerde el Tribunal al dictar sentencia de divorcio según los casos.» (Subrayado nuestro.)

Relacionado con la custodia de un menor de edad (persona que no haya cumplido los 18 años de edad), la «Ley de Protección a Menores», ley núm. 75 del 28 de mayo de 1980, 8 LPRA 401 (Supl.), permite privar a los padres de dicha custodia, con el propósito de brindar protección en situaciones inminentes de «daño físico», «daño mental o emocional» y «maltrato».

(32) Véase, PEDRO F. SILVA-RUIZ: 1) *Artificial Reproduction Techniques, Fertility Regulation: The Challenge of Contemporary Family Law*, en 34 «The American Journal of Comparative Law», 125-140 (Supl. 1986); 2) *La familia y los avances científicos: la inseminación artificial y la fecundación extrauterina*, 19 «Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico», 533-554 (mayo-agosto, 1985); 3) *El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler*, en el «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», Madrid, España, núm. 1.447, 25 de febrero de 1987, pp. 3-12; 4) *El derecho de familia y la inseminación artificial «in vivo» e «in vitro»*, «Revista de Derecho Privado», Madrid, abril de 1987, pp. 323-331, también publicado en 48 «Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico», 25-35 (1987); 5) *Panorámica general de la fecundación humana asistida (inseminación artificial, fertilización «in vitro» y maternidad sustituta, suplente o subrogada) en los Estados Unidos*, en «La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana (II Congreso Mundial Vasco)», Editorial Trivium, Madrid, España, abril de 1988, pp. 85-97; 6) *Baby M y el contrato de maternidad subrogada, sustituta o suplente*, en «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», Madrid, España, núm. 1.503, 15 de septiembre de 1988, pp. 3898-3901 (le sigue una traducción al español de la Opinión y Sentencia del Tribunal Supremo de Nueva Jersey, Estados Unidos, en el caso de *Baby M*).

La codificación es el paso o tránsito, no la meta o conclusión, del proceso legislativo que objetiva o cristaliza la conducta en una norma jurídica. La codificación es, antes que una meta inmóvil, «un proceso en marcha», como «algo que es y que existe dinámicamente, con dinamicidad interna, como condición de su propia estructura», ha escrito Hernández Gil (33). El derecho de familia no escapa a este proceso; por el contrario, lo ilustra. Hoy día, el derecho de familia, tanto el recogido en el Código civil como en legislación especial, es susceptible de modificaciones para incorporarle normas que regulen conductas, aparecidas y posibilitadas por los avances científicos en la biogenética y otras ramas del saber y del quehacer humano.

Cuando se habla del Derecho civil, en alguno que otro momento pensamos en Roma. Lledó escribe:

Se ha dicho que, si un ciudadano de la Roma clásica irrumpiera de pronto en nuestros días, con quien menos dificultades tendría en sostener un diálogo sería con un jurista; esto es indudable si pensamos en la *insula in flumine nata* o en el *constitutum posesorium*, o en tantas y de no tan poca importancia cuestiones del Derecho civil; pero su perplejidad no sería menor que la que le suscitaría otra persona, si el jurista le cuenta que en el foro se ha discutido la cuestión concerniente a que un hijo puede tener por la propia naturaleza varias madres que colaborasen a su procreación efectiva, de suerte que quien consanguíneamente lo fuera por ser la titular del gameto femenino, sin embargo, biológicamente no lo sea por no ser ella, sino otra, la titular del útero en el que se llevará a cabo la gestación, y que posiblemente el varón progenitor hubiera sido no el consorte de la relación familiar *ad hoc*, o, por el contrario, *conocido* si fuera a la sazón el cónyuge de la mujer gestante...

¿Qué pensaría este ciudadano educado en el dogma biológico, social y jurídico, de que *mater semper certa est*, ya que el hecho del parto y la identidad del hijo arguyen apodícticamente sobre quién sea la madre?

Pero, seguramente, no haría falta remontarse hasta Roma para encontrar ciudadanos susceptibles de perplejidad. ¿Cuál sería, en efecto, la reacción de los redactores de nuestro venerable, ya casi centenario, Código civil, para quienes el axioma *pater is quem nuptiae demonstrant* era no menos inconvencible que el *mater semper certa est*, si conociesen la admisión de la libre investigación de la paternidad, los abundantes y fiables

(33) Véase la cita en PEDRO F. SILVA-RUIZ, *El Derecho de familia en Puerto Rico y la revisión del Código civil*, 52 «Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico», 331-342 (1983), a la p. 332.

medios de prueba que la ciencia nos suministra en el momento presente? (34).

2. El tema

El tema concreto que en esta parte nos ocupa es el examen de la validez del contrato de maternidad sustituta, suplente o subrogada, así como algunos otros que están íntimamente ligados a ésta (35).

La maternidad sustituta, así como la inseminación artificial y la fertilización *in vitro*, ¿deberían aceptarse tan sólo como procedimientos terapéuticos contra la infertilidad o, por el contrario, también como avenidas alternativas para la reproducción humana? Esta es la trascendental cuestión que debe atenderse.

La maternidad suplente conlleva el acuerdo, convenio o contrato de una mujer con un matrimonio (los cónyuges) o pareja estable, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer; concebir, gestar y dar a luz o procrear una criatura, cuya custodia y patria potestad renunciará para que la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada pueda adoptarla (36).

La maternidad sustituta o suplente conlleva la aplicación de una de las técnicas utilizadas para la concepción-fecundación artificial. Utilizando las técnicas que posibilitan una concepción-fecundación artificial, los siguientes acuerdos de maternidad subrogada son posibles:

»a) Una mujer es inseminada artificialmente, en vivo, con el espermatozoide o material genético de un donante, y, al nacer la criatura, entrega su custodia al donante.

»b) El óvulo extraído del seno materno es fertilizado *in vitro*, y el embrión es trasplantado en el útero de otra mujer, que gesta y procrea una criatura, la que al nacer es entregada a la donante del óvulo.

»c) Una mujer es fertilizada en vivo, el embrión es extraído de su cuerpo y trasplantado en el útero de otra mujer que gesta y procrea una criatura, la que al nacer es entregada a la donante del óvulo.

»d) El óvulo de una mujer es fertilizado *in vitro* y luego trasplantado en el útero de otra mujer, que gesta y procrea una criatura; al nacer la criatura se la entrega a tercera persona, por ejemplo, al donante de la espermatozoide y su esposa» (37).

(34) FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE, *Fecundación artificial y Derecho*, Tecnos, Madrid, España, 1988, p. 13.

(35) Se le llama erróneamente «madre subrogada» a la «madre natural». Además, el término «subrogación» tiene un preciso significado en el orden patrimonial, por lo cual su utilización en este contexto es objetable. Pero lo continuamos utilizando siguiendo a la abundante literatura en esta materia que lo ha generalizado.

(36) Véase, PEDRO F. SILVA-RUIZ, *El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler*, cit., pp. 5 y 6.

(37) ONTARIO LAW REFORM COMMISSION, *Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters*, vol. II, 1985, p. 218 (traducción nuestra).

3. Planteamiento ético

La Iglesia Católica Romana rechaza la maternidad subrogada. En un documento aprobado por el Pontífice se expresa:

¿Es moralmente lícita la maternidad «sustitutiva»? No, por las mismas razones que llevan a rechazar la fecundación artificial heteróloga: es contraria, en efecto, a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana.

La maternidad sustituta representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura en detrimento de la familia una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen (38).

El *Informe Warnock*, en Inglaterra, también rechazó la maternidad subrogada debido, principalmente, a la explotación comercial que la misma conlleva. Dice:

Las objeciones morales y sociales a la maternidad subrogada («surrogacy») han pesado mucho sobre nosotros. En primer término, todos estamos de acuerdo con la maternidad subrogada por mera conveniencia, esto es, cuando una mujer está físicamente capacitada para procrear una criatura, pero no quiere/desea embarazarse, es totalmente inaceptable éticamente. Aun en circunstancias médicas apremiantes, el peligro de explotación de un ser humano por otro pesa más que los beneficios potenciales, en casi todos los casos, para la mayoría de nosotros. Que personas puedan tratar a otras personas como medios para sus propios fines, por muy deseables que sean las consecuencias, siempre es moralmente objetable/rechazable. Ese trato/uso de una persona por otra se convierte positivamente en su explotación cuando intereses económicos se envuelven/comprometen. Es, por consiguiente, con la explotación comercial de la maternidad subrogada que principalmente, pero no exclusivamente, nos hemos inquietado/preocupado (39).

(38) *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*, emitida el 22 de febrero de 1987, Edición Mundo Cristiano, folleto 441, primera edición de abril de 1987, pp. 37-38.

(39) *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology*, Cmnd. 9814, July 1984, párrafo 8.17, p. 46 (traducción nuestra). Se le conoce como *Informe Warnock*.

4. Analisis jurídico

En Puerto Rico, antes del estudio del aspecto contractual, de la maternidad sustituta, debe examinarse el derecho constitucional vigente.

a) *Derecho constitucional*

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha afirmado:

Es cierto que en *Griswold* el *derecho a la intimidad...* (es) inherente a la relación marital. Sin embargo, la pareja casada no es una entidad independiente con espíritu y corazón propio, pero la asociación de dos individuos cada uno con su propio y separado intelecto y constitución emocional. Si el derecho a la intimidad significa algo, *es el derecho del individuo, casado o soltero*, de estar libre de intromisión gubernamental injustificada en asuntos que afectan fundamentalmente a una persona como la decisión de si engendrar o parir (procrear) un niño (40).

Además, el mismo Tribunal había ya caracterizado el derecho a procrear como «uno de los derechos civiles básicos del ser humano» (41).

Indispensable es recordar que, contrario a la Constitución de los Estados Unidos, que no establece en textos claros el derecho a la intimidad —y de ahí las variadas interpretaciones judiciales buscándole «autor o encasillado jurídico»—, la de Puerto Rico lo consagra expresamente (42). De conformidad con la interpretación judicial «...la intromisión en la vida privada sólo ha de tolerarse cuando así lo requieran factores superantes de salud y seguridad públicas o el derecho a la vida y a la felicidad del ser humano afectado...» (43). Además, conocido es «que el Estado no puede invadir la zona de la intimidad personal excepto para proteger intereses públicos apremiantes...» (44).

A mi juicio, existe un derecho, constitucionalmente protegido, a la reproducción/procreación. Por supuesto, que mediante el acto sexual o coital. Si lo que está protegido constitucionalmente es el dere-

(40) *Eisenstadt v. Baird*, 405 US 438, 453 (1972) (Opinión de una pluralidad de jueces). (Traducción y énfasis nuestro.)

L. H. TRIBE dice que «...el efecto de *Eisenstadt v. Baird* fue significar como decisivo en *Griswold* el elemento de autonomía reproductiva...». *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Mineola, Nueva York, 2.^a ed., 1988, p. 1339.

(41) *Skinner v. Oklahoma*, 316 US 535, 541 (1942).

(42) «Toda persona tiene derecho a protección de la ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada o familiar», reza el artículo II, sec. 8, de la Constitución de Puerto Rico (subrayado nuestro).

(43) *García v. Acosta*, 104 DPR 321, 324 (1975), citado en *Figueroa Ferrer*.

(44) Véase, *Figueroa Ferrer v. ELA*, 107 DPR 250, 261 (1978).

cho a la procreación, entonces tal parece que aunque dicha procreación sea no sexual/no coital, sino mediante técnicas de reproducción asistida, debería estar igualmente protegida. Lo constitucionalmente protegido es el derecho a la procreación/reproducción, independientemente de los medios: realización del acto sexual o no sexual/no coital, con técnicas sustitutas o de asistencia (45).

Dos decisiones de tribunales supremos estatales en los Estados Unidos, de valor persuasivo en Puerto Rico, se han expresado en torno a la validez del contrato de maternidad sustituta. En *Surrogate Parenting Associates, Inc. v. Kentucky* (46), el Tribunal Supremo del Estado de Kentucky declaró válido un contrato de maternidad subrogada, reconociendo que «la decisión o no de concebir o procrear un niño está en el corazón mismo... de las alternativas constitucionalmente protegidas» (47).

El Tribunal Supremo de Nueva Jersey, en el renombrado caso de *Baby M*, declaró nulo e inexigible el contrato de maternidad subrogada, por contrario a la legislación y política pública estatal (48). Resolvió, además, que el derecho a la procreación está protegido constitucionalmente, señalando que es «muy simplemente el derecho a tener hijos, bien sea mediante relaciones sexuales o por inseminación artificial. No es nada más que eso» (49). Es de rigor significar que en el caso de *Baby M* el pago de dinero o renumeración por servicios y la renuncia de derechos materno-filiales son obviamente los elementos diferenciadores de esta alternativa de contrato de maternidad subrogada (50). Es por ello que el mismo Tribunal señala que no es

(45) Esta es una apretadísima síntesis, sin matizaciones, de la tendencia mayoritaria en la literatura jurídica norteamericana. Por todos, véase JOHN A. ROBERTSON, *Embryos, Families, and Procreative Liberty: The Legal Structure of the New Reproduction*, 59 «Southern California Law Review» 939, 957-967 (1986); además, CYNTHIA A. RUSHEVSKY, *Note: Legal Recognition of Surrogate Gestation*, 7 «Women's Rights Law Reporter» (Rutgers Law School), 107, 110-113 (1982), sobre posibles limitaciones del derecho a la intimidad que se extienden a la procreación.

(46) 704 S. W. 2d 209 (1986).

(47) *Ibid.*, p. 212.

(48) *In the Matter of Baby M*, Nueva Jersey, 3 de febrero de 1988, 1988 N. J. Lexis, 1, 5, 23, 25 y 65. Véase también 537 A. 2d 1227 (N. J. 1988).

(49) 1988 N. J. Lexis 1, 66-67. También 537 A. 2d 1227, 1253 (1988).

(50) Las cláusulas más relevantes del contrato de maternidad subrogada en el caso de *Baby M* son las siguientes:

«1. El único propósito de este acuerdo es facilitar al señor Stern y su infértil esposa —que no es parte contractual— procrear una criatura que esté biológicamente relacionada/tenga parentesco biológico con Stern.

»2. Mary Beth Whitehead, madre subrogada, asegura que es capaz de concebir niños. Ella entiende y consiente, por el mejor interés del niño, a no establecer ni intentar establecer una relación paternofilial con la criatura o criaturas que pueda concebir, gestar y procrear, de conformidad con este acuerdo; y libremente renunciará (“surrender”) y entregará su custodia a Stern, padre natural, inmediatamente luego del nacimiento, y concluirá (“terminate”) todos sus derechos materno-filiales con dicha criatura.

»3. Mary Beth Whitehead y Richard Whitehead, su esposo, han estado casados desde el 2 de diciembre de 1973; Richard Whitehead está conforme con este convenio

ofensivo al ordenamiento jurídico vigente en el estado de Nueva Jersey el que «una mujer, voluntariamente y sin que medie pago/remuneración, convenga en ser madre subrogada, siempre que ella no esté contractualmente vinculada a renunciar a su criatura» (51).

b) *El derecho plasmado en el Código civil*

Refiriéndonos exclusivamente al ordenamiento jurídico recogido en el Código civil, abstracción hecha del constitucional, un contrato de maternidad sustituta o suplente es nulo, bien sea por objeto ilícito

y reconoce que su esposa será inseminada artificialmente según se establece en este acuerdo. Richard Whitehead conviene, por el mejor interés del niño, en no establecer ni intentar establecer una relación paterno-filial con la criatura o criaturas que Mary Beth Whitehead pueda concebir mediante inseminación artificial. El acuerdo, además, entregar a Stern, padre biológico, la criatura para su custodia ("surrender immediate custody") concluyendo ("terminate") y renunciando a sus derechos paterno-filiales. Además, él reconoce que realizará todos los actos necesarios para impugnar/desconocer la presunción de paternidad de la criatura que pudiera nacer...

»4. Stern, padre biológico, otorga este contrato por escrito, con Mary Beth Whitehead, acordando que ella será inseminada artificialmente por un médico, con el semen de Stern. Mary Beth Whitehead, madre subrogada, reconoce que ella gestará el embrión/feto hasta el parto. Los esposos Whitehead convienen en entregar la custodia de la criatura a Stern, inmediatamente después del nacimiento, reconociendo que es por el mejor interés del niño lo que así acuerda... Entienden los esposos Whitehead que la criatura a ser concebida se concebirá con el único propósito de entregarla a Stern, su padre natural y biológico...

»5. Que la *consideration* por este convenio, que es compensación por los servicios y gastos, y de ninguna forma debe ser interpretada como honorario por la renuncia de derechos paterno-filiales o pago a su cambio de la entrega de la criatura consintiendo su adopción, será: a) \$ 10.000,00 se pagarán a Mary Beth Whitehead al entregar la custodia a Stern; b) la *consideration* a pagarse a Mary Beth Whitehead será depositada con el Centro de Infertilidad de Nueva York, representante de Stern al momento de la firma de este acuerdo, y c) Stern pagará los gastos en que incurra la señora Whitehead debido al estado de embarazo.

»6. Los esposos Whitehead acuerdan que es derecho único y exclusivo de Stern, padre biológico, dar nombre a la criatura.

»7. En caso de muerte de Stern, antes o después del nacimiento de la criatura, los esposos Whitehead reconocen que entregarían su custodia a la señora Stern.

»8. Mary Beth Whitehead conviene que no abortará el niño concebido, excepto que en opinión profesional del médico que la inseminó ello fuese necesario para su propia salud o que se determine que la criatura concebida fuese psicológicamente anormal.» 1988 N. J. Lexis, 1, 101-102 (Ap. A).

«Además del contrato anterior, había otro entre Stern y el Centro de Infertilidad de Nueva York, corporación que gestionó la búsqueda de la persona que realizaría los servicios de maternidad subrogada. Stern pagó al centro 7.500 dólares. Además, los 10.000 dólares que Stern pagaría a la señora Whitehead, los depositó en el Centro, el cual pagaría una vez cumplido el contrato de maternidad subrogada.» 1988 N. J. Lexis 113-121 (Ap. B). Véase PEDRO F. SILVA-RUIZ, *Baby M y el Contrato de Maternidad Subrogada, Sustituta o Suplente*, publicado en el «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», Madrid, España, 15 de septiembre de 1988, núm. 1.503, pp. 3898-99, modificándose las notas al pie de página (la traducción de las cláusulas contractuales es nuestra). Los Apéndices A y B aparecen en 537 A. 2d 1227, 1265-1273 (1988).

(51) 1988 N. J. Lexis 1, 6. 537 A. 2d 1227, 1235 (1988).

(no se permite el comercio con el cuerpo humano, que está fuera del comercio de los hombres) o causa torpe (52).

5. Otros aspectos

La maternidad sustituta plantea otras cuestiones, tales como: 1) posibles excepciones a la norma general sobre nulidad e inexigibilidad de ese contrato; 2) determinación de la maternidad: ¿es madre la mujer que ha aportado el gameto femenino (madre biológica) o lo será la mujer gestante (madre portadora/gestante), que puede ser la misma mujer que ha aportado el óvulo/gameto femenino u otra diferente? ¿O podría serlo, acaso, mujer distinta: aquella a la cual se le entregue la criatura, ya nacida?, y 3) determinación de la paternidad. Discutiendo estos aspectos, es conveniente destacar que, en el Consejo de Europa, el CAHBI, que recomendó que los contratos de maternidad sustituta se consideren nulos e inexigibles, reconoció la posibilidad de casos excepcionales en los cuales admitiría dicho convenio. Así, por ejemplo, y por razones humanitarias, dicha excepción podría ser la siguiente: una madre ha hecho los arreglos para una fertilización *in vitro* y subsiguientemente adviene no apta para el reimplante del embrión. En esta situación, una madre sustituta es la única posibilidad para salvar la vida del embrión, por lo que procedería implantarlo en esta otra mujer.

Aun en este caso, el CAHBI es de la opinión que la madre sustituta no debe recibir paga o remuneración por sus servicios y, sobre todo, ha de reconocérsele el derecho a retener a la criatura al nacer.

Ese mismo cuerpo de expertos recomienda que las situaciones excepcionales en las cuales se admitiría la maternidad subrogada deben quedar expresamente mencionadas en la legislación aprobada al efecto (53).

En cuanto a la determinación de la maternidad jurídica, me decanto en favor de la madre gestante, que parirá a la criatura. A mi juicio, prima el componente de la gestación al genético. La gestante lleva la criatura en su vientre durante varios meses, protegiéndolo

(52) Véase PEDRO F. SILVA-RUIZ, *El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler*, en el «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», Madrid, España, núm. 1.447, 25 de febrero de 1987, p. 11. Además, véase del mismo autor, *La familia y los avances científicos: la inseminación artificial y la fecundación extrauterina*, 19 «Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico», pp. 550-552 (1985).

(53) FRITZ W. HONDIUS, *The Council of Europe's Contribution to Solving Problems raised by Human Artificial Procreation*, en «La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana», citado, p. 61. CAHBI significa «Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences».

fisiológica y psicológicamente (interacción entre el feto y el ambiente en el claustro materno).

Sobre la determinación de la paternidad, existiendo la libre investigación de ésta, en Puerto Rico, padre sería aquel hombre que aportó el material genesiaco. Evidencia que «comprenda e incluya la fecundación, hoy científicamente demostrable, toda vez que no es el acceso carnal, y sí la fecundación, el germen determinante de la paternidad en última consecuencia» (54), dispondría, con éxito, la acción de impugnación de la paternidad-filiación que se incoe judicialmente en el supuesto de maternidad subrogada con mujer casada que no fuese inseminada por su marido, pues la criatura se presume hijo del marido. El clásico principio *Peter is quem nuptiae demonstrant* se transmuta por el de *Pater is quem sanguis demonstrat*.

CONCLUSIONES

El contrato de maternidad sustituta, suplente o subrogada plantea trascendentales cuestiones éticas y jurídicas. Desde el punto de vista jurídico, en materia constitucional, está por resolverse si el derecho a la procreación comprende, además de la sexual/coital, la no sexual/no coital. A mi juicio, los tribunales de justicia oportunamente resolverán que esta última queda también comprendida. Esto es, el derecho a la procreación está constitucionalmente protegido, independientemente de los medios para lograrlo: realización del coito fecundador o mediante técnicas de fecundación asistida. Entonces, si, además, el convenio es gratuito y no hay renuncia de derechos materno-filiales, evitándose así otras controversias, tales como la adopción de menores, y contravención de alguna otra política pública, dicho contrato pudiera declararse válido, pues conllevaría el medio para ejercer un derecho constitucionalmente protegido.

El derecho menos jerárquico —el recogido en el Código civil, por ejemplo— tendría que acomodarse a la norma constitucional, pues ésta es de mayor jerarquía.

Entretanto un tribunal no resuelva categóricamente que el derecho a la procreación, constitucionalmente protegido, comprende también el de la procreación no sexual/no coital, mediante técnicas de fecundación asistida, puede pensarse en que, entonces, debe aplicarse el derecho constituido: el derecho recogido en el Código civil.

En otros países, en los cuales el derecho constitucional no comprenda la protección a la procreación, sexual y no sexual, podría apro-

(54) *Moreno v. Moreno*, 1982, Col. Abog. 41, voto particular de uno de los jueces asociados (señor Díaz Cruz).

barse legislación, como la española (55), declarando nulo el contrato de maternidad subrogada. Aunque aplicando normas ya existentes en el Código civil, el Derecho español, a mi juicio, pudo llegar a la misma conclusión sobre la no validez del contrato aludido. Pero, para atender otras cuestiones, como la determinación de la maternidad fue conveniente legislar al respecto.

Resulta transparente de lo indicado precedentemente que es conveniente legislar en materia de técnicas de reproducción asistida. Algunos temas/normas son propias de legislación especial, pero otras podrían incorporarse al capítulo sobre la filiación en el Código civil.

(55) En España, la Ley núm. 35 de 22 de noviembre de 1988 —sobre Técnicas de Reproducción Asistida—, publicada en el «Boletín Oficial del Estado», núm. 282, el jueves, 24 de noviembre de 1988 (núm. 27.108, Jefatura del Estado), p. 33373, en su artículo 10 ordena:

«1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.

»2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

»3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.»

Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH)
de 8 de diciembre de 1987. Restitución «in natura».
Reparación pecuniaria. Aplicación de los párrafos 249
y 251 del BGB (*)

Por K. J. ALBIEZ DOHRMANN

SUMARIO.—I. Introducción.—II. Antecedentes de hecho.—III. Cuestiones litigiosas.—IV. Aplicación de los párrafos 249 y 251 del BGB.—V. Destrucción de una casa-vivienda por un incendio: valoración del daño.—VI. Otras consideraciones.—VII. Conclusión final.

I

Iniciamos nuestra andadura en el *Anuario de Derecho Civil* con un comentario sobre una sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán, de 8 de diciembre de 1987, que gira básicamente sobre la determinación de la reparación del daño patrimonial. El que hayamos elegido esta sentencia se debe fundamentalmente a su análisis exhaustivo, que puede calificarse de ejemplar, de cómo debe procederse en la determinación de la reparación del daño causado a un bien inmueble cuando la restitución «in natura» es prácticamente imposible. Tan acostumbrados al criterio jurisprudencial del principio de equidad como presupuesto determinante para compensar económicamente al perjudicado, esta sentencia nos invita a reflexionar en torno al contenido de la reparación del daño cuando no es factible la restitución de la cosa u objeto destruido, porque si bien hay que estar a lo que reclama el perjudicado, a los informes periciales, al mismo daño que debe ser reparado, los tribunales tienen el deber de aproximarse lo más exactamente posible a cuál es la cuantía a indemnizar cuando la reparación material ya no es posible. Debe prevalecer en estos casos —

(*) Publicado en *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes*, Tomo 102, pp. 323-332

como parece ser el «leitmotiv» de esta sentencia— el interés económico sobre cualquier construcción jurídico-dogmática si la finalidad de toda reparación-indemnización consiste en satisfacer plenamente al que sufre un daño, especialmente cuando este daño es patrimonial, el cual, por sus connotaciones esencialmente materiales, es susceptible casi siempre de una valoración económica objetiva.

II

El origen del pleito, que culmina finalmente en un recurso interpuesto por la parte actora ante el Tribunal Supremo Federal alemán, tiene su origen en los siguientes hechos: el 13 de enero de 1985, a causa de las bajas temperaturas, el depósito de gasolina de un coche quedó obstruido, por lo cual, uno de los demandados, propietario del automóvil, colocó un radiador eléctrico, con el fin de que más tarde estuviera a disposición aquél, abandonando poco después el garaje, junto con su amiga, la cual tenía en arrendamiento una vivienda y el garaje en la casa que unas horas después fue destruida en gran parte por un incendio, provocado por la explosión del depósito de gasolina.

En esta tesitura, la responsabilidad de los demandados no fue objeto de especial debate, por cuanto que era evidente su culpabilidad, aunque ellos también alegaron una posible corresponsabilidad del actor. El tema central de la *litis* versó sobre la cuantía de la reparación, de cuya cantidad total se dedujo en primera instancia el 10 por 100 en razón de la antigüedad del edificio, previa tasación de la entidad aseguradora, porcentaje que se aumentó en un 35 por 100 según estimación del Tribunal de Apelación, basándose ambas instancias en la frase segunda del párrafo 249 del BGB como fundamento jurídico de la pretensión del actor a obtener la reparación del daño causado por el incendio, criterio que, sin embargo, no fue compartido por el Tribunal Supremo Federal alemán, el cual en su sentencia argumentó que no era de aplicación aquel precepto, debiendo, en todo caso, prevalecer el párrafo 251, apartado primero, del mismo cuerpo legal, no estimando tampoco correcto el camino seguido para la fijación de la cuantía de la reparación, y también consideró que hubo infracción de los principios básicos que rigen en materia de valoración del daño.

III

Tres son las cuestiones objeto de debate en esta sentencia: a) aplicación correcta de los párrafos correspondientes del Código civil alemán en materia de reparación del daño, en concreto aquellos refe-

ridos expresamente a la reclamación de reparación; b) ¿cabe la restitución «in natura» cuando el objeto dañado es una casa destruida en gran parte por un incendio?, y c) los criterios a tener en cuenta para valorar lo más exactamente posible el daño producido para poder satisfacer así plenamente el derecho del perjudicado a ser reparado. Evidentemente, las cuestiones litigiosas que mayor interés nos ofrecen son las apuntadas en los apartados b) y c), ya que la primera, a falta de unas normas equivalentes en nuestro Derecho, se reduce a un problema de aplicación de Derecho interno, no extrapolable al Derecho español, aunque, no obstante, deba tratarse mínimamente por su incidencia directa en las restantes cuestiones debatidas.

IV

La aplicación del parágrafo 249, frase segunda, del BGB, que dispone que «si ha de prestarse indemnización de daños a causa de la lesión a una persona o por el deterioro de una cosa, el acreedor puede exigir en lugar de la reposición la suma de dinero necesaria para ella», presupone el ejercicio alternativo de una acción por parte del perjudicado, en este caso, la de obtener la reparación pecuniaria en vez de la reposición. Pero para ello, como señala el Tribunal Supremo Federal alemán, es necesario que sea posible efectivamente la restitución «in natura», presupuesto ineludible tanto para la aplicación de la frase segunda como de la primera del parágrafo 249, la cual a su vez dispone que «quien está obligado a la indemnización de daños ha de reponer el estado que existiría si la circunstancia que obliga a la indemnización no se hubiera producido». Según el tenor literal y la finalidad normativa de este parágrafo debe existir siempre la posibilidad de una reposición, lo que significa volver a la misma situación como si no hubiera tenido lugar la destrucción o el deterioro del objeto cuya reparación ahora se reclama (en este sentido también las sentencias BGHZ 66, 239, 241; 81, 385, 388; 92, 85, 8). Si esto no es factible, el perjudicado sólo puede exigir, en vez de la reposición, la restitución de su valor conforme al apartado primero del parágrafo 251 del BGB «siempre que la reposición no sea posible o no sea suficiente para la indemnización del acreedor», de lo que se deduce, en concordancia con el otro parágrafo citado, que ante tal supuesto el perjudicado está imposibilitado de ejercer alternativamente una u otra acción —de reposición o indemnizatoria—, quedando reducida su pretensión a poder reclamar exclusivamente una compensación económica o pecuniaria, por que así lo ha querido el legislador alemán para proteger el causante del daño cuando la reparación para él puede resultar excesivamente onerosa.

Debe distinguirse, según el Tribunal Supremo Federal alemán entre el interés de mantenimiento («Erhaltungsinteress») y el interés de

valor («Wertinteress») que puede perseguir, según los casos, el perjudicado cuando pretende la reparación del daño. Por ello, el Código civil alemán ofrece a todo perjudicado la posibilidad de optar por defender uno u otro interés, con la interposición, bien de una acción de reposición, o bien de una acción indemnizatoria. Pero esta facultad alternativa que tiene todo perjudicado, desaparece cuando la reparación material es imposible o puede resultar especialmente gravosa para quien tiene el deber de reparación. Como dice este Tribunal, «las frases primera y segunda del párrafo 249 están sometidas a los límites del apartado primero del párrafo 251» (así también BGHZ 63, 295-297). En definitiva, una reposición en el sentido de aquel párrafo fracasa desde el momento que se está ante un objeto totalmente destruido, o cuando la reposición prácticamente es imposible (véase la sentencia BGHZ 92, 85, 87 y ss., publicada en JZ 1985, 39, con observaciones de Medicus, página 42 y recensión de Schmidt JuS 1986, páginas 517 y 520). Sin embargo, el Tribunal de Apelación («Berufungsgericht») partió de la posibilidad de una reparación de la casa destruida por el incendio, criterio no compartido por el Tribunal Superior. Aunque es cierto que las partes en litigio consideran que no se está ante una destrucción total, y también el informe pericial defiende que desde el punto de vista técnico cabe la reparación y el saneamiento de la casa, siendo incluso posible la utilización de algunos elementos del edificio; pero también se deduce de las actuaciones procesales que una reparación de la envergadura que requiere en el presente caso la reconstrucción de la casa, tendría como resultado un coste sustancialmente más elevado que el de un edificio nuevo. Es por ello, por lo que el Tribunal Supremo Federal alemán considera de aplicación más correcta la invocación del apartado primero del párrafo 251 del BGB.

Ahondando aún más en el significado y alcance de la restitución «in natura» cuando la destrucción de la casa es total, para valorar adecuadamente la reparación, en opinión de este Tribunal, no basta con tener en cuenta el valor de la casa, sino el valor del inmueble en su conjunto («Hausgrundstück»), porque sólo de esta manera se posibilita realmente la reparación («Ausbesserung»).

V

Lo que realmente preocupa al Tribunal Supremo Federal alemán —de ahí su extenso análisis reflexivo— es el alcance que se debe dar a la reparación cuando ésta consiste en una compensación económica que tiene por objeto satisfacer la restitución de un edificio cuya (re) construcción, si no resulta imposible, sí puede resultar excesivamente costosa. Toda la sentencia gira alrededor de la necesidad de una compensación económica a favor del perjudicado, pero cuya determina-

ción debe partir de unos presupuestos, que obviamente dependen de cada caso concreto, también cuando la reparación consiste en la construcción (reconstrucción) de un edificio.

No es suficiente con efectuar sólo una valoración de la casa, tampoco puede considerarse como idóneo el tener en cuenta la antigüedad del edificio (deducción del 10 o del 35 por 100, según las primeras instancias), sino que habrá que estar también al perjuicio real que se haya causado al inmueble en su conjunto, máxime cuando en los tiempos actuales existe una visión predominantemente económica del Derecho de daños, por lo que debe tenerse en cuenta tanto el valor de la casa como el valor del terreno en que está ubicada, que como factores de valor se influyen mutuamente, lo que permite una valoración global del edificio destruido. Ejemplar es, en este sentido, la sentencia de 13 de mayo de 1975, que, además de tener en cuenta la destrucción de un árbol, para una exacta valoración del perjuicio causado, estima los daños que se han causado al terreno por la desaparición de aquél; también la sentencia de 19 de marzo de 1964 considera que con la desaparición de un pinar nórdico a causa de un incendio se ha producido igualmente un daño al mismo terreno en el que está plantado; y, por último, es criterio de la sentencia de 27 de mayo de 1985 de que no existe perjuicio total cuando el daño no afecta al conjunto de la instalación y es posible la reparación por separado del extractor de aire.

¿En qué medida cabe establecer una relación de identidad entre el edificio antiguo destruido y el edificio nuevo, tanto cuando se pretende la reconstrucción como la reparación? Relación de identidad que, sin embargo, es necesaria para que la restitución sea factible y pueda ser compensado económicamente el perjudicado si se opta por una reparación pecuniaria al amparo del parágrafo 249 del BGB. Al menos desde un punto de vista constructivo-técnico y económico-funcional, difícilmente puede crearse una situación idéntica a la anterior. Especialmente cuando se trata de la reconstrucción de un edificio o construcción de un edificio nuevo, al interés del perjudicado de obtener una reparación total se le debe atribuir un valor alto para que de esta manera las posibilidades de una reparación no sean excesivamente limitadas. Con frecuencia, no supone al perjudicado una compensación económica plena cuando con la restitución del valor se le facilita solamente la adquisición de un nuevo terreno ya edificado o de un terreno a construir en un entorno y población parecida. Más bien en el marco del parágrafo 249 del BGB su interés de ser BGB su interés de ser reparado abarcará también valores ideales, como el poder utilizar de nuevo una casa-vivienda equivalente a la destruida, además en la misma población. Su interés de mantenimiento («Erhaltungsinteress») no será satisfecho plenamente, por el contrario, se recorta, si con base al parágrafo 249 del BGB se le concede la posibilidad de obtener la reparación del estado de la casa-vivienda

existente con anterioridad al incendio, lo que supone lógicamente en el marco de la restitución «in natura» una identidad total entre el edificio antiguo y el edificio reconstruido. Para el Tribunal Supremo Federal alemán es evidente que la «sustitución de viejo por nuevo» («neu für alt») no tiene por qué satisfacer plenamente el interés de mantenimiento del perjudicado. No es suficiente con que se tenga en cuenta la antigüedad del edificio. Y no se puede ignorar que desde entonces los materiales a emplear en la construcción han variado considerablemente, como también se han modificado las normas administrativas para la edificación y los criterios a seguir en la estática. Por el contrario, en tales casos por norma general sería posible una restitución, criterio no compartido, sin embargo, por la literatura jurídica más antigua, si la reparación o (re) construcción del objeto sólo es factible mediante el incremento de valor en comparación con el estado en que se encontraba el objeto con anterioridad al suceso que originó la destrucción total o parcial. Pero esto no significa que el propietario de una casa muy antigua, y, por tanto, de poco valor, pueda exigir conforme al citado párrafo del causante del daño la (re) construcción de un edificio nuevo o el pago de los costes de la obra con base a la sola imputación del crecimiento de valor que siempre se produce. Supóngase, por ejemplo, que el edificio destruido se caracterizaba por un estilo muy determinado de otra época, o que por las disposiciones administrativas de la construcción en su lugar sólo es posible la construcción de un edificio de líneas y fachada exterior concreta, y si ello tiene como resultado que el edificio nuevo en comparación con la casa destruida constituye un «aliud», incluso haciendo una valoración global desde el punto de vista constructivo-técnico y funcional-económico, entonces desde una perspectiva económica no cabe propiamente la restitución del objeto en su estado anterior. En un caso como éste, el perjudicado no puede reclamar los costes de un edificio nuevo, aun cuando tenga en cuenta la deducción «nuevo por antiguo». En semejante supuesto de hecho, desde la perspectiva del Derecho de daños, habrá que partir del valor que tiene el inmueble según el tráfico jurídico («Verkehrswert des Hausgrundstücks») inmediatamente anterior al evento del daño. Saber cuándo se está ante un caso en el que es factible la reconstrucción del edificio y cuándo ante una posible construcción de un edificio nuevo variará según las circunstancias de cada supuesto de hecho, debiéndose tener en cuenta especialmente la antigüedad del edificio, el estado y la función de la casa destruida y el tipo y ejecución de la obra a realizar en lugar del edificio anterior. En el presente caso, que es objeto de casación, el Tribunal inmediatamente inferior no ha realizado las oportunas comprobaciones si estos límites se han tenido en cuenta o se han rebasado, cuando los elementos más antiguos de la casa datan del año 1927, que, sin embargo, es consustancial para una correcta peritación de los daños, porque en el caso que sea imposible una

reposición, la cuestión de si la deducción «nuevo por antiguo» se ha realizado correctamente por el Tribunal de Apelación no tiene ya importancia, dado que entonces las computaciones del daño deberían efectuarse conforme al valor de tráfico («Verkehrswert»), según el párrafo 251, apartado primero, del BGB, pero para lo cual no existen datos suficientes (razón por la cual el Tribunal Supremo remitió al Tribunal inferior las actuaciones para que se efectuase una nueva valoración en concordancia con los razonamientos de esta sentencia).

Incluso cuando fuese posible la reconstrucción de un edificio conforme al mismo valor técnico y económico-funcional que el edificio anterior, existiendo, por tanto, la posibilidad de una reparación del inmueble, no puede exigir el actor el pago según el párrafo 249, frase segunda, del BGB, si la reposición supone unos costes desmesurados.

VI

Una vez determinado que no es procedente enfocar la reparación del daño bajo el prisma de la restitución, aun habiéndose tenido en cuenta la deducción del valor en razón de la antigüedad del edificio, por lo que no es de aplicación el párrafo 249, sino el apartado primero del párrafo 251, ambos del BGB, el Tribunal Supremo Federal alemán estima finalmente que además de faltar datos para una correcta valoración, se han infringido también los principios básicos que rigen en materia de peritación de daños, aun cuando el juez de instancia ciertamente puede, conforme al apartado primero del párrafo 287 de la Ley de Procedimiento Civil (ZPO) valorar discrecionalmente los daños, sujeto sólo restrictivamente a una nueva comprobación por el Tribunal de Revisión. Así, el Tribunal de Apelación, en la deducción general del 35 por 100 de los costes de construcción, dada la disminución del valor técnico del edificio destruido por el incendio, olvida que el perjudicado al que le asiste un derecho de pago conforme al párrafo 249, frase segunda, del BGB, no puede exigir aquellos costes de construcción que suponen para él un ahorro de inversiones, con el consiguiente atraso de reparaciones futuras o una mayor duración del edificio. Por ello, el valor mínimo no puede igualarse con el valor de una casa nueva, aun compensando el valor mínimo de la casa por antigüedad.

Igualmente el Tribunal de Apelación reduce globalmente los costes accesorios (honorarios de los arquitectos, las labores de la estática, instalación de maquinaria...), sin preguntarse si y en qué medida los costes causan en general al actor un incremento de valor. Por último, no se han tenido en cuenta las fluctuaciones de los precios en los materiales y de los salarios laborales que ha de soportar el causante del daño, sin que sea suficiente deducir sin más un 35 por 100 por disminución del valor de los costes de un edificio nuevo.

VII

La valoración del daño siempre es una cuestión de hecho difícil de equilibrar por las circunstancias tan dispares que concurren en cada caso. En una economía de renovación tecnológica constante la restitución «in natura» (la reposición exacta del bien destruido) se ha convertido en una regla especial, siendo lo común que la reposición consista en una reparación pecuniaria que por norma general sólo se aproxima al valor real de la cosa en el momento del suceso que produce la destrucción o el deterioro. De ahí que el problema esencial de toda valoración del daño, que supone su previa determinación, es la peritación, para la cual no existen unos parámetros fijos, sino que dependerán del objeto que en concreto ha sido dañado y la extensión y alcance del daño.

En el caso presente, ciertamente resulta difícil, por no decir imposible, una reconstrucción idéntica de la casa destruida parcialmente por un incendio. Pero aun en el caso de que fuera posible la construcción de una casa nueva en lugar de la destruida, lo normal es que por el transcurso del tiempo los materiales a emplear no sean los mismos, las técnicas sean sustancialmente diferentes a las de entonces, especialmente cuando el edificio pertenece a otra época de la arquitectura, por lo que también los criterios a seguir en la nueva redacción del plan sean otros..., todo lo cual puede tener como resultado que, aun admitiendo la posibilidad de la reconstrucción, no pueda establecerse una relación de identidad entre el edificio moderno y el antiguo, y, sobre todo, que suponga al perjudicado un excesivo coste que no tiene por qué soportar, porque, de admitirlo, daría lugar a un posible enriquecimiento injusto a favor del acreedor a la reparación del daño. Lógicamente siempre que se produzca un daño, el perjudicado pretenderá que se le satisfaga su interés de obtener al menos una reparación equivalente que cuando se traduce en una indemnización pecuniaria debe responder al valor real del objeto dañado. En el presente supuesto de hecho, el Tribunal Supremo Federal alemán no consideró correcta la correspondiente deducción en razón de la antigüedad del edificio del coste total de un edificio nuevo, que hubiera sido lo más lógico, y hubiera sido la postura de cualquier tribunal, máxime cuando así lo estimaron los informes periciales, aunque todo órgano judicial tiene facultad discrecional de interpretar los informes periciales en temas tan complejos, como el presente, en el que hay que tener en cuenta múltiples factores, incide poderosamente lo que aseveran los expertos en peritaje. El Tribunal de Casación consideró que al menos en esta tesitura la valoración del daño se debía hacer teniendo en cuenta el valor del inmueble en su conjunto en el momento inmediatamente anterior al hecho que originó el daño, evitando así que la indemnización fuera excesivamente onerosa para el obligado a la reparación, como puede suceder cuando se trata de

una reconstrucción o construcción de un edificio nuevo, que nunca es idéntico al anterior, y cuya reposición supone con frecuencia un coste por encima de lo normal. De ahí que la reparación pecuniaria no puede establecerse teniendo en cuenta la antigüedad del edificio para compensar así el valor de incremento que siempre se produce con la construcción de un edificio nuevo o su reconstrucción, y que nunca es idéntica al estado anterior en que se encontraba el edificio. A pesar de la deducción, en muchos de los casos la reparación pecuniaria, pagando los costes de la construcción o reconstrucción de un edificio, puede resultar muy gravosa si con ello se pretende una reposición total que casi siempre rebasa lo que en realidad debería reparar el causante del daño. Debe operar, como es criterio de este tribunal, la «*compensatio lucri cum damno*», pero no con base a tener en cuenta la antigüedad del edificio, sino calculando la reparación en función del valor del inmueble en su conjunto y no la casa aislada, dada la interdependencia económica entre la casa en sí y el terreno en que está ubicada. La opción por esta fórmula de determinación de reparación del daño satisface más plenamente al perjudicado que la mera deducción del coste total de un edificio nuevo por la antigüedad del edificio anterior, calculada en un tanto por ciento, porque con ello no se repara el interés que todo dañado tiene de mantener el mismo valor del objeto destruido o deteriorado, pero también puede suceder que atender este interés implique una carga indemnizatoria excesivamente onerosa para el obligado a la reparación. Es evidentemente una solución económica y quizá justa que adopta el Tribunal Supremo Federal alemán cuando se pretende que se repare el daño producido por el incendio de una casa-vivienda, pero no por ello deja de ser una solución discutible, que en nuestro Derecho se resuelve, al menos en parte, mediante el procedimiento de «*arbitraje*» previsto en el artículo 38 de la Ley de Seguros, cuando la reclamación se realiza en el marco de un contrato de seguro, como lo fue en aquel caso litigioso.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Los enclaves de propiedad privada en zona marítimo-terrestre y la disposición transitoria primera, números 1 y 2, de la Ley de Costas de 1988 (*)

Por NIEVES FENOY PICON

Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—1. *Los supuestos de hecho contemplados en la Disposición Transitoria Primera, números 1 y 2.*—2. *La existencia de propiedad privada en zona marítimo-terrestre como cuestión.*—II. SITUACION DE LA QUE PARTE LA LEY DE COSTAS DE 1988.—1. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo:*—1.1. Cuestiones previas.—1.2. Supuestos de reconocimiento de propiedad privada por el Tribunal Supremo.—1.3. Significado que la jurisprudencia atribuye a la inscripción en el Registro de la Propiedad.—2. *Análisis de los criterios jurisprudenciales:*—2.1. La desafectación como causa determinante de la existencia del enclave.—2.2. Los enclaves históricos.—2.2.1. El origen de la declaración de demanialidad.—2.2.2. La consideración de la zona marítimo-terrestre en el Derecho histórico español.—III. EL ARTICULO 132 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978.—1. *Posibles interpretaciones del artículo 132.2 de la Constitución.*—2. *Interpretación jurisprudencial del artículo 132.2 de la Constitución Española.*—3. *Interpretación doctrinal del artículo 132.2 de la Constitución.*—IV. ANALISIS DE LA DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA, NUMEROS 1 Y 2, DE LA LEY DE COSTAS DE 1988.—1. *Interpretación del artículo 132.2 de la Constitución acogida en la Disposición Transitoria primera, números 1 y 2, de la Ley de Costas de 1988:*—1.1. El tenor literal.—1.2. Exposición de Motivos.—2. *La constitucionalidad de la Disposición Transitoria primera, números 1 y 2, de la Ley de Costas de 1988.*—2.1. Retroactividad y respeto debido al derecho de propiedad.—2.2. Constitucionalidad de la transformación del derecho de propiedad reconocido por sentencia judicial firme en concesion de aprovechamiento.

(*) Agradezco a Angel Menéndez Rexach el estímulo que me ha dado para la publicación de este trabajo.

I. INTRODUCCION (1)

La posible existencia de propiedad privada en el litoral español, antes de la Constitución Española de 1978, ha sido negada por un importante sector doctrinal (2). A pesar de ello, existen sentencias del Tribunal Supremo que reconocen propiedad privada en el mismo (3). Tras la promulgación de la Constitución ello no es posible, porque el artículo 132.2 declara que la zona marítimo-terrestre y las playas son bienes de dominio público «en todo caso». La nueva Ley de Costas de 28 de julio de 1988 (4), desarrollando este precepto constitu-

(1) Abreviaturas utilizadas. ADC: Anuario de Derecho civil. CCJC: Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil. RAP: Revista de Administración Pública. REDA: Revista Española de Derecho Administrativo.

(2) La cuestión de la existencia de propiedad privada en zona marítimo-terrestre o playa ha sido muy discutida por la doctrina desde 1965 hasta 1975, siendo objeto de diversos estudios monográficos en diversas revistas. Tras esa fecha, y a pesar de la promulgación de la Constitución, ha habido un menor número, aunque también de indudable interés. Para bibliografía ver la citada por SÁINZ MORENO, F., *Dominio público estatal de las playas y zona marítimo-terrestre. (Art. 132.2 de la Constitución)*, «RAP» 1982, núm. 99, pp. 201-242. Además, DIEZ-PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. II, Madrid 1969, pp. 28-40. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *CCJC* núm. 6, 1984, pp. 2.037-2.052. CARRASCO PERERA, A., *CCJC* núm. 9, 1985, pp. 2.821-2.833. DE ANGEL, R., *La Ley*, 15 de noviembre de 1985. GUAITA, A., *Derecho Administrativo. Aguas, montes, minas*, 2.ª edición, Madrid 1986, pp. 50-56. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, J. F., *CCJC* núm. 14, 1987 pp. 4.677-4.690 y *CCJC*, núm. 17, 1988, pp. 667-682. MEILAN GIL, J. L., *El concepto de dominio público marítimo terrestre en el Proyecto de Ley de Costas*, «REDA» 1988, núm. 59, pp. 361-391.

Los autores que no admiten propiedad privada en zona marítimo-terrestre señalan que el Derecho histórico español ha reconocido siempre el carácter demanial de la ribera del mar y que, en el mismo sentido, se deben interpretar las posteriores leyes. Frente a ello, los autores que admiten esa posibilidad plantean sus dudas acerca de que en el Derecho histórico español no hubiera excepciones a la demanialidad del litoral marítimo afirmando que el derecho vigente (*antes de la Ley de Costas de 1988*) claramente admite existencia de propiedad privada en el litoral español.

(3) SÁINZ MORENO, F., (en *RAP* 1982, núm. 99, pp. 205-223) hace un estudio jurisprudencial desde 1973 hasta 1982, citando las siguientes sentencias del Tribunal Supremo que reconocen propiedad privada en zona marítimo-terrestre: 2 de febrero de 1974 (comentada también por LEGUINA VILLA, J., *La defensa del uso público de la zona marítimo-terrestre*, «REDA» 1974, núm. 2, pp. 185-214), 14 de noviembre de 1977, 13 de octubre de 1981 (comentada también por MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *¿Propiedad privada de playas y zona marítimo-terrestre?*, «REDA» 1982, núm. 34, pp. 517-528).

Posteriormente, han resuelto sobre la cuestión de propiedad privada en zona marítimo-terrestre las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: 11 de junio, 15 de septiembre, 9 de noviembre de 1984 (comentada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *CCJC* núm. 6, 1984); 11 de junio (comentada por CARRASCO PERERA, A., *CCJC* núm. 9, 1985, englobando en dicho comentario las dos siguientes sentencias; también DE ANGEL, *La Ley*, 15 de noviembre de 1985), 17 de junio, 4 de julio de 1985; 26 de abril, 22 de julio, 6 de octubre, 14 de octubre, 10 de noviembre de 1986; 17 de junio (comentada por JIMÉNEZ DE CISNEROS, *CCJC* núm. 14, 1987), 25 de junio, 12 de diciembre de 1987; 6 de julio de 1988 (comentada por JIMÉNEZ DE CISNEROS, *CCJC* núm. 17, 1988).

Entre ellas han reconocido propiedad privada o un dominio «degradado» o derecho real «atípico» sin limitación temporal: SS del TS 11 de junio de 1984, 17 de junio de 1987, 6 de julio de 1988.

(4) Ley de 22/88, de 28 de julio, de Costas, «BOE» núm. 181, de 29 de julio de 1988.

cional, establece que esos bienes son dominio público, que no existe ninguna propiedad más que la demanial del Estado (art. 9), sin que valga ninguna detentación privada por prolongada que sea en el tiempo y aunque se encuentre amparada por el Registro de la Propiedad (art. 8). También establece la adaptación de las situaciones anteriores al nuevo régimen diseñado, a través de una serie de disposiciones transitorias.

Nuestro propósito es analizar la Disposición Transitoria Primera, en sus números 1 y 2.

1. Los supuestos de hecho contemplados en la Disposición Transitoria Primera, números 1 y 2

La Disposición Transitoria Primera, números 1 y 2, contempla dos supuestos diferentes.

El apartado primero (5) se refiere a aquellos particulares cuya propiedad privada en zona marítimo-terrestre ha sido reconocida por sentencia judicial firme, anterior a la entrada en vigor de la nueva ley. Su derecho de propiedad se transforma en un derecho de ocupación y aprovechamiento, para lo cual tienen que solicitar, en el plazo de un año, contado a partir de la entrada en vigor de la Ley de Costas, la correspondiente concesión. Concesión que se otorgará por treinta años prorrogables por otros treinta.

El apartado segundo (6) se refiere a aquellos terrenos situados en zona marítimo-terrestre o playa que no hubieran podido ser ocupados por la Administración al realizar su deslinde, porque sus titulares estaban amparados por los títulos indicados en el artículo 6.3 de la

(5) 1. «En virtud de lo dispuesto en artículo 132.2 de la Constitución, los titulares de espacios de la zona marítimo-terrestre, playa y mar territorial que hubieran sido declarados de propiedad particular por sentencia judicial firme anterior a la entrada en vigor de la presente Ley pasarán a ser titulares de un derecho de ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre, a cuyo efecto deberán solicitar la correspondiente concesión en el plazo de un año a contar desde la mencionada fecha. La concesión se otorgará por treinta años, prorrogables por otros treinta, respetando los usos y aprovechamientos existentes, sin obligación de abonar canon, y se inscribirá en el Registro a que se refiere el artículo 37.3.»

(6) 2. «Los terrenos de la zona marítimo-terrestre o playa que no hayan podido ser ocupados por la Administración al practicar un deslinde anterior a la entrada en vigor de esta Ley, por estar amparados por los títulos a que se refiere el artículo 6.3 de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, quedarán sujetos al régimen establecido en la presente Ley para la utilización del dominio público, si bien los titulares inscritos podrán solicitar, en el plazo de un año, a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, la legalización de usos existentes, mediante la correspondiente concesión, en los términos de la disposición transitoria cuarta. Asimismo, tendrán preferencia, durante un período de diez años, para la obtención de los derechos de ocupación o aprovechamiento que, en su caso, puedan otorgarse sobre dichos terrenos. Todo ello sin perjuicio de las acciones civiles que aquellos puedan ejercitar en defensa de sus derechos.»

anterior Ley de Costas, es decir, por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (7); sin perjuicio de que la Administración ejercitase las acciones judiciales pertinentes. Este ejercicio era al parecer obligado, de conformidad con la Disposición Transitoria Segunda de la anterior Ley de Costas (8).

Estos supuestos del apartado segundo quedan sujetos al régimen general establecido para la utilización del dominio público en la nueva Ley de Costas, si bien se puede solicitar, en el plazo de un año a contar de su entrada en vigor, la legalización de los usos existentes, mediante la correspondiente concesión en los términos de la disposición transitoria cuarta. También tienen preferencia durante un período de diez años para la obtención de los derechos de ocupación o aprovechamiento que en su caso puedan otorgarse. Y todo ello sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitar los particulares en defensa de sus derechos.

En conclusión, la Disposición Transitoria Primera, números 1 y 2, hace referencia a los supuestos siguientes: 1. titulares de propiedad privada reconocida por sentencia judicial firme, y, 2. poseedores de terrenos en zona marítimo-terrestre o playa protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

2. La existencia de propiedad privada en zona marítimo-terrestre como cuestión

El hecho de que la Disposición Transitoria Primera, números 1 y 2, haga referencia a esos dos supuestos parece dar a entender que con la anterior legislación era posible la existencia de propiedad privada en zona marítimo-terrestre (de hecho como ya se ha indicado, una dirección jurisprudencial y otra doctrinal han ido en ese sentido) (9). Ahora bien, si en el régimen que tradicionalmente se asocia a los bienes de dominio público (10), mientras lo son, no cabe por

(7) Artículo 6.3 de la Ley de Costas de 1969 (Ley 28/1969, de 26 de abril): «La resolución que dicte el Ministerio de Obras Públicas será ejecutiva. La atribución de posesión, consecuencia del deslinde, no podrá realizarse respecto a las fincas o derechos amparados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, aunque sin perjuicio de la facultad de la Administración para ejercitar las acciones judiciales pertinentes».

(8) Disposición transitoria segunda: «Aprobado el deslinde, la Administración deberá ejercitar las acciones reivindicatorias que procedan respecto a los bienes de dominio público».

Si la Administración no ejercitare tales acciones podrá ser requerida al efecto por las Corporaciones Locales interesadas, y si no lo efectuare en el plazo de seis meses, dichas Corporaciones podrán subrogarse y ejercitarlas en nombre e interés de aquélla (...).

(9) Vid. notas núms. 2 y 3.

(10) Los bienes de dominio público son bienes situados fuera del comercio (art. 1936 Cc., a contrario sensu) y en consecuencia inalienables, imprescriptibles e inembargables. La Administración cuenta con determinadas prerrogativas para hacer efectivo ese régimen jurídico: el reintegro posesorio y el deslinde. GARRIDO FALLA, F., *Comenta-*

definición su apropiación por particulares, ¿cómo ha sido posible que una directriz jurisprudencial haya declarado la existencia de propiedad privada en zona marítimo-terrestre?, ¿cuáles son sus argumentos justificativos?

II. SITUACION DE LA QUE PARTE LA LEY DE COSTAS DE 1988

1. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

Comencemos analizando la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha reconocido propiedad privada.

1.1. Cuestiones previas

Antes de entrar en el estudio de los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo conviene hacer algunas observaciones previas que nos ayuden a valorar el verdadero alcance de la jurisprudencia.

La primera observación consiste en señalar, brevemente, cómo suele plantearse el conflicto. En general surge del modo siguiente. La Administración realiza el deslinde de un determinado tramo de zona marítimo-terrestre. El particular alega en su defensa que el terreno deslindado se encuentra inscrito a su nombre en el Registro de la Propiedad. Como consecuencia, la Administración no puede entrar en la posesión del terreno deslindando (recuérdese el art. 6.3 LC de 1969, citado en nota núm.7). Posteriormente el Abogado del Estado interpone acción declarativa de dominio o reivindicatoria, al mismo tiempo que pide la cancelación de las inscripciones que favorecen al particular.

En segundo lugar, hay también que tener en cuenta, para valorar correctamente la doctrina jurisprudencial, que la zona marítimo-terrestre y playas son terrenos que sufren con relativa frecuencia alteraciones o mutaciones geológicas. Es, tras esos cambios de configuración, donde surgen las numerosas cuestiones jurídicas que se perciben en la jurisprudencia. Así, por ejemplo, una vez se discute sobre la calificación jurídica de aterramientos producidos, bien por el mar (11), bien por un muro de contención (12); otras veces es sobre

rios al Código civil y Compilaciones forales, dirigidos por M. Albadalejo, tomo V, vol. 1, Madrid 1980, pp. 48 y ss., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, 8.^a ed., Madrid, 1987, pp. 348-403, y *Comentarios a la Constitución*, 2.^a ed. ampliada, Madrid, 1985, pp. 1936-1947. SÁINZ MORENO, F., *Comentarios a las Leyes políticas* dirigidos por O. Alzaga, tomo X, Madrid 1985, pp. 125-217.

(11) STS de 28 de noviembre de 1973, 19 de diciembre de 1977.

(12) STS de 23 de abril de 1976.

la calificación de terrenos que originariamente se encontraban fuera de la zona marítimo-terrestre, pasando posteriormente a integrarse dentro de ella (13) o, acerca de unos promontorios que son cubiertos por las mareas vivas equinociales, pero no por las mareas ordinarias (14); o se reivindican terrenos de la zona marítimo-terrestre ocupados por particulares a consecuencia de distintas concesiones otorgadas por la Administración (15). De ahí que ante cada sentencia, sea necesario determinar el caso planteado para valorar el alcance de las afirmaciones del Tribunal Supremo.

Por último, hay que destacar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es uniforme (16).

1.2. *Supuestos de reconocimiento de propiedad privada por el Tribunal Supremo*

Las sentencias del Tribunal Supremo que reconocen propiedad privada en zona marítimo-terrestre o playa, y también muchas de las que no la reconocen, exigen para que la pretensión del particular prospere que se dé una de estas tres circunstancias: a) que se demuestre la desafectación de los bienes; b) que su alienabilidad haya sido autorizada; c) que el terreno hubiera pasado al dominio de los particulares antes de la Ley de Puertos de 1880 (17), pues entienden que el

(13) STS de 14 de noviembre de 1977: «en definitiva, que el terreno que inicialmente era de naturaleza privada, a causa de derechos legalmente adquiridos por particulares (...) y posteriormente pase a quedar comprendido en lo que pasa posteriormente a quedar integrado en zona marítimo-terrestre por la acción del mar (...) cual ha ocurrido en el presente caso, sigue manteniendo esa característica privada».

(14) STS de 2 de diciembre de 1976: «la mera circunstancia de que el terreno comprendido entre una y otra línea (las que delimitan la zona marítimo-terrestre) existan formaciones rocosas, arenosas o terrosas, que por la cota alcanzada no son cubiertas por el mar en esos movimientos u oleajes, pero que quedan rodeadas por éste de tal modo que al llegar el mar a esa línea interior no tienen acceso natural, no teniendo otro carácter que el de meras accesiones de la misma, o en todo caso pequeñas islas que serían de propiedad del Estado, no pueden quedar excluidas de integrar esa zona (...)». Comentada por ELIZALDE Y AYMERICH, *ADC* 1978, pp. 201-209.

(15) SS 11 de junio (comentada por CARRASCO PERERA, *CCJC*, núm. 6, 1985, y DE ANGEL, *La Ley* de 15 de noviembre de 1985; aunque ambos comentarios aluden al carácter demanial de la zona marítimo-terrestre, se centran, sin embargo, en el análisis del art. 361 Cc.), 17 de junio, 4 de julio de 1985; 22 de julio de 1986.

(16) Vid. nota núm. 17.

(17) Sin embargo, dos sentencias, al menos, no han seguido esa línea jurisprudencial. Son las SS del TS de 9 de noviembre de 1984 y 6 de julio de 1988. En ambos casos la adquisición del particular se remontaba a fechas anteriores a 1880: en uno a 1871, en otro a 1863. Niega el Tribunal Supremo que exista propiedad privada, pues la legislación vigente en ese momento no permitía la enajenación, además de que son bienes que no pueden ser desafectados. La primera sentencia es comentada por BERCOVITZ, R., *CCJC* núm. 6, 1984; la segunda por JIMÉNEZ DE CISNEROS, *CCJC* núm. 17, 1988.

origen de la demanialidad de la zona marítimo-terrestre se encuentra en esa Ley (18).

1.3. *Significado que la jurisprudencia atribuye a la inscripción en el Registro de la Propiedad*

Los particulares, además de intentar demostrar que cumplen alguno de los requisitos que acabamos de mencionar suelen utilizar en apoyo a su pretensión, el que figuren como titulares del terreno litigioso en el Registro de la Propiedad. Alegan en sus recursos infracción por violación de los artículos 1, 38 y 34 de la Ley Hipotecaria.

Frente a esas alegaciones, el Tribunal Supremo ha insistido reiteradamente que, según el artículo 5 del Reglamento Hipotecario (19), la zona marítimo-terrestre no tiene acceso al Registro de la Propiedad, de ahí que a la Administración no pueda perjudicarle el contenido de la inscripción. Tampoco ha admitido que la inscripción o la posesión sirva como título que justifique a los particulares la adquisición de propiedad. Por tanto, si el particular sólo cuenta con esos argumentos, el Tribunal Supremo declarará procedente la reivindicación del Estado (20).

(18) Recordemos que la Ley de Puertos de 1880 declaraba: artículo 1: «Son de dominio nacional y uso público, sin perjuicio de los derechos que correspondan a los particulares: 1. La zona marítimo-terrestre (...); artículo 7: «Los terrenos de propiedad particular colindantes con el mar o enclavados en la zona marítimo-terrestre están sometidos a las servidumbres (...).» La Ley de Puertos de 1928 (arts. 1 y 7) disponía lo mismo que la Ley de Puertos de 1880. Ley de Costas de 1969: artículo 1: «Son bienes de dominio público sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos: 1. Las playas (...) 2. La zona marítimo-terrestre (...); artículo 4: «Los terrenos de propiedad particular enclavados en las playas y zona marítimo-terrestre y colindantes con esta última o con el mar estarán sometidos a la servidumbre (...).»

(19) Artículo redactado conforme al D. 393/1.959, de 17 de marzo («BOE», núm. 72, de 25 de marzo).

(20) En el mismo sentido CLAVERO AREVALO, M., *La inalienabilidad del dominio público*, Sevilla, 1958, pp. 124-130.; FORNESA RIBO, R., *Eficacia del título hipotecario sobre parcelas de zona marítimo-terrestre. Especial referencia a los terrenos ganados al mar*, «RAP» 1965, pp. 123-145. En contra, admitiendo que los principios registrales afectan a los bienes de dominio público, al entender que el artículo 5 del Reglamento hipotecario establece una dispensa y no una prohibición, aunque matice esa afirmación en base al principio de ostentabilidad de los bienes de dominio público, PAREJO GAMI, R., *Protección registral y dominio público*, Madrid, 1975.

CONDE CONDE, M., (en *El pretendido uso de las playas y zona marítimo-terrestre de propiedad particular*, «RAP» 1974, núm. 73, pp. 429-453) sostiene que si sólo existiera el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no se plantearía problema porque no funcionaría, debido al artículo 5 del Reglamento Hipotecario. Sin embargo, la legislación especial (Ley de Costas de 1969, arts. 1 y 6) dispone lo contrario: el artículo 34 de la Ley Hipotecaria tiene de esta forma eficacia (pp. 437-438).

2. Análisis de los criterios jurisprudenciales

Procedamos ahora a hacer una valoración de cada uno de los supuestos de reconocimiento de propiedad privada que admite el Tribunal Supremo.

2.1. *La desafectación como causa determinante de la existencia del enclave*

El criterio de la desafectación del bien (21) no plantea, en principio, problema. El particular tiene que demostrar que efectivamente se produjo la misma (bien porque una ley así lo declaró, bien porque el terreno concreto sufriera un cambio en sus características naturales, no encajando ya, dentro de la categoría demanial) (22).

2.2. *Los enclaves históricos*

Mayor problema plantea el criterio de que la adquisición de zona marítimo-terrestre fue anterior a 1880. El Tribunal Supremo suele afirmar, como se ha indicado, que fue la Ley de Puertos de 1880 la que declaró por primera vez a la zona marítimo-terrestre bien de dominio público.

La consideración de este argumento a favor de la existencia de propiedad privada da lugar a algunas preguntas. En el Derecho histórico español ¿se admitía la existencia de propiedad privada en zona

(21) La zona marítimo-terrestre y playas se encuentran en lo que se denomina dominio público por «naturaleza». El término no se debe entender en el sentido de que son bienes que de por sí son dominio público, sino en el de que son más adecuados para ser calificados de demaniales. El verdadero criterio determinante es el de la «afectación» (art. 339 Cc.). En esta categoría de bienes la afectación no se produce por medio de actos expresos de la Administración, sino a través de una ley que califica, con carácter general. Habrá que comprobar si el bien encaja o no en la definición legal. La desafectación es el acto contrario a la afectación. Provoca la salida del bien del régimen de dominio público.

(22) En la STS de 17 de junio de 1987, el Abogado del Estado reivindica unos terrenos de la zona marítimo-terrestre al Ayuntamiento de Jávea y otros particulares. Los terrenos habían sido objeto de una Ley singular de 22 de julio de 1935 que cedía al Ayuntamiento su utilización permanente y gratuita. El Tribunal Supremo declara que esa Ley ha producido una desafectación, confiriendo al Ayuntamiento «una atribución real sobre bienes concretos erga omnes, muy cercano al pleno dominio, ya que no cabría reversión y que por ello pudo tener acceso al Registro de la Propiedad». Sentencia comentada por JIMÉNEZ DE CISNEROS, quien entiende que no hay desafectación «en el sentido definido por la doctrina como cambio de destino efectuado por ley o acto expreso, sino que en realidad hay una transformación de la condición física del bien por la ejecución de obras públicas, que le hacen perder su originaria calificación de dominio público» (CCJC núm. 14, 1987, p. 4.686). La cesión efectuada es una «concesión a perpetuidad, gratuita, del dominio público con transmisión de la propiedad, por la realización de una obra pública» (p. 4.688).

marítimo-terrestre? Qué Ley es la que atribuye a dicha zona la demandalidad, ¿la Ley de Puertos de 1880 o la Ley de Aguas de 1866? Comencemos por la segunda cuestión.

2.2.1. El origen de la declaración de demanialidad

La segunda cuestión es una matización a la primera. Supone determinar la fecha exacta a partir de la cual es clara la no admisión de propiedad privada en el litoral español (salvo en el supuesto de la desafectación). La respuesta posee gran importancia, como se podrá ver.

Probablemente, la verdadera fecha a tener en cuenta no sea la de 1880, sino la de 1866: la de la primera Ley de Aguas. Esta Ley declaró a las playas bienes de dominio público (el concepto de playa es lo que posteriormente pasó a denominarse zona marítimo terrestre) (23). Esa variación de unos quince años es relevante, porque con relativa frecuencia, los particulares alegan que sus adquisiciones se remontan a 1871, fecha anterior a la Ley de Puertos de 1880, pero posterior a la de la Ley de Aguas de 1866 (24).

(23) Artículo 10 de la Ley de Aguas de 1866: «Las playas del mar que comprenden todo el espacio que bañan las pleamares en el Océano y las mayores olas durante las tempestades en el Mediterráneo, pertenecen al dominio público nacional». Artículo 1 de la Ley de Puertos de 1880: «Son del dominio nacional (...): 1. la zona marítimo-terrestre, que es el espacio de las costas o fronteras marítimas del territorio español que baña el mar en su flujo y reflujo, en donde son sensibles las mareas, y las mayores olas en los temporales en donde no lo sean (...)».

Tanto MARTÍN-RETORTILLO (en *REDA* 1982, núm. 32, p. 524) como SÁINZ MORENO (en *RAP* 1982, núm. 99, p. 221), critican el que la jurisprudencia feche la posibilidad de adquirir propiedad particular en zona marítimo-terrestre en 1880, y no en 1866.

Para antecedentes y elaboración de la Ley de Aguas de 1866 véase MARTÍN-RETORTILLO, S., *La elaboración de la Ley de Aguas de 1866*, «RAP» 1960, núm. 32, pp. 11-54, y *La Ley de Aguas de 1866. (Antecedentes y elaboración)*, Madrid 1963.

(24) La STS de 25 de octubre de 1976 sí tuvo en cuenta a la Ley de Aguas de 1866. El demandado tenía inscrito el terreno litigioso en el Registro de la Propiedad, demostrando por medio de escrituras que la adquisición originaria se remontaba a 1871. El Tribunal Supremo señaló que según el artículo 299 de la Ley de Aguas de 1866, y posteriores leyes, estos bienes están «fuera del comercio de los hombres lo que les hace inalienables e imprescriptibles, normativa que rige mientras no se produzca su desafectación o cambio de destino (...), pero es lo cierto que de tal desafectación no existe la menor constancia (...) ni se contiene referencia alguna a ella en el título de dominio opuesto por el demandado (...) y los que son su antecedente hasta llegar a la de 28 de octubre de 1871». Al tomarse como punto de referencia la Ley de Aguas de 1866 y ser la adquisición originaria en 1871, el único criterio que se analizó fue el de la desafectación y no el de adquisición anterior a 1880.

2.2.2. La consideración de la zona marítimo-terrestre en el derecho histórico español

La primera cuestión (si antes de 1880 —realmente antes de 1866— nuestro Derecho admitía o no la posibilidad de enclaves privados en zona marítimo-terrestre) nos conduce a realizar un breve estudio histórico sobre el Derecho aplicable en aquel momento, que en este caso eran las Partidas (P. 3.28,3 y 4.) (25).

La Ley cuarta define qué se entiende por ribera del mar, estableciendo el uso común de la misma. La Ley tercera, tras señalar qué cosas son las que pertenecen comunalmente a todas las criaturas, declara que si en la ribera del mar se hallare edificio que sea de alguno, no se debe derribar ni usar, salvo con el otorgamiento del que lo hizo. Pero, si el edificio fuese derribado por el mar o se cayera, puede cualquiera hacer otro edificio sobre el mismo lugar.

Ese uso privativo que «embarga» el uso comunal ¿es propiedad privada? De la simple interpretación literal parece ser que no. Se permite construir, pero no apropiarse de la superficie sobre la que se edifica, pues si el edificio perece cualquiera puede edificar en el mismo lugar. El derecho que se reconoce en las Partidas a los particulares recuerda bastante a una concesión, sin plazo prefijado, pero con el límite de la destrucción del edificio.

La glosa de Gregorio López (26) señala que la posibilidad de edificar en la ribera del mar debe entenderse con tal de que el edificio haya sido construido lícitamente y con licencia del Príncipe «pues, sin ésta, no hubiera podido construirse ni adquirirse el dominio del mismo».

Interesa también conocer qué opinaba la doctrina del siglo XIX (tanto civilistas como administrativistas) sobre la posibilidad de propiedad

(25) P. 3.28,3: «Quales son las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas.

Las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas que bien en este mundo, son estas; el ayre e las aguas de la lluuia, e el mar, e su ribera. Ca qualquier criatura que biua, puede vsar de cada vna destas cosas, segun quel fuere menester. Eporende todo ome se puede aprouechar de la mar, e de su ribera, pescando, o nauagando, e faziendo y todas las cosas que entendiere que a su pro son. Empero si en la ribera de la mar fallare casa, o otro edificio qualquier, que sea de alguno, non lo deue derribar, nin vsar del en ninguna manera, sin otorgamiento del que lo fizo, o cuyo fuere; como quier que si lo derribasse la mar, o otri, o se cayesse el, que podria quienquier fazer de nuevo otro edificio en aquel mismo lugar».

P. 3.28,4: «Que cosas son aquellas que ome puede fazer en la ribera de la mar.

En la ribera de la mar todo ome puede fazer casa o cabaña a que se acoja cada que quisiere, e puede fazer otro edificio qualquier de que se aproueche, de manera que por el non se embargue el vso comunal de la gente: e puede labrar en la ribera galeas, e otros nauios qualquier; e enxugar y redes, e fazerlas de nuevo si quisiere; e en quanto y labrare, o estuuiere, non lo deue otro ninguno embargar, que non puede vsar, e aprouecharse de todas estas cosas, o de otras semejantes dellas, en la manera que sobre dicho es: e todo aquel lugar es llamado ribera de la mar quanto en tiempo del inuierno, o del verano».

(26) GREGORIO LÓPEZ en P. 3.28,3, glosa que sea de alguno.

privada en zona marítimo-terrestre. En el estudio de la doctrina conviene diferenciar dos períodos: antes y después de 1866.

Antes de 1866 parece que no se plantea directamente la doctrina la cuestión de la existencia de propiedad privada en la ribera del mar. Los autores se limitan a repetir lo establecido en las Partidas (27).

Con posterioridad a 1866, tras la Ley de Aguas, los autores no califican ya la ribera del mar de cosa común, como se denominaba en las Partidas (P. 3.28,3), sino de bien perteneciente al Estado, a quien también, le corresponde ahora conceder autorización para edificar. Por otro lado reconocen, con carácter excepcional, la posibilidad de propiedad privada en zona marítimo-terrestre o playa, aunque no se dice, sin embargo, cuáles son los modos posibles para adquirirla (28).

En conclusión, se puede afirmar que antes de 1866 no se cuestiona la doctrina si existe propiedad privada en zona marítimo-terrestre o playa. Se limita a recordar que según las Partidas existe posibilidad de edificar. Después de 1866, y más claramente desde 1880 (la Ley de Puertos de esa fecha sí habla de enclaves privados), la doctrina acepta su posibilidad sin indicar los modos de adquisición. Hay en ello un salto. De no men-

(27) SALA, *Ilustración del Derecho Real de España*, 3.^a ed., 1832, tomo I, p. 98: «ni podrá tampoco ninguno usar de estas obras ni derribarlas sin otorgamiento del que las hizo. Pero si las derribare el mar ú otro, ó se cayesen, bien podría cualquiera hacer otro edificio en el mismo lugar. Son pues del que edificó mientras se conservan, y no más, d. l.3.» COLMEIRO, *Derecho Administrativo Español*, vol. II, 1865, p. 7: «tampoco se puede edificar en la ribera de modo que se embargue el uso comunal de la gente (...); y por eso à nadie le es lícito construir en ella sin previa licencia de aquellas autoridades».

(28) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, tomo II, 2.^a ed., Madrid (1868, p. 21): «pero el Estado, que (...) es dueño (...), lo es todavía más de las costas; las playas (...) le pertenecen, à menos que no estén en el dominio particular, legítimamente adquirido (...). La edificación en la ribera del mar no es un acto libre. El Estado la concede perpétua o temporalmente por causas de utilidad pública, y en cuanto no embargue al uso comunal (...)». GÓMEZ DE LA SERNA, MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y Penal de España*, tomo I, Madrid (1886, p. 554): «18. (...) El Estado es el dueño de las costas, y de las playas (...), a no ser de la parte que se halle en propiedad particular adquirida por títulos legítimos (...) 19. (...) en ningún punto de las costas, playas, (...), se puede ejecutar obras nuevas ni construir edificio alguno sin la competente autorización (...)». POSADA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, 1888, p. 195: «Los terrenos de particulares (...) en la zona marítimo-terrestre, están sometidos a las servidumbres de salvamento y vigilancia litoral». SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo*, 1908, p. 523: «3) *Propiedad de Particulares*. Los terrenos de propiedad particular (...) enclavados en la zona marítimo-terrestre, están sometidos a las servidumbre de salvamento y vigilancia litoral (...)».

SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho civil Español. (Común y Foral)*, tomo II, 2.^a ed., Madrid, 1911, p. 493, la zona marítimo-terrestre es «de dominio nacional y uso público, sin perjuicio de los derechos que correspondan a los particulares». Este autor, como se ve, no habla de propiedad privada, sino de derechos de los particulares.

VISO (*Lecciones elementales de Historia y de Derecho civil, mercantil y penal de España, Parte segunda del Derecho civil*, 5.^a ed., Valencia, 1885, tomo II, p. 13), sigue las Partidas. Los que actualizaron la edición no modifican este punto.

cionarse el tema se pasa a su admisión sin justificar suficientemente el origen. Existe, pues, una zona oscura que no permite hacer afirmaciones tajantes. Es de resaltar que gran número de litigios tiene su origen en adquisiciones procedentes de la legislación desamortizadora.

Lo cierto, y eso es lo que importa, porque determina la situación de la que parte la nueva Ley de Costas, es que el Tribunal Supremo reiteradamente ha reconocido la existencia de propiedad privada cuando la adquisición fue anterior a 1880; y aunque claramente no cuente con argumentos a su favor en las Partidas, no por ello ha dejado de contar con apoyo. Ese apoyo ha estado en las sucesivas Leyes de Puertos (1880, 1928) y en la Ley de Costas de 1969, coincidiendo en la interpretación de estos textos legales con sector de la doctrina.

III. EL ARTICULO 132 DE LA CONSTITUCION DE 1978

La valoración de la Disposición Transitoria primera, números 1 y 2, exige detenernos en el artículo 132.2 de la Constitución Española. Este precepto, como se señaló, declara a la zona marítimo-terrestre y playas bienes de titularidad estatal, calificándolos como dominio público «en todo caso». ¿Qué incidencia tiene, este artículo, en las situaciones de hecho contempladas en la Disposición Transitoria primera de la Ley de Costas? La respuesta depende del significado que se atribuya a la Constitución.

1. Posibles interpretaciones del artículo 132.2 de la Constitución

El texto del artículo 132.2 de la Constitución admite diferentes interpretaciones (28 bis)

— *Primera interpretación.* Consiste en entender que la Constitución restaura un viejo principio del Derecho histórico español: que nunca se admitió propiedad privada en zona marítimo-terrestre. Significa negar que los particulares hayan adquirido alguna vez el dominio, y en consecuencia, la necesidad de que esos bienes reviertan al Estado, sin derecho a indemnización. Sólo habría una excepción: aquellos casos en que el particular cuente con sentencia judicial firme favorable, pues aquí tiene un título que le protege (cosa juzgada, art. 1.251.2 Cc.).

Con esta interpretación, la Constitución realiza un mandato para el futuro y una interpretación vinculante de la legislación anterior

(28 bis) Vid. GUAITA, A., *Derecho Administrativo. Aguas, Montes, Minas*, 2.^a ed., Madrid, 1986, pp. 54-55.

(interpretación auténtica), que implica retroactividad. Este tipo de interpretación, como señala Castro, se utiliza con carácter excepcional y con el fin de «rectificar discrecionalmente la mala redacción de una ley, poner cota a una interpretación equivocada o indeseada de los Tribunales, o simplemente, estrechar el ámbito de libertad dejado al intérprete, y que se ha revelado excesivo o peligroso» (29).

Sin embargo, como puede comprenderse, la utilización de la interpretación auténtica debe de tener límites. ¿Es posible admitirla cuando hay leyes (Leyes de Puertos de 1880 y 1928; Ley de Costas de 1969) que expresamente hablan de enclaves de propiedad privada en zona marítimo-terrestre, sobre las que se ha construido una clara orientación jurisprudencial? ¿Es posible cuando, además, ha pasado más de un siglo desde la primera ley que dio pie a esa orientación? Entender así el artículo 132.2 de la Constitución ¿no implica colisión con el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales reconocido por el artículo 9.3 de la Constitución? ¿y con el principio de seguridad jurídica reconocido también en el mismo artículo?

Como puede advertirse la oportunidad de una interpretación auténtica provoca serias dudas.

— *Segunda interpretación.* Consiste en entender que a partir de 1978 no cabe propiedad privada en zona marítimo-terrestre. La Constitución declara que todo el litoral español, sin excepción, es dominio público. Hacia el futuro, la Constitución implica la exigencia de demanialidad de toda esa zona, incompatible con la subsistencia de propiedad privada, consecuencia de ciertas interpretaciones dadas a las leyes anteriores.

¿Cómo se va a producir la integración de esas situaciones en el dominio público?

La integración se puede producir de dos diferentes maneras: 1. Automáticamente, como efecto directo de la Constitución; por tanto, sin necesidad de una ley que desarrolle dicha integración, 2. A través del desarrollo por el legislador ordinario; la completa demanialidad se producirá cuando una ley desarrolle la Constitución.

Pero, al margen de como se entienda que se produce la integración, lo cierto es que la misma no se puede efectuar sin compensación, pues implicaría una confiscación y una contradicción con los principios constitucionales. El artículo 33.3 de la Constitución dice que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización...». La compensación sí debe ser desarrollada por ley.

(29) CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Tomo I, 2.ª ed., Madrid 1949, (reimpresión Madrid, 1984), p. 466.

— *Tercera Interpretación.* Consiste en entender que a partir de 1978 no se admite que surja propiedad privada en zona marítimo-terrestre, siendo respetadas, al mismo tiempo, las posibles situaciones anteriores. A diferencia de la interpretación anterior, ésta no produce necesariamente la transformación de las posibles propiedades privadas existentes en zona marítimo-terrestre, en dominio público.

Esta posición, sin embargo, es difícil de sostener porque, por un lado, el tenor literal de la Constitución es tajante: la zona marítimo-terrestre es dominio público en todo caso, sin excepciones. Por otro, si se tiene presente los debates constitucionales, parece que se pretendía que toda la zona marítimo-terrestre fuera dominio público (30).

2. Interpretación jurisprudencial del artículo 132.2 de la Constitución Española

El Tribunal Supremo, en un primer momento, no menciona al artículo 132.2, aunque más tarde lo tiene presente. Hay que destacar que, a pesar de la Constitución, el Tribunal Supremo, sigue admitiendo que puede existir propiedad privada en zona marítimo-terrestre, si se demuestra alguno de los requisitos que este Tribunal exige. Por último, también se puede hablar de una cierta orientación a favor del dominio público. Esto se refleja en lo siguiente.

Por un lado, como se indicó, hay dos sentencias (31) en las que de haberse seguido la orientación jurisprudencial, el Tribunal Supremo tendría que haber reconocido la existencia de dominio privado (las adquisiciones eran anteriores a 1880). Sin embargo, en un caso se declaró bien de dominio público a la zona marítimo-terrestre; en el otro, al particular se le reconoció un dominio «degradado» o un derecho real «atípico», sin limitación temporal.

Por otro lado, el artículo 132.2 de la Constitución Española ha determinado, en ocasiones, un mayor rigor en la apreciación de la prueba. El Tribunal Supremo había señalado que el particular que

(30) SÁINZ MORENO, F., expone todo el iter parlamentario del artículo 132.2 de la Constitución, señalando que fue en el Senado donde se planteó la dura polémica del respeto a los derechos adquiridos; señala como la enmienda presentada por el senador Iglesias Corral sobre el respeto de los derechos adquiridos fue retirada para «evitar que (...) figure como derrotada en las actas de este Senado» (*RAP* 1982, núm. 99, pp. 223-231). En el mismo sentido MARTÍN-RETORTILLO, L., señala que «no prevalecieron las enmiendas que auspiciaban la demanialidad "sin perjuicio de los derechos adquiridos"». De modo que la Constitución es firme al respecto. Y no admite fisuras ni excepciones» (*REDA* 1982, núm. 34, p. 520), y BERCOVITZ, R.: «el estudio de los debates parlamentarios muestra, sin lugar a dudas, que nuestros constitucionalistas no quisieron excepcionar del ámbito de la aplicación del artículo 132.2 las situaciones previamente existentes, es decir, los derechos adquiridos» (*CCJC*, núm. 6, 1984, p. 2047).

(31) Vid. nota núm. 17.

se opusiera a la pretensión del Estado tenía que probar los hechos obstativos a esa pretensión, o en su caso, los derechos que sobre la misma adujera. Tras la Constitución ha declarado que la fuerte presunción en pro del dominio nacional, que exige para ser destruida una rigurosa demostración en contrario, «ha de acentuarse después de la vigencia de la Ley Fundamental» (32).

Pero ¿qué ha supuesto realmente el artículo 132.2 de la Constitución para el Tribunal Supremo, en cuanto al reconocimiento de propiedad privada en zona marítimo-terrestre?

Aunque no se declare expresamente, el que el Tribunal Supremo continúe reconociendo dominio privado en zona marítimo-terrestre si se cumple alguno de los requisitos que exige (también hay sentencias en sentido contrario; vid. *supra*), significa un respeto a las situaciones previas a la Constitución: el respeto a los derechos adquiridos (32 bis)

3. Interpretación doctrinal del artículo 132.2 de la Constitución Española

La mayoría de los estudios doctrinales son anteriores a la Constitución, de ahí que lógicamente no mencionen el artículo 132.2. Posteriormente, han ido apareciendo algunos artículos en los que se han sostenido distintas posiciones.

L. Martín-Retortillo y F. Sainz Moreno consideran que la Constitución declara al litoral español dominio público sin excepciones. Niegan la subsistencia de posibles derechos adquiridos. Sostienen también que el precepto constitucional es directamente aplicable (33), criticando duramente la orientación jurisprudencial que reconoce propiedad privada en zona marítimo-terrestre después de 1978. Propone Sainz Moreno como solución que la propiedad privada de zona marítimo-terrestre se convierta en una concesión, salvo que resulte notorio perjuicio para el interés público (34). El fundamento de esa concesión se encuentra en el principio general de nuestro ordenamiento de

(32) STS de 6 de octubre de 1986, 10 de noviembre de 1986, 25 de junio de 1987. (32 bis) En la reciente sentencia de 6 de julio de 1988, el Abogado del Estado alegó en su recurso infracción por inaplicación del artículo 132.2 de la Constitución, porque no se podía interpretarlo en el sentido de que se respetasen las propiedades privadas en zona marítimo-terrestre. El Tribunal Supremo habla, por primera vez del respeto a los derechos adquiridos, pero no constituye la base de su decisión.

(33) SÁINZ MORENO, F., señala que «el artículo 132 de la Constitución contiene un mandato de eficacia inmediata que no necesita de una ley de aplicación» (*RAP* 1982, núm. 99, p. 234). MARTÍN-RETORTILLO, L., critica al Tribunal Supremo en la sentencia de 13 de octubre de 1981 por haber declarado propiedad privada en zona marítimo-terrestre a pesar del art. 132 de la Constitución; «porque se intente afirmar el valor normativo de la Constitución; porque ésta se configure, en definitiva, como norma jurídica (...). Pero es bueno que digamos, también, que es una norma. Inmediatamente aplicable. Y vinculante». (*REDA* 1982, núm. 32, p. 519).

(34) *RAP* 1982, núm. 99, pp. 240, 242.

respeto a los derechos adquiridos, y no en el artículo 33 de la Constitución que se dirige al futuro.

En sentido contrario se pronuncia Bercovitz (35). Entiende este autor que el artículo 132.2 de la Constitución no puede implicar un efecto confiscatorio (art. 33.3 CE), además de que la Constitución garantiza la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de los derechos individuales (art. 9.3 CE).

IV. ANALISIS DE LA DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA, NUMEROS 1 Y 2, DE LA LEY DE COSTAS DE 1988.

1. Interpretación del artículo 132.2 de la Constitución acogida en la Disposición Transitoria Primera, números 1 y 2, de la Ley de Costas de 1988

Dos son los elementos que se tendrán en cuenta. Son, el tenor literal de la Disposición Transitoria Primera, números 1 y 2, y la Exposición de Motivos de la Ley.

1.1. *El tenor literal*

La Disposición Transitoria Primera, número 1, hace simple referencia al artículo 132.2 de la Constitución. Ello no permite conocer qué interpretación constitucional ha sido la acogida. El dato que, sin embargo, permite llegar a una conclusión está en determinar los supuestos regulados y los no regulados en la Disposición Transitoria Primera, números 1 y 2.

Como se indicó, sólo dos supuestos son regulados: 1. titulares de propiedad privada reconocida por sentencia judicial firme, la cual se transformará, en una concesión de duración, como máximo, de sesenta años, y 2. poseedores de zona marítimo-terrestre protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que se sujetaran al régimen general de aprovechamiento, con ciertas preferencias. Ningún otro supuesto se regula.

Por lo expuesto parece que la Disposición Transitoria Primera, números 1 y 2, interpreta el artículo 132.2 de la Constitución en el sentido de que nuestro Derecho histórico nunca admitió propiedad privada en zona marítimo-terrestre (primera posible interpretación del texto constitucional señalada supra). De ahí que sólo indemnice a los titulares de propiedad privada reconocida por sentencia judicial firme, lo cual no es tanto consecuencia de que se admita propiedad

(35) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *CCJC* núm. 6, 1984, p. 2.048.

privada cuanto del respeto a la cosa juzgada. De ahí también el que a los poseedores de zona marítimo-terrestre protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria se les someta, sin más, al régimen general de aprovechamiento de la nueva Ley, aunque se les concedan determinadas ventajas. De ahí, por fin, el que no se haga alusión a los demás poseedores de zona marítimo-terrestre.

Si el legislador ordinario hubiera admitido que la anterior legislación permitía propiedad privada en zona marítimo-terrestre, al declarar con posterioridad a la Constitución que todo el litoral español es dominio público, cualquier titular que la hubiera adquirido legítimamente hubiese tenido que ser indemnizado por la privación, y no únicamente aquellos particulares que contasen con sentencia judicial favorable.

1.2. Exposición de Motivos

La Exposición de Motivos señala que la nueva Ley de Costas es innovadora. Parte de esa innovación consiste en haber restaurado «en su pureza principios de hondo arraigo en nuestro Derecho histórico pero que habían quedado debilitados en su aplicación». Posteriormente se aclara que esos principios implican calificar al mar y su ribera de «patrimonio colectivo». Se señala también que la Ley de Costas de 1988 supone cerrar «el paréntesis de signo privatizador que inició la Ley de Aguas de 1866, con un equivoco respecto a los derechos legítimamente adquiridos, que no deberían ser otros que los concesionales», y no admisión de propiedad privada.

La Exposición de Motivos apoya la anterior conclusión.

2. La constitucionalidad de la Disposición Transitoria Primera, números 1 y 2, de la Ley de Costas de 1988

La Disposición Transitoria Primera, números 1 y 2, de la nueva Ley de Costas ofrece una determinada interpretación del artículo 132.2 de la Constitución, que realiza el legislador ordinario. Sin embargo, ese carácter interpretador del texto constitucional no exime de analizar la posible constitucionalidad de la misma.

Nuestro análisis se centrará en dos aspectos.

2.1. Retroactividad y respeto debido al derecho de propiedad

Como se ha señalado, el legislador ordinario, en la nueva Ley de Costas, ha entendido que la Constitución contiene, en su artículo 132.2, no sólo un mandato para el futuro, sino también una inter-

pretación vinculante de la legislación anterior. Esta interpretación (interpretación auténtica) implica cierta retroactividad si se admite que con la legislación anterior pudo existir propiedad privada en zona marítimo-terrestre. Por ello es conveniente recordar, brevemente, lo que dispone la Constitución acerca de la retroactividad de las leyes.

El artículo 9.3 de la Constitución dispone la irretroactividad de las «disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales»; «en todo lo demás —señalan Díez-Picazo y Gullón— la Constitución deja al legislador un amplio margen de actuación y (...) fuera de esas coordenadas el legislador es soberano para dotar a las normas de efecto retroactivo» (36).

El alcance del artículo 9.3 de la Constitución ha sido valorado de diverso modo en la doctrina (37) y, el Tribunal Constitucional ha señalado (38) que el término «disposiciones» abarca a las Leyes y que «derechos individuales» son, en todo o en parte, los derechos fundamentales del Título I de la Constitución (39).

Se puede tal vez entender que en el ámbito de los derechos funda-

(36) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 6.ª ed., Madrid, 1988, p. 124.

(37) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., entienden (aunque aluden a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional) que la prohibición de retroactividad del artículo 9.3 de la Constitución Española se limita a los Reglamentos, no a las Leyes, y que engloba los derechos adquiridos, en *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 4.ª ed., Madrid, reimpresión 1988 pp. 81-89.

LÓPEZ MENDUO, F., mantiene que son Leyes y Reglamentos los afectados por el artículo 9.3 de la Constitución Española, y que sólo los derechos de la sección 1.ª, del Capítulo segundo, del Título I de la Constitución son los incluidos, en *La irretroactividad de las leyes en la Constitución de 1978 (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1981 sobre la Disposición Adicional quinta de la Ley de Presupuestos Generales del Estado 1981)*, «REDA» 1981, núm. 31, p. 727, y *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Sevilla, 1982, pp. 210-228.

(38) SSTC 27/1981, de 20 de julio; 6/1983, de 4 de febrero.

(39) GAYA SICILIA, R., entiende que, si en una primera etapa el Tribunal Constitucional afirma que el alcance del artículo 9.3 de la Constitución Española abarca en todo o en parte los derechos fundamentales del título I de la Constitución, a partir de la STC 42/86, de 10 de abril, se restringe a la sección 1.ª, del Capítulo segundo, del Título I, de la Constitución (en *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1987, pp. 207-212, y 301; cfr. también OTTO, *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, 2.ª ed., Madrid [1988], p. 98). Según ese criterio, la Disposición Transitoria primera, números 1 y 2, de la nueva Ley de Costas, aún en el supuesto de que se entienda que la legislación anterior admitía propiedad privada en zona marítimo-terrestre, no ataca el principio de irretroactividad garantizado en la Constitución: estaríamos dentro del margen de discrecionalidad que tiene el legislador ordinario para dar a las normas efectos retroactivos. No obstante, todavía cabría plantear la inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria Primera, núms. 1 y 2, atendiendo al principio de seguridad jurídica que, entiende GAYA SICILIA, R. (p. 214), es principio independiente del de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales. Sobre este punto ha dicho el Tribunal Constitucional: «es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente» (STC 15/1981, de 7 de mayo).

mentales la irretroactividad de las normas jurídicas se justifica como garantía constitucional de los mismos; garantía que se realiza frente a las actuaciones del legislador y en el modo y medida en que esos derechos se encuentran reconocidos en la Constitución.

Trasladándonos al derecho de propiedad, que es el que aquí nos interesa, parece posible admitir que está incluido dentro de los derechos a los que alcanza la garantía de irretroactividad, en cuanto que la Constitución garantiza el respeto a su contenido esencial frente a las actuaciones del legislador (art. 53 CE). En este caso, el alcance de la irretroactividad del artículo 9.3 de la Constitución lo determinará el artículo 33 de la misma. Dicho artículo impone el *reconocimiento* de las propiedades existentes en el momento de la entrada en vigor de la Constitución (art. 33.1), sin perjuicio de su posible expropiación (art. 33.3), pero no impide que la delimitación del contenido del derecho de propiedad se modifique en las propiedades existentes de acuerdo a la función social (art. 33.2 CE).

La Disposición Transitoria Primera, números 1 y 2, sólo admite la existencia de aquellas propiedades privadas reconocidas por sentencia judicial firme. De acuerdo a lo que se acaba de exponer: será inconstitucional si realmente el Derecho anterior admitió propiedad privada en zona marítimo-terrestre; no lo será si efectivamente en el Derecho histórico no hubo base para el reconocimiento de propiedad privada. El constatar si se admitió o no propiedad privada es una cuestión de hecho que no depende de la voluntad del legislador actual y, como se ha señalado, no es posible con absoluta certeza afirmar que no haya podido existir propiedad privada en zona marítimo-terrestre. En el supuesto (cosa posible) de que haya existido propiedad privada en zona marítimo-terrestre, la retroactividad que establece la Disposición Transitoria Primera, números 1 y 2, de la Ley de Costas lesiona el derecho de propiedad de quienes no litigaron y en consecuencia no cuentan con sentencia judicial firme, al mismo tiempo que se produce un tratamiento desigual entre esos propietarios y los que litigaron y obtuvieron sentencia judicial firme.

2.2. *Constitucionalidad de la transformación del derecho de propiedad reconocido por sentencia judicial firme en concesión de aprovechamiento*

Aunque admitamos que el Derecho histórico español nunca reconoció propiedad privada en zona marítimo-terrestre, surge una nueva cuestión: ¿Es constitucional la transformación del derecho de propiedad privada reconocido por sentencia judicial firme en un derecho de aprovechamiento de treinta o sesenta años que prevé la nueva Ley de Costas?

A propósito de esta transformación hay que cuestionarse en pri-

mer lugar si nos encontramos ante una delimitación del contenido de la propiedad privada, en razón de la función social (art.33.2 CE), o ante una privación del dominio, es decir, ante una expropiación (art. 33.3 CE). Para responder a esta cuestión hay que tener en cuenta si esa transformación ataca o no el contenido esencial del derecho de propiedad (40).

La transformación prevista en la Disposición Transitoria Primera, número 1, de la nueva Ley de Costas implica: 1. Limitación del contenido del derecho. 2. Limitación temporal.

Respecto al primer aspecto, limitación del contenido del derecho, podría pensarse que no es una privación del derecho de propiedad existente, sino una delimitación, de acuerdo con su función social, justificada por la Constitución. Sin embargo, la transformación se produce más allá, porque el derecho de propiedad se convierte en un derecho de naturaleza diferente (concesión), cuyo contenido no es uniforme pues, depende de la utilización que se haya venido haciendo con anterioridad («respetando los usos y aprovechamientos existentes») que es la que conforma el contenido de la nueva concesión. Porque además, el derecho de propiedad que se tenía es perpétuo y la concesión temporal (segundo aspecto).

Estas razones hacen que tengamos que afirmar que en este caso se produce algo más que una delimitación del contenido del derecho de propiedad, en razón de su función social; y que estamos, ante una privación, de carácter expropiatorio. Expropiación legislativa, que en este caso, como toda expropiación, está sometida al control constitucional (41).

La cuestión que se plantea a continuación es si es adecuada la «correspondiente indemnización» que por esa expropiación se recibe.

La Constitución exige expresamente que en la expropiación exista la «correspondiente indemnización» pero no señala, de forma directa, qué extensión debe tener y qué criterios de valoración se deben manejar. Sin embargo, esos límites constitucionales pueden implícitamente ser deducidos si nos fijamos en la finalidad que el texto constitucional atribuye a la indemnización: sustituir el bien patrimonial por un equivalente (función sustitutoria).

Como ha señalado el Tribunal Constitucional (42) la cuantía de la indemnización debe ser proporcional al valor real de los bienes y derechos expropiados, y es consecuencia de esa función sustitutoria. Esa proporcionalidad dependerá de la naturaleza de esos bienes y derechos. La Constitución no impone un único criterio de valora-

(40) LÓPEZ Y LÓPEZ A. M., *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, 1988, p. 169.

(41) La STC 166/86, de 19 de diciembre (f.j. 13), entendió que dentro del tenor literal del artículo 33.3 de la Constitución Española caben las expropiaciones legislativas.

(42) STC 166/1986, de 19 de diciembre, f.j. 13. B).

ción siendo el legislador libre de fijarlos, pero siempre y cuando se cumpla esa proporcionalidad exigida en la misma.

Cuando la Disposición Transitoria Primera, número 1, de la Ley de Costas, sustituye el dominio privado de zona marítimo-terrestre por un derecho de aprovechamiento de duración limitada ¿se ha cumplido la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el valor del bien expropiado y la indemnización?

Supone ello plantear una cuestión de hecho. Sin embargo, parece que si lo que se recibe a cambio de la privación del derecho de propiedad en esa transformación tiene un contenido menor y un plazo de duración también menor que ese inicial derecho dominical, esa proporcionalidad por hipótesis no se da (43).

Sin embargo, nótese que la perspectiva desde la que el legislador ha redactado la Disposición Transitoria Primera, número 1, de la nueva Ley de Costas, no es exactamente la misma en la que ahora nos movemos. El legislador ha entendido que en el Derecho histórico no existió base para el reconocimiento de propiedad privada que deba respetar. La Disposición Transitoria Primera, número 1, de la Ley de Costas, no es tanto la consecuencia del reconocimiento de propiedad privada cuanto la del respeto a ciertas situaciones jurídicas creadas por sentencia (cosa juzgada), para él de dudosa legalidad. Ello implica una consecuencia: el legislador no se siente vinculado por el artículo 33 de la Constitución. A estas situaciones reconocidas por sentencia el legislador no las valora como auténticas propiedades privadas, amparadas por el artículo 33.1 de la Constitución, sino como situaciones patrimoniales dignas de respeto. Aceptando este punto de vista se podría pensar que el equivalente que ofrece la Disposición Transitoria Primera, número 1, de la Ley de Costas sí es proporcional.

En conclusión, todo el problema de los enclaves de propiedad privada en zona marítimo-terrestre depende de la valoración que se haga sobre el Derecho histórico y la legislación inmediatamente anterior a la Ley de Costas de 1988. Derecho sobre el cual, se tendrá que pronunciar el Tribunal Constitucional

(43) RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., en este mismo fascículo del Anuario, entiende que la Disposición Transitoria primera, núm. 1, de la Ley de Costas, es inconstitucional porque no hay un justiprecio adecuado. Señala que «la medida expropiatoria es (...) conversión de propiedad ilimitada en derecho de ocupación limitado; y lo que hay que indemnizar es el valor de lo que resta al derecho limitado para convertirse en propiedad ilimitada», además de que, esa transformación, «se muestra ineficaz para tratar los casos de simple inexistencia actual de uso y aprovechamiento, o de los usos y aprovechamientos proyectados por el titular para el futuro. Para esos particulares el desamparo sería absoluto».

¿Inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria primera de la Ley de Costas de 1988?

Por JOSE MARIA RODRIGUEZ DE SANTIAGO

Ayudante Becario del Area de Derecho Administrativo
de la Universidad Autónoma de Madrid

I. PRESENTACION

Pocas cuestiones tan concretas como la de los enclaves de propiedad particular en las dependencias del dominio público marítimo-terrestre han ocupado tanto tiempo de los tratadistas y espacio en las revistas especializadas (1). Debo aclarar que no me refiero al utilizar la palabra enclave a las situaciones de hecho de privatización del dominio público derivadas del «otorgamiento de determinadas concesiones y la carencia de accesos públicos, con el resultado de que ciertas extensiones de la ribera del mar han quedado injustificadamente sustraídas al disfrute de la colectividad» (2); sino a las declaraciones jurisprudenciales de propiedad particular de fincas incluidas por sus características naturales en el demanio costero, al amparo de ciertas expresiones de la legislación anterior que ambigua o expresamente permitían su existencia (3).

Nuestro legislador constituyente tuvo también que robar tiempo del tratamiento de los grandes pilares del cambio del 78, para fijar su atención en este incordioso asunto (4) resolviéndolo en favor de la total demanialidad de las riberas del mar, como se deduce de la

(1) Me remito, en cuanto al material bibliográfico sobre la materia, al que ofrece FERNANDO SAINZ MORENO, *dominio público estatal en las playas y zona marítimo-terrestre (artículo 132.2.º de la Constitución)*, «RAP», núm. 99, p. 203.

(2) Exposición de Motivos de la Ley 22/1988, de 28 de julio de 1988, de Costas.

(3) *Vid.* artículos 1, 7, 8 y 9 de la Ley de Puertos de 1880, y 1 y 4 de la Ley de Costas de 1969.

(4) *Vid. Diario de Sesiones*, núm. 110, p. 4296, en el que se califica la determinación del artículo 132.2.º de la Constitución Española como «necesaria porque se trata de un sector muy comprometido que en estos momentos trasciende incluso los límites de la política nacional». *Cit.* por FERNANDO SAINZ MORENO, *op. cit.*

contundente redacción del artículo 132.2.º de la Constitución (5). Pero como unánimemente puso de manifiesto la doctrina administrativa, era necesario pronunciarse —en las resoluciones judiciales o en la legislación posteriores— sobre el destino de las situaciones que a la entrada en vigor de la Constitución contravenían ese precepto; y en las concretas soluciones ofrecidas no había precisamente unanimidad. Diez años después, la Disposición Transitoria Primera (en adelante, DT. Primera) de la Ley 22/88, de 28 de julio, de Costas, trata de cumplir con ese anhelo de los comentaristas.

Una previa advertencia he de hacer antes de entrar en la materia: la crítica que realizaré a la fórmula final adoptada en la DT. Primera, no me lleva a sentirme incluido en el grupo, amplio según parece, de los detractores de la Ley. Una ley como ésta era necesaria para proteger la maltratada costa española —no hace falta poner ejemplos— y, con todo respeto, me parece advertir que el grupo de detractores coincide en bastante medida con el de los defensores de los intereses empresariales en el sector turístico, legítimos, en mi opinión, siempre que no pasen por encima de los intereses generales, que deben contemplarse y analizarse a más largo plazo que el de unas cuantas temporadas de verano; sobre todo, cuando se trata de recursos naturales limitados —y de difícil renovación— que no pertenecen en propiedad a una sola generación. Es más, una de las vías de crítica al precepto procede de la importancia que concedo a los principios inspiradores de la ley que, aunque otra cosa pudiera parecer, no son respetados por esa Disposición Transitoria.

II. LA DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA

1. La nueva Ley omite en su articulado, que ha de regir el futuro, cualquier declaración de respeto a la propiedad particular en la ribera del mar, sencillamente porque ello sería incompatible con el artículo 132.2.º de la Constitución Española. Los artículos 3 y 4 de la Ley de Costas de 1988, definidores de los bienes del dominio público marítimo-terrestre, no podían contener una expresión semejante a la de «sin perjuicio de los derechos que correspondan a los particulares», que había pasado a ser una cláusula de estilo en las sucesivas leyes anteriores.

Sin embargo, frente al pasado, el legislador pretende asumir un principio de «respeto general a los derechos legalmente adquiridos» (6);

(5) «En todo caso», establece ese artículo que pertenecerán al dominio público los bienes que enumera.

(6) Exposición de Motivos.

y para cohonestar este principio con el de la integridad del dominio público ha ideado las soluciones que a continuación se exponen.

2. En su apartado primero, la DT. Primera se enfrenta a las situaciones de propiedad particular declaradas por sentencia judicial firme anterior a la entrada en vigor de la Ley, para las que prevé la conversión del derecho de propiedad en un derecho concesional de ocupación y aprovechamiento de un terreno que *ex lege* pasa a ser dominio público. Así reza este párrafo:

«En virtud de lo dispuesto en el artículo 132.2.º de la Constitución, los titulares de espacios de la zona marítimo-terrestre, playa y mar territorial que hubieran sido declarados de propiedad particular por sentencia judicial firme anterior a la entrada en vigor de la presente Ley pasarán a ser titulares de un derecho de ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre, a cuyo efecto deberán solicitar la correspondiente concesión en el plazo de un año a contar desde la mencionada fecha. La concesión se otorgará por treinta años, prorrogables por otros treinta, respetando los usos y aprovechamientos existentes, sin obligación de abonar canon, y se inscribirá en el Registro a que se refiere el artículo 37.3.º»

Cuantitativamente, los supuestos a los que da solución —después veremos que, a mi parecer, errónea— esta fórmula son pocos, si bien muy significativos. Por eso hay que seguir adentrándose en el precepto para intentar abarcar todos los grupos de supuestos problemáticos posibles.

3. El apartado segundo se refiere a los propietarios de pertenencias incluidas en el dominio público cuyos títulos inscritos en el Registro gozan de los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y cuyas fincas no pudieron ser ocupadas por la Administración al deslindar la ribera del mar por impedirlo, en ese caso, la anterior legislación —en concreto, el artículo 6.3.º de la Ley de Costas de 1969—: estos terrenos quedan sujetos al régimen de utilización del dominio público previsto en la ley, si bien podrán instar sus titulares la legalización de usos existentes, mediante la correspondiente concesión, y se ven favorecidos por otras ventajas. Literalmente establece la DT. Primera, 2:

«Los terrenos de la zona marítimo-terrestre o playa que no hayan podido ser ocupados por la Administración al practicar un deslinde anterior a la entrada en vigor de esta Ley, por estar amparados por los títulos a que se refiere el artículo 6.3.º de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, quedarán sujetos al régimen establecido en la presente Ley para la utilización del dominio público, si bien los titulares inscritos podrán solicitar, en el plazo de un año, a contar desde la entrada en vigor de esta ley, la legalización de usos existentes, median-

te la correspondiente concesión, en los términos de la DT. Cuarta. Asimismo, tendrán preferencia, durante un período de diez años, para la obtención de los derechos de ocupación o aprovechamiento que, en su caso, puedan otorgarse sobre dichos terrenos. Todo ello sin perjuicio de las acciones civiles que aquéllos puedan ejercitar en defensa de sus derechos.»

4. Esto es todo lo que la DT. primera prevé para dar salida a los enclaves de propiedad particular consolidados en el pasado, porque, como veremos, sus dos apartados restantes nada tienen que ver con ellos. Así pues, quedan muchos flecos sueltos a los que la Ley no concede tratamiento específico: por un lado, el de aquellos titulares cuya sentencia declaratoria de propiedad particular no fuera firme a 29 de julio de 1988, fecha de publicación en el «BOE» y de entrada en vigor de la ley, según la Disposición Final Tercera —ignoro si existe algún supuesto de éstos, pero, aunque ciertamente residual, en la teoría es posible—, y, por otro, el de los que tengan su título inscrito en el Registro, pero sin los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria o, incluso, con ellos, pero sin que la Administración pretendiera su deslinde bajo la vigencia de la Ley de Costas del 69.

De la lectura del apartado segundo transcrito se evidencia que el legislador ha evitado cuidadosamente pronunciarse sobre la *titularidad* de los terrenos que contempla, limitándose a establecer el *régimen de utilización* de los mismos; algo así como la regulación del contenido normal de un derecho cuya titularidad, en su caso, habrán de declarar los tribunales. Por eso, hay que afirmar la relativa inutilidad del párrafo segundo de la DT. Primera, ya que, si bien las preferencias para la obtención de futuros títulos concesionales sólo amparan a aquellos propietarios a los que se refiere expresamente este precepto, tanto la solicitud de legalización de los usos existentes —en los términos de la DT. Cuarta— como el acceso a los tribunales ordinarios en defensa de sus derechos, son posibilidades de que disponen, como ellos, los demás titulares, cuya mención olvida la Disposición Transitoria que comento.

La puerta que la DT. Primera, 2, abre a las acciones civiles en defensa de los derechos de los particulares —o mejor dicho: la puerta que esa norma no podía cerrar sin vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)— complica considerablemente el abanico de situaciones a las que habrá que buscar una solución de encaje en la normativa vigente. Efectivamente, los litigios sobre estos terrenos que, como se sabe, tienen su origen, en muchos casos, en la Ley desamortizadora de 1 de mayo de 1855, que llevó al Estado a vender a los particulares terrenos incluidos en las playas y zona marítimo-terrestre, no han terminado, por lo que las parcas previsionales legales quedan hipotecadas a la espera de las futuras resoluciones judiciales, que pueden pronunciarse en muy diversos sentidos.

Difícil a la luz de la nueva ley, pero no imposible, sería que en el futuro una resolución judicial declarara la propiedad particular de uno de estos enclaves. Desde luego, no es ésta la tendencia jurisprudencial del Tribunal Supremo desde 1984. Más fácil será, bien que se declare pura y simplemente el dominio público de la finca litigiosa (7), bien que se resuelva que lo que el particular adquirió del Estado y sigue teniendo es un derecho real, sin limitación temporal alguna, sobre el suelo de una porción de la ribera cuya titularidad pertenece al Estado (8).

Cada una de estas hipotéticas sentencias de los tribunales ha de recibir un encuadre distinto en la nueva Ley. Una futura declaración de propiedad particular —muy improbable— habría de llevarse, pienso, por el apartado primero de la DT. Primera —conversión automática, aunque a instancia del particular, de su derecho de propiedad en título concesional—, pues ninguna razón habrá para discriminar a los particulares en función de la fecha en que hayan obtenido la resolución judicial favorable a sus pretensiones. La segunda posibilidad apuntada —declaración pura y simple del dominio público— sólo permitirá al titular solicitar la legalización de uso, con las preferencias del párrafo segundo de la DT. Primera si su título era de los del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y la Administración practicó el deslinde bajo la legislación anterior, y sin ellas en otro caso. Otra solución habría que buscar para la tercera hipótesis consignada: declaración de un derecho real del particular sobre el dominio público sin limitación en el tiempo. La semejanza de este derecho real —que es calificado de atípico o dominio degradado en la reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 6 de julio de 1988— a una concesión demanial administrativa es patente, por lo que su vía de adaptación a la nueva Ley sería, sin problema alguno, la que la DT. Quinta, 2, establece para acomodar los títulos de ocupación anteriores a la nueva regulación legal. Si la Administración estima que ese derecho concesional declarado en sentencia judicial es incompatible con los nuevos criterios —y qué duda cabe que es incompatible

(7) Así lo hizo el Tribunal Supremo (Sala Primera), por ejemplo, en su sentencia de 9 de noviembre de 1984, al resolver sobre la titularidad de unos terrenos situados en la ribera de la isla de Ibiza, cuyo Considerando 9 afirma: «Siendo, según el Derecho entonces vigente, las riberas del mar bienes que pertenecen comunalmente a todos los ciudadanos, y, por tanto, equivalentes a los que con frase actual se denominan de dominio público, su enajenación no estaba permitida.»

(8) En este sentido se pronuncia la tan comentada sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 6 de julio de 1988, que concluye el litigio sobre los terrenos de La Manga del Mar Menor, y que declara que ese derecho real pertenece a su titular actual «sin limitación alguna en orden al tiempo», por lo que si el Estado quiere reintegrarse en la posesión habría de satisfacer la pertinente indemnización. Oscuramente se refiere esta sentencia a lo que no es más que la expropiación del derecho transmitido en 1864, en la venta que realizó el Estado en su política desamortizadora.

con ellos el que el derecho no tenga limitación temporal alguna— podrá revocar el derecho indemnizando a su titular.

5. Los dos últimos apartados de la disposición que se comenta responden a una finalidad muy distinta a la que inspira los dos anteriores. No se trata de solucionar problemas surgidos de la legislación anterior, sino de resolver los que plantea la nueva. En efecto, los artículos 3 y 4 de la Ley de Costas del 88 redefinen los bienes que integran el dominio público marítimo-terrestre, de manera tal que la franja demanial costera se ensancha de modo sensible. Basta pensar, por ejemplo, que las superficies cubiertas por dunas antes no formaban parte de la ribera del mar —en el sentido jurídico de estos términos— por no ser superficies planas —característica ésta, definidora de las playas según la Ley del 69— y ahora, se incluyen en ella expresamente; y antes, la zona marítimo-terrestre tenía su límite interno en la línea alcanzada por los mayores temporales *ordinarios*, mientras que, de acuerdo con la legalidad ahora vigente, lo tiene en la que alcanzan los mayores *conocidos*. La ampliación de la franja costera se realiza, evidentemente, en la mayoría de los casos, a costa de unos terrenos privados por los que también hay que compensar a los particulares.

Así se expresan los apartados tercero y cuarto de la DT. Primera:

«En los tramos de costa en que el dominio público marítimo-terrestre no esté deslindado o lo esté parcialmente a la entrada en vigor de la presente Ley, se procederá a la práctica del correspondiente deslinde, cuya aprobación surtirá los efectos previstos en el artículo 13 para todos los terrenos que resulten incluidos en el dominio público, aunque hayan sido ocupados por obras.»

«En los tramos de costa en que esté completado el deslinde del dominio público marítimo-terrestre a la entrada en vigor de esta Ley, pero haya de practicarse uno nuevo para adecuarlo a las características establecidas en aquélla para los distintos bienes, los terrenos que resulten comprendidos entre la antigua y la nueva delimitación quedarán sujetos al régimen establecido en el apartado primero de esta disposición, computándose el plazo de un año para la solicitud de la concesión a que el mismo se refiere a partir de la fecha de aprobación del correspondiente deslinde.»

El artículo 13, al que se refiere el primero de estos dos apartados, dispone, en resumidas cuentas, que el deslinde aprobado declara la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado.

Parece pretender el legislador tratar de manera distinta a los tramos de costa deslindados conforme a la legislación anterior, de aquellos en los que no se ha realizado esta operación; y con ello, salta a la vista la radical desnaturalización del significado del acto de deslinde administrativo que se esconde en estos párrafos. Antes del 29

de julio de 1988 era dominio público lo que la Ley del 69 definía como tal —se hubiera practicado o no el deslinde—, y después de aquella fecha pertenece al demanio lo mismo, más lo que de nuevo se incluye en las fórmulas legales definidoras. La diferencia es terreno expropiado a los particulares —insisto: estuvieran o no deslindados los terrenos—. La calificación demanial se opera *ope legis* y el acto de deslinde, de naturaleza declarativa, no constitutiva, se limita a dibujar sobre el plano lo que la ley define sobre el papel, por mucho que ésta utilice para ello conceptos más o menos indeterminados. Bien expresa lo que acabo de decir la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 12 de noviembre de 1988, en su fundamento jurídico primero, que además se incluye en la línea progresista que, sobre la materia, puede considerarse ya consolidada en la doctrina de ese Alto Tribunal: «(...) el deslinde administrativo tiene la única finalidad de constatar la realidad física del terreno a deslindar por aplicación de las definiciones legales».

La pretensión apuntada en el apartado tercero de la DT. Primera de incorporar al dominio público terrenos que antes, con todos los parabienes de la ley, eran propiedad particular, sin compensación alguna, por el simple hecho de no haberse verificado el deslinde —de lo que, en último término, ha de responder la Administración— se muestra tan arbitraria e injustificada, que es necesario reinterpretar conjuntamente los dos apartados, sin obedecer a lo que por debajo de los términos literales se intenta; y obtener de esa conjunción lo siguiente:

— que los terrenos no deslindados hasta ahora, se deslindarán de acuerdo con las previsiones legales vigentes;

— que en los que ya fueron deslindados, se volverá a realizar la operación para aplicar la nueva delimitación,

— y que, en uno y otro caso, debe proceder la compensación —seguidamente explicaré que ni siquiera ésta me parece adecuada— que se prevé en las últimas líneas de la disposición tratada.

III. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA

1. Expuesto el contenido de la DT. Primera de la Ley de Costas de 1988, paso a analizar las fórmulas ideadas por ella para respetar los derechos de los particulares a que afecta, a la luz del artículo 33 de la Constitución Española.

Ayuda inestimable en esta tarea debe prestar la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 227/88, de 29 de noviembre, que resuelve

acumuladamente varios recursos de inconstitucionalidad y varios conflictos positivos de competencia promovidos contra la Ley de Aguas de 1985 y otras disposiciones de desarrollo. En su fundamento jurídico 11, el ponente recuerda la reiterada doctrina constitucional (9) sobre la diferencia entre la expropiación y la nueva regulación del contenido de un derecho. Se discutía allí si la limitación restrictiva efectuada por la nueva Ley de la duración de los aprovechamientos concedidos al amparo de la antigua sobre el dominio público hidráulico contravenía el artículo 33.3.º de la Constitución Española, al no preverse indemnización alguna para los particulares afectados.

El nervio argumental viene a ser el siguiente: 1) Se define la expropiación como privación singular imperativamente acordada por los poderes públicos —a este respecto, es indiferente que se trate de la Administración o del legislador— de derechos o intereses patrimoniales legítimos de los particulares, por causa justificada de utilidad pública o interés social. Para ello, constitucionalmente se exige la indemnización. 2) No así, para la nueva regulación general del contenido de un derecho, siempre que esa nueva regulación no modifique el contenido esencial del mismo, pues en este caso no podría hablarse de una limitación restrictiva general, sino de una suma de privaciones singulares. 3) Siendo así que no forma parte del contenido esencial de un derecho de aprovechamiento del dominio público la ilimitación temporal, su limitación posterior *ex lege* a setenta y cinco años no supone expropiación —no exige indemnización—, sino nueva reglamentación. Y a estas alturas del discurso, afirma el ponente, que si estaríamos ante una expropiación, si en vez de derechos de aprovechamiento se tratara de limitación en el tiempo de un derecho de propiedad, pues en éste la ilimitación temporal forma parte de su contenido esencial.

En lo que a nosotros nos interesa, esta jurisprudencia aclara que la fórmula empleada por los apartados primero, tercero y cuarto de la DT. Primera es expropiatoria, pues se convierte un derecho de propiedad en un derecho de ocupación limitado en el tiempo a treinta o sesenta años. Esa expropiación, como todas, exige una compensación a los titulares privados de sus derechos.

2. Podría sostenerse, para justificar el respeto que la DT. Primera tributa al artículo 33.3.º de la Constitución Española, que éste no preceptúa que la indemnización sea monetaria; que nada impide, y menos al legislador, compensar al particular afectado *en especie*. Estoy de acuerdo con ello y no faltan ejemplos en el Derecho español, más o menos claros, de indemnizaciones de este tipo. Ahora bien,

(9) Se remite allí a las sentencias del Tribunal Constitucional 108/1986, de 29 de julio; 37/1987, de 26 de marzo, y 99/1987, de 11 de julio.

el paso lógico siguiente que darían los defensores de esta justificación: afirmar que en lugar de una suma monetaria se otorga un derecho concesional de larga duración, y, con ello, se cohonestar la DT. Primera, con el artículo 33.3.º de la Constitución Española, no lo acepto.

Verdaderamente, el argumento de la indemnización en especie, para defender la constitucionalidad de la DT. Primera, es sugestivo y tentador a primera vista, pero es equívoco, induce a error, precisamente porque deslumbra.

Si se analizan los términos de la cuestión con precisión se pone de manifiesto que, en efecto, de una grosera *confiscación* no se trata —salvo en el caso que ya he comentado del apartado tercero, que produce asombro—, porque no se convierte un derecho de propiedad en *nada*; se convierte en un derecho de ocupación por treinta o sesenta años. Pero es que la medida expropiatoria es precisamente esa: conversión de propiedad *ilimitada* en derecho de ocupación *limitado*; y lo que hay que indemnizar es el valor de lo que resta al derecho limitado para convertirse en propiedad ilimitada.

Otra perspectiva puede ofrecerse para desvirtuar el argumento de la indemnización en especie, que pretende considerar el derecho concesional como justiprecio de la expropiación. Está claro que el justiprecio aquí puede ser esto último: *precio*, pero, por supuesto, el adjetivo *justo* no concurre porque —además de no estar el particular legitimado para impugnarlo, por tratarse de una imposición por ley— no hay equivalencia entre lo que se expropia y lo que se concede.

Y más cruda puede hacerse la crítica si se descubre que, por mucho que la redacción del precepto —«pasarán a ser titulares», dice el apartado primero— trate de explicar el fenómeno en términos de trueque, en realidad lo que se esconde es un retraso en el tiempo de una privación sin compensación que se operará, no a la entrada en vigor de la ley, pues los afectados pueden seguir disfrutando —y sólo en el mejor de los casos, como veremos ahora— de su derecho durante treinta o sesenta años más, sino al término de este plazo: la privación del derecho sin indemnización no será aplicada el 29 de julio de 1988, sino dentro de treinta o sesenta años cuando los particulares abandonarán sus bienes imperativamente y con las manos vacías.

3. Por otra parte —lo acabo de anunciar—, la solución adoptada en la DT. Primera presenta otra quiebra, pues es más que dudoso que la fórmula legal sea aplicable a todos los supuestos reales, ya que parece exigir como requisito que la concesión que prevé en favor del antiguo propietario se proyecte sobre unos usos y aprovechamientos *existentes*. De ello habría que deducir que la ya de por sí incorrecta solución legal, se muestra ineficaz para tratar los casos de simple

inexistencia actual de uso y aprovechamiento, o de usos y aprovechamientos *proyectados* por el titular para el futuro. Para esos particularidades el desamparo sería absoluto.

4. En definitiva, tengo que concluir que me sorprende contemplar cómo el legislador, que con tanta prudencia y haciendo alarde de excelente técnica jurídica ha encontrado vías de solución a complejos y variados problemas planteados en este sector, ha tropezado en un escollo, que vicia de inconstitucionalidad la DT. Primera, en mi opinión, y que se habría superado por el sencillo camino de declarar la utilidad pública de estos enclaves a los efectos de una expropiación que habría de ser materializada por la Administración. Quizá la única dificultad habría sido la de encontrar criterios de valoración para fijar el justiprecio de los terrenos porque, ciertamente, no es fácil responder a la pregunta de cuánto vale la propiedad de una playa. Pero, sin duda, más fácil era esto último que introducirse en el tortuoso camino de una Disposición Transitoria que además, en contra de los principios informadores de la ley, permite que durante treinta o sesenta años más sigan existiendo pertenencias del dominio público que, de hecho, no sean de uso general, con los perjuicios que para esos bienes pueden deparar los usos y aprovechamientos existentes, que les son respetados a sus titulares. Con ello, el doble propósito que, según manifiesta el último párrafo de la Exposición de Motivos, se alza como idea cardinal de la ley: garantizar su carácter público y conservar sus características naturales, es vulnerado por un precepto de la misma.

Sólo cabe una explicación a esta torpeza: que en este punto el legislador ha erigido al ahorro en asesor jurídico de sus decisiones. Y aunque, para el futuro se abren las puertas a expropiaciones que la Administración practicará si las considera convenientes (y si dispone de fondos para ello, habría que añadir) —*vid.* artículos 28.3.º, 29.2.º y 69 en relación con el 4.7.º; Disposición Adicional tercera, 1—, la Ley no quería que su entrada en vigor vinculara a la Administración a efectuar ningún desembolso —la lectura de la DT. Tercera es iluminadora en este sentido—, como lo habría hecho si hubiera optado por la fórmula más sencilla y, a mi entender, más correcta: la expropiación ordinaria, y no en especie.

PRESENTE Y FUTURO DE LA PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES

(Reseña del Congreso Nacional de Derecho del Consumo,
Oviedo, 1989)

Por JESUS DOMINGUEZ PLATAS

Profesor de Derecho civil (TEUI). Universidad de Sevilla

Lo que en principio podía haber sido un ciclo de conferencias en materia de protección jurídica de consumidores y usuarios, planteado como complemento a los cursos monográficos de Tercer Ciclo que sobre esta materia imparte el Departamento de Derecho Privado y de la Empresa de la Universidad de Oviedo, comenzó pronto a gestarse como lo que acabó siendo el «Primer Congreso Nacional de Derecho del Consumo».

Celebrado en Oviedo del 7 al 10 de marzo, y ciertamente con un insuperable esmero en la cuidada organización, el Congreso se desarrolló en un envidiable clima de cordialidad que en nada desmereció, sino al contrario potenció, el nivel científico del mismo (1). Además, no faltó la disponibilidad de asistentes y ponentes para encarar las a veces agotadoras sesiones de trabajo, y los no menos intensos debates que al hilo de los temas que se tocaban lógicamente surgieron.

La idea de llevar a cabo esta empresa surgió en el seno del Departamento de Derecho Privado. Precisamente, gracias al entusiasmo de la que sería la directora del Congreso, la Doctora señora Alicia León de Arce, y otros profesores del Area de Derecho civil (2). El interés que todo lo referente al Consumo suscita

(1) Las distintas ponencias del Congreso versaron sobre los siguientes temas:

«Las condiciones generales de los contratos y el artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.» Por el Profesor Doctor don Luis Díez-Picazo.

«Protección de los consumidores ante la promoción publicitaria de bienes y servicios.» A cargo del Profesor Doctor don Carlos Lasarte Alvarez.

«La compraventa de vivienda y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.» Por el Profesor Doctor don Antonio Cabanillas Sánchez.

«La responsabilidad civil del fabricante.» Realizada por el Profesor Doctor Guido Alpa.

«Le Droit Communautaire de la Consommation: acquis et perspectives.» Por el Profesor Doctor Thierry Bourgoignie.

«El consumo y su problemática penal.» Por el Excelentísimo señor don José Augusto de Vega Ruiz.

(2) El comité organizador del Congreso lo formaban la Doctora Alicia León de Arce, directora, Doctora Margarita Fuente Noriega, Doctora Carmen Moreno-Luque Casariego y el Doctor Luis González Morán:

en los distintos ámbitos de la vida social, política y económica, les hizo ver la posibilidad de que se les «abrieran algunas puertas» de instituciones y entidades que prestaran la ayuda necesaria para la organización de un verdadero congreso.

Efectivamente, el apoyo económico se encontró. Sin embargo, no todos los organismos y entidades que prestaron su colaboración se limitaron a una mera contribución económica o a prestigiar el Congreso con su patrocinio. Entre ellos, el INC tenía la intención de que el ámbito del Congreso no se agotara únicamente en el mundo universitario. Con ese fin procuró rentabilizar la celebración, no sólo con la asistencia al mismo de técnicos del Instituto, sino incluso con la labor divulgativa que posteriormente puede facilitar a las asociaciones de consumidores en los distintos programas de formación que lleva a cabo. En efecto, no debería ser éste un caso aislado, sino una muestra más del posible aprovechamiento que brinda la actitud de disponibilidad que mantiene el universitario para con la sociedad a la que debe servir, que ciertamente necesita esa formación y, sin embargo, no goza de acceso a las aulas.

* * *

Realmente, cuando se empieza ya a oír hablar del *Derecho del consumo* como categoría específica del ordenamiento, no sólo nacional, sino incluso en el ámbito de la Comunidad Europea, desde luego no puede faltar en el «reparto de papeles» uno —y además principal— para el Derecho civil. Aunque quiera aparecer como una materia interdisciplinar, en última instancia la filosofía que mueve esta normativa que, en sus grandes líneas, es fácilmente identificable, no es otra que la protección del individuo frente al suministrador de los bienes y servicios necesarios para el consumo. Dato éste de por sí suficiente para entender implicado al Derecho civil. No hay que olvidar que es esta disciplina la que estudia el ámbito jurídico de la persona en su cualidad más propia, sin atender a ninguna otra circunstancia complementaria de la misma o a cualquier otra adjetivación particular (sea como administrado, sea como empresario o comerciante, etc.).

Tampoco es posible eludir que la base de toda la estructura contractual en que se desenvuelve hoy el mundo del consumo son la contratación en masa y las condiciones generales de los contratos. Para fijar el sentido de éstas, la misma Ley 26/1984 echa mano al Código civil, y a toda la doctrina jurisprudencial vertida ya en materia de interpretación y aplicación de cláusulas abusivas y oscuras en la contratación.

Razones, por tanto, hay para avalar el esfuerzo que hacen los civilistas, y no por mero protagonismo, rescatando una materia que de por sí toca lo que es la protección de la persona. Téngase en cuenta que los suministradores de bienes y servicios utilizan la vía contractual como medio para hacer llegar sus productos al consumidor. Este destinatario final se encuentra así ante una parte predispuesta para quien es considerado la mayoría de las veces como un mero agente económico en la planificación empresarial. La *occasio legis* de la normativa española dice mucho al respecto.

* * *

El acto oficial de inauguración, que estuvo a cargo del Rector de la Universidad de Oviedo, al que acompañaban otras autoridades académicas y locales, dio paso al comienzo de la primera jornada propiamente científica del Congreso.

En la sesión inicial el Profesor Díez-Picazo abordó el tema de «Las condiciones generales de los contratos y el artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios» (3). Comenzó el ponente la exposición con una exégesis del farragoso artículo 10 de la Ley, lo que le hizo situarse ante lo que en su opinión es la primera regulación en España de las condiciones generales de los contratos. Entendió, asimismo, que tal precepto no tenía intención de regularlas, sino únicamente considerar los contratos en que éstas se aplican. Precisamente aquellos celebrados entre empresarios y destinatarios finales. Quizá fuera ésta la razón por la cual el Profesor Díez-Picazo se decantó por empezar a hablar de un nuevo «derecho de la contratación», en el que aparece determinado un destinatario final, y donde el derecho tradicional del Código civil pasa a ser supletorio.

Sin embargo, esta supletoriedad debiera ser entendida en un sentido algo singular, pues según él, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios dice cosas que ya estaban recogidas en el Código civil, y otras que venían siendo continuamente reiteradas por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. No descartó el Profesor Díez-Picazo que la intención del legislador fuera elaborar una especie de «catecismo» del consumidor que evitara así cualquier referencia al Código civil; de modo que por sí solo sirviera para regular todo ese nuevo «derecho de la contratación».

El análisis del artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios obligó al Profesor Díez-Picazo a adoptar determinados criterios que proporcionarían al precepto una cierta sistemática, y que concretó en cuatro reglas principalmente: *regla de conocimiento, inteligibilidad e incorporación de las condiciones generales al contrato; regla de desvirtuación del concepto de obligación; de injustificada desviación del contenido legal dispositivo, y, por último, la regla del justo equilibrio entre las partes.*

Para finalizar, observó el citado ponente que el artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios contiene en sí mismo un acusado desorden, sin criterio rector alguno, y que además yuxtapone referencias a las cláusulas de carácter general con otras de contenido concreto. Por otro lado, el concepto de *buena fe* utilizado, y que precisamente excluye todo este elenco de cláusulas prohibidas, no era, en su opinión, el utilizado en materia contractual como vía de integración (art. 1.258 Cc); ni tampoco el del artículo 6 del Código civil referido al modo de ejercicio de los derechos subjetivos. Más bien sería la idea de lo que un contratante espera que sea el normal contenido del contrato que realiza. Para el Profesor Díez-Picazo, muy poco añadía entonces a la idea de justo equilibrio entre las partes.

(3) Las comunicaciones presentadas a esta ponencia fueron: «Las condiciones generales de los contratos. Concepto e interpretación» (Gonzalo Baretino Coloma); «El nuevo Derecho de las condiciones generales de los contratos. Perspectiva europea y española» (Javier Pagador López); «El Derecho civil y el derecho del consumo» (Jesús M. Álvarez Carvallo); «Reflexiones sobre los contratos aleatorios y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios» (M. Jesús Aza Conejo. Universidad de Oviedo); «Exposición sucinta de la jurisprudencia alemana sobre la buena fe en las condiciones generales de los contratos (art. 9 AGBG)» (K. J. Albiáz Dohrmann. Universidad de Granada); «Protección del consumidor y condiciones abusivas del crédito. (En torno a la Circular del Banco de España.)» (Joaquín Revuelta García. Universidad de Sevilla).

Concluyó la exposición el Profesor Díez-Picazo con una alusión a las reglas de interpretación del apartado 2, *in fine*, cuestionando la posible exclusión de los criterios hermenéuticos de los artículos 1.281 a 1.289 del Código civil. Por último, sin ir más allá de una breve referencia, impuesta por la notoria extensión del artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, apuntó el tema de la nulidad parcial de las cláusulas que fueran prohibidas, y las cuestiones que surgen en orden a la posibilidad de declaración por vía arbitral, la legitimación para pedirla y la situación de desequilibrio en que puede quedar la relación, aunque sea el predisponente quien lo sufra. Cuestiones que en opinión del Profesor Díez-Picazo necesitan, como la propia norma, una cierta depuración, si bien admitió que estamos ante una sólida base para la construcción del nuevo «derecho de la contratación».

El debate (4) iniciado a continuación se centró fundamentalmente en el ámbito de aplicación de la ley y el concepto de destinatario final, concretamente en base al uso que éste le dé al producto o servicio adquirido. Temas que, por otra parte, no iban a quedar «aparcados», pues fueron saliendo a discusión en ulteriores debates.

* * *

El Profesor Lasarte Alvarez en su ponencia acerca de la «Protección de los consumidores ante la promoción publicitaria de bienes y servicios» (5), expuso el tema de la publicidad en la ley desde un doble plano: *la integración del contrato con la promoción publicitaria y la defensa del consumidor ante una publicidad engañosa*.

Previamente realizó un recorrido por el panorama legislativo español, que en opinión del Profesor Lasarte parecía entender el tema de la publicidad como «interempresarial», y, en consecuencia, sin intención alguna de proteger los intereses del ciudadano de a pie. Ante tales circunstancias incitó a considerar lo que de bueno tuviese la Ley 26/1984 en esta materia.

Centrándose en el comentario de la duplicidad de temas propuestos, no olvidó constantes referencias a la Directiva 450/1984, coetánea en su formación a la ley española. Respecto de la integración del contrato por la publicidad, reafirmó la «vinculatoriedad» para quien crea confianza en la otra parte, incluso antes de serlo, como normalmente ocurre en toda promoción publicitaria. En su opinión, precisamente se trataba de «reafirmar» el valor intrínseco del artículo 1.258 del Código civil en cuanto norma integradora, pues aunque el legislador no lo supiera, no hizo más que recoger toda la doctrina jurisprudencial de los últimos años de la década de los setenta (6).

(4) Moderado por el Profesor Montés Penadés.

(5) Las comunicaciones que fueron presentadas a esta ponencia eran: «Competencia desleal, publicidad y protección al consumidor» (M. Dolores Mas Badía. Universidad de Valencia); «Valor y alcance de las expresiones publicitarias. El principio de veracidad y la publicidad engañosa» (Manuel Feliú. Universidad de Alcalá); «La protección del consumidor frente a la publicidad ilícita» (Manuel del Pino Abad. Universidad de Córdoba).

(6) Principalmente la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1977, a la que posteriormente el Profesor Cabanillas, en la medida que trata de una promoción publicitaria de vivienda no incluida en el contrato, también menciona en su exposición.

En segundo lugar, y con respecto al tema de la protección ante una publicidad engañosa, se refirió el Profesor Lasarte previamente al tratamiento que de ella hace la Ley 34/1988, General de la Publicidad, pero según expuso, a todas luces insuficiente. Precisamente ahí estaba para él lo encomiable de la Ley 26/1984, al ser consciente de la «cadena» de posibles responsables que se puede formar, y, por tanto, la necesidad de llegar más allá de la mera cesación de la publicidad; más aun si el fin que la promoción perseguía ya se hubiere conseguido.

Con todo, el Profesor Lasarte no descartó, y de ahí que lo lanzara a la arena del debate (7), la posibilidad de que la ley estuviese en realidad arbitrando una *acción directa* a favor del perjudicado frente a cualquiera que sea responsable en toda esa «cadena» de intervinientes en la promoción del bien o servicio.

* * *

Si las ponencias del primer día, de la mano de los profesores Díez-Picazo y Lasarte, tocaron el tema de la protección del consumidor propiamente dicha —aunque con una clara conexión con el Capítulo VIII de la ley— no faltaron continuas alusiones al sistema de responsabilidad diseñado en la Ley 26/1984. No obstante, esto no iba ser más que un mero anticipo del tema latente en toda la segunda jornada del Congreso: la responsabilidad frente al destinatario final de bienes y servicios.

Dicha jornada comenzó con la ponencia del Profesor Cabanillas Sánchez sobre «La compraventa de viviendas y la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios» (8), que contempló distintos aspectos de la ley susceptibles de aplicación a la compraventa de viviendas: control de las cláusulas que figuran en las condiciones generales de los contratos de compraventa de vivienda, correspondencia entre la descripción publicitaria y contractual de la vivienda y la que en realidad recibe el comprador; la percepción de cantidades anticipadas por el vendedor, y gastos del contrato. Sin embargo, cobró especial relieve el de la responsabilidad del vendedor al presentar la vivienda viciosa de construcción.

El Profesor Cabanillas consideró los tres primeros aspectos como premisas de lo que en definitiva constituyó la aportación medular de la ponencia: la consideración de la responsabilidad derivada de los vicios en el producto que se adquiere, en este caso la vivienda. A la postre, sería éste el hilo conductor del resto de debates y ponencias que conformaban esta segunda jornada.

La generalidad en la redacción del artículo 11 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios permitió al Profesor Cabanillas entender plenamente aplicable a la adquisición de viviendas el régimen de *garantía* que la Ley 26/1984 arbitra. Generalidad que de igual modo le facilitó entrar de lleno en materia de responsabilidad en casos de vicios o defectos que presenten las viviendas durante ese plazo de garantía, que, por pretender la ley la protección del adquirente, exige invertir la carga de la prueba presumiendo que estos defectos existían originariamente.

(7) Moderado por el Profesor Capilla Roncero.

(8) Como comunicación a esta ponencia fue presentada una sobre «Algunos aspectos de la protección jurídico-privada del adquirente de vivienda en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios» (Asunción Marín Velarde. Universidad de Sevilla).

Dada la «conexión temática existente» entre el artículo 11 y todo el sistema de responsabilidad objetiva diseñada en el Capítulo VIII, se planteó el problema de la coordinación entre las acciones que otorga el apartado 3 del artículo 11 y los artículos 1.486 y siguientes del Código civil. A juicio del Profesor Cabanillas, el artículo 11.3.º no está excluyendo la aplicación de las normas del Código civil ni del Código de Comercio en materia de responsabilidad del vendedor por vicios. No obstante, en su opinión, no era lo más aceptable atender a la entidad del vicio para acudir a unas u otras acciones. Ahora bien, por constituir el artículo 11.3.º un «plus», quizá fuera lo más defendible para el Profesor Cabanillas que sea el consumidor quien opte por el ejercicio de aquellas que mejor protejan sus intereses (art. 7 LCU). Más aún, cuando el Tribunal Supremo se pronuncia por la compatibilidad de las acciones edilicias, las que nacen del incumplimiento contractual, e incluso las derivadas del artículo 1.591 del Código civil.

Fijados así los temas, en el coloquio (9) que siguió a la exposición no se hizo esperar el debate acerca del sistema de responsabilidad que la ley articula en el Capítulo VIII, aun cuando ya de por sí es difícilmente armonizable con lo establecido en el artículo 26.

* * *

Con una auténtica muestra de concreción y claridad expositiva el Profesor Guido Alpa realizó a continuación un análisis, desde la óptica de la «responsabilidad civil del fabricante» (10), del Decreto del Presidente de la República Italiana, de 24 de mayo de 1988, que según él prácticamente reproduce la Directiva 374/1985.

Manifiesta su intención de apuntar únicamente los aspectos que consideraba de mayor interés, y con el objeto de debatir posteriormente las cuestiones resaltadas, tomó como punto de partida un principio de responsabilidad objetiva necesitado de un reconocimiento legal expreso (11). Sin embargo, esta formulación era ya de alguna forma discutida en el Decreto. No obstante, en opinión del Profesor G. Alpa, es técnicamente correcto, pero difícilmente puede responder a los intereses de la realidad social.

El enunciado del artículo 1 del Decreto presidencial —*«El productor es responsable del daño ocasionado por defectos de su producto»*— que a todas luces parece evidenciar un sistema de responsabilidad objetiva, debe coordinarse, no obs-

(9) Cuya moderación estuvo a cargo del Profesor Lacruz Berdejo.

(10) Las comunicaciones presentadas a esta ponencia versaron sobre: «Responsabilidad civil del fabricante en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984. Algunos problemas que plantea y perspectivas de una reforma» (Carmen López Rendo); «Incidencia de la Directiva 374/1985, de 25 de julio, en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos en la situación jurídica del fabricante» (M. José Reyes López. Universidad de Valencia); «La indeterminación del cuadro de acciones protectoras del adquirente de bienes de consumo» (Miguel Pasquau Liaño. Universidad de Granada); «Cuestiones en torno al daño como presupuesto de la responsabilidad civil por productos defectuosos» (Ana Isabel Lois Caballé. Universidad de Valencia); «La responsabilidad por daños. El límite cuantitativo del artículo 28.3.º de la Ley General para la Defensa de los Consumidores» (Jesús Domínguez Platas. Universidad de Sevilla).

(11) Ciertos artículos de la Constitución italiana avalan tal afirmación, por ejemplo, el artículo 32 que tutela el derecho a la salud y lógicamente también la salud del consumidor.

tante, según señaló el Profesor G. Alpa, con otros aspectos del Decreto. Concretamente el artículo 5, que define qué debe entenderse por producto defectuoso, y el artículo 6 d), que admite la exclusión de responsabilidad por parte de empresario fabricante si está el producto conforme. Si bien este último necesariamente exige una normativa de control de fabricación de los productos, y no meras circulares no vinculantes.

Estos elementos introducidos en el Decreto, hacen pensar al Profesor G. Alpa en una «responsabilidad objetiva atenuada». (¿Sería esta conclusión aplicable al sistema de responsabilidad que establece la Ley 26/1984? Desde luego, a pesar de las alabanzas hechas por los profesores Alpa y Bourgoignie a la normativa española, ambigüedad no le falta si se llevara a sus últimas consecuencias lo establecido en el art. 26, más genérico y difuso incluso que el art. 6 d) del Decreto italiano.)

Igualmente señaló el Profesor Guido Alpa otros aspectos recogidos en el articulado del Decreto como el de la responsabilidad solidaria (art. 9), donde se introduce *la culpa* no como elemento de imputación de responsabilidad, sino para fijar el *quantum* de la misma. También hizo alusión a la normativa vigente para el control de los contratos de adhesión, aunque falta de actualización, así como al tema de los riesgos cubiertos y, lógicamente conexo a él, el de los fondos de garantía y pólizas aseguradoras de la responsabilidad del fabricante o productor.

No se puede decir que la exposición acabara con esas últimas alusiones a otros supuestos reflejados en el Decreto. Como ya indicó el citado ponente, se trataba de apuntar temas de discusión y comentario. De esta forma, conforme se le fueron planteando por los asistentes distintas cuestiones, iba argumentando y vertiendo toda clase de datos que posibilitaron un rico diálogo (12) sobre supuestos concretos en los que estaba latente el tema de la responsabilidad. Salieron de nuevo a colación temas como el de la cobertura de esa responsabilidad, de actualidad en nuestro ordenamiento, aunque no lo suficientemente tratados, a la vista de los topes cuantitativos de responsabilidad que la Ley 26/1984 establece.

* * *

En cierta medida la exposición realizada por el Profesor Bourgoignie acerca del «Derecho comunitario del consumo» (13) constituyó un valioso complemento a todo lo que anteriormente había expuesto el Profesor G. Alpa, fundamentalmente en materia de responsabilidad. No olvidemos que éste tuvo necesariamente que realizar continuas referencias a la normativa comunitaria en materia de consumo

No obstante, la intervención del Profesor Bourgoignie no se limitó a constatar una determinada normativa comunitaria y nacional en esta materia, sino incluso a plasmar la realidad de una verdadera preocupación por la protección del consumidor en el Ordenamiento comunitario.

(12) El debate estuvo moderado por la Profesora Roca Trías.

(13) Las comunicaciones que se presentaron a esta ponencia fueron: «La protección del consumidor como Principio General del Derecho» (José Angel Torres Lana. Universidad de las Islas Baleares); «El Derecho de la Competencia y la protección del consumidor (derecho de las Comunidades Europeas)» (Luis M. Miranda Serrano. Universidad de Córdoba).

Sin pasar por alto, desde luego, el «principio jurídico» de protección al consumidor consagrado en la Directiva 374/1985, referente a la responsabilidad por daños de productos defectuosos, donde este principio adquiere un especial relieve, se detuvo en el análisis de la actual política comunitaria en esta materia. No exento de un cierto sentido crítico, el Profesor Bourgoignie, centró su comentario en un proyecto de Directiva existente, que tiende a armonizar las distintas políticas nacionales de los países miembros en materia de protección al consumidor de bienes y servicios. Por tanto, ni que decir tiene que debe pasar por establecer un eficaz sistema de responsabilidad si de alguna forma se quiere hacer real esta protección.

A juicio del Profesor Bourgoignie, precisamente en este punto radica lo que de alguna manera es más criticable del citado proyecto: el hecho de partir de un nivel de máximos en esa protección y responsabilidad que por la mayoría de las legislaciones ya ha sido superado.

En el debate (14) que siguió a la exposición del Profesor Bourgoignie, salieron a la luz los distintos aspectos en que se podría concretar la política comunitaria, y de alguna forma quedó resaltada por el ponente la importancia de la normativa española y los mecanismos que la misma Ley 26/1984 ofrece, con anterioridad incluso a la Directiva 374/1985.

* * *

Sobre la base de una normativa enormemente dispersa, el magistrado Vega Ruiz, vocal del Consejo General del Poder Judicial, trató el tema «El Consumo y su problemática Penal» (15). Aludiendo directamente a los problemas que surgen de una publicidad no veraz, valoró de forma positiva la evolución legislativa habida en nuestro ordenamiento en esta materia, fundamentalmente con la reciente Ley 34/1988, General de Publicidad, de 11 de noviembre.

Sin embargo, en la medida que la publicidad es el instrumento que directamente incide en el consumidor, señaló el señor Vega que las soluciones administrativas no eran suficientes. Por eso abogó por la existencia de una norma, si fuera posible incardinada dentro del mismo Código Penal, que contemplara el *delito publicitario*. De cualquier forma, por ser un aspecto que toca distintas parcelas del ordenamiento penal, como, por ejemplo, la estafa, necesitaría —en su opinión— una exacta y concreta definición del cual fuese el *tipo penal del delito*.

En cierto sentido algo se atisbaba en el Anteproyecto de Reforma de 1983 (art. 273). Sin embargo, el señor Vega no se mostró ajeno al problema de todos conocido de llegar a «una exagerada y a la vez peligrosa parcelación legislativa». Quizá por eso se mantenía partidario de un «texto único sobre consumo». Efectivamente, la Ley 26/1984 pretende dotar al consumidor de un instrumento legal de protección y defensa, y éste era para él el motivo por el que su contenido

(14) Moderado por el Profesor Pantaleón Prieto.

(15) Las comunicaciones presentadas a esta ponencia fueron: «Consumo y fraude alimentario» (Francisca Pérez y Madrid); «Las juntas de arbitraje ante la nueva Ley de Arbitraje» (Tomás García Hernández); «Consecuencias prácticas de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en Asturias: las OIC» (Pablo Calahorra González).

se desenvuelve más por cauces administrativos que no en el orden penal. No obstante, y en aras de esa eficaz protección, el ponente pasó a concretar lo que calificó como «proyección del consumo en la específica normativa penal». De esta forma, y a pesar de la dificultad que entraña la protección penal de los legítimos intereses de los consumidores queda para él reflejada en la ley de prácticas restrictivas, en el fin fraudulento del delito publicitario, las maquinaciones para alterar el precio de las cosas, las defraudaciones de fluido eléctrico, así como las distintas modalidades del delito de estafa.

* * *

Con una mesa redonda, en la que la labor de moderador estuvo a cargo del Profesor Torres Lana, se daban por finalizadas las sesiones científicas del Congreso. La participación en la misma de los ponentes facilitó el que se concretaran algunos puntos que si bien estaban en el sentir de los asistentes, quedaban aun faltos de una cierta consideración especial. Si en dos palabras hubiera que concretarlo sería: la contribución que la normativa sobre consumo tiene en la construcción del llamado nuevo derecho de la contratación, y el papel que el Derecho civil viene a cumplir en él.

Efectivamente, ya se han realizado unas consideraciones al respecto, sin embargo, queda un largo camino por recorrer y todo un sistema de responsabilidad por daños, que si bien no existe aun una prolija aplicación del mismo, al menos se cuenta con los instrumentos legales y la aportación doctrinal que lo posibilite. Muestra de ello es lo que ha sido el Congreso Nacional de Derecho de Consumo de Oviedo, quedando por conocer lo mucho que todavía puede suponer.

El acto de clausura estuvo presidido por el Presidente de la Junta General del Principado, el Excelentísimo señor don Antonio Landeta, y contó con la asistencia de otras autoridades regionales, locales y académicas. En dicho acto intervino el Presidente del Instituto Nacional del Consumo, el Ilustrísimo señor don César Braña, quien enfocó el tema de la protección al consumidor en el ordenamiento jurídico español desde una perspectiva esperanzadora, alentada fundamentalmente por la pronta entrada en vigor de los futuros reglamentos que desarrollen la Ley de 1984.

Consciente de los defectos de que pueda adolecer la Ley 26/1984, el Presidente del Instituto se congratulaba, al igual que era el sentir de la mayoría de los asistentes, de la existencia de la ley; que está ahí, y de alguna forma posibilita el funcionamiento de los mecanismos que la misma ley arbitra. En realidad no se puede ocultar, como señalaba el señor Braña, que se ha dado un gran paso en el campo de las asociaciones de consumidores, al igual que en lo referente a programas de formación e información al consumidor, y en algunos aspectos más. Sin embargo, quizá el desarrollo reglamentario de la ley pueda posibilitar una depuración de algunos aspectos que aun impiden una verdadera aplicación de la misma en todos sus términos.

BIBLIOGRAFIA

Libros

COBACHO GOMEZ, José Antonio: «La regulación de los arrendamientos rústicos en el Código civil », Universidad de Murcia, 1989, 106 páginas

Podría pensarse que tras la promulgación de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980, los artículos que contiene nuestro Código civil relativo a tales arrendamientos deberían entenderse derogados. Pero ello no es así, ya que del ámbito de aplicación de la citada Ley se excluyen una serie de contratos, los cuales habrán de regirse por los artículos 1.546 a 1.579 del Código civil, concernientes a las disposiciones generales sobre los arrendamientos y a las disposiciones especiales sobre arrendamientos de predios rústicos.

Y precisamente el estudio de estos artículos constituye el objeto de la presente obra, realizada por el profesor titular de Derecho civil de la Universidad de Murcia, Cobacho Gómez.

Comienza la obra analizando las disposiciones generales del Código en materia arrendaticia. Se examinan cuestiones como el deber de saneamiento, la defensa interdictal del arrendatario, el uso, las reparaciones y las mejoras de la cosa arrendada, la obligación del arrendador de no variar la forma de la cosa arrendada, las perturbaciones de hecho o de derecho, el estado de la finca arrendada una vez finalizado el contrato, la duración del contrato y la tácita reconducción, el desahucio del arrendatario, el principio «emptio tollit locatum» y sus consecuencias en el goce arrendaticio...

En la última parte de la obra se analizan los preceptos del Código relativos a los arrendamientos rústicos en particular. Causa sorpresa el escaso número de artículos que dedica nuestro Código a dicha figura, teniendo en cuenta la época en que se redactó. Cuatro son los temas que se analizan, en concordancia con los preceptos del Código:

1.º) El soporte por el arrendatario de los riesgos sobre las cosechas del fundo arrendado.

El arrendatario no tiene derecho a rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos provenientes de casos fortuitos ordinarios, salvo en el caso de pérdida de más de la mitad de los frutos por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, a no ser que exista pacto especial en contrario (art. 1.575 Cc.)

La reducción de la renta es entendida por el autor como una solución de equidad y no de estricto derecho; probablemente el legislador ha adoptado tal

postura por el perjuicio que se causaría al arrendatario cuando, sin haber recogido los frutos, debe pagar la renta.

El arrendatario sufre todo el riesgo de la actividad económica que desarrolla, pues sólo tiene derecho a rebaja de la renta cuando recaiga la pérdida sobre más de la mitad de los frutos y provenga de casos fortuitos extraordinarios e imprevistos. Pero, en cambio, no tiene tal derecho en los casos de esterilidad de la tierra, casos fortuitos ordinarios, casos fortuitos extraordinarios pero previstos o que pudieron preverse, pérdida de los frutos una vez separados de su raíz o tronco, (art. 1.576 Cc.) o que hubiese renunciado en el contrato a su derecho de rebaja de renta.

De todo ello se deduce que el arrendador cumple poniendo el fundo a disposición del arrendatario, recayendo sobre éste todas las ventajas o desventajas que pudieran suceder en su actividad, y sólo en supuestos muy excepcionales el Código civil concede rebaja de la renta por motivos de equidad.

2.º) Duración del contrato.

Si no se fija la duración del arrendamiento de un predio rústico, se entiende hecho por todo el tiempo necesario para recolección de los frutos que toda la finca arrendada diere en un año o pueda dar por una vez, aunque pasen dos o más años para obtenerlos. En tierras labrantías, divididas en dos o más hojas, se entiende por tantos años cuantas sean éstas (art. 1.577 Cc.).

Este plazo legal es subsidiario y sólo opera si no se ha pactado nada en el contrato. La razón de este artículo se encuentra en que cuando se arrienda una finca, se pretende obtener, al menos por una vez, todos los frutos que sea susceptible de producir.

Ahora bien, algunos autores destacan la inconveniencia de los contratos anuales para las fincas rústicas, ya que el arrendatario, al pensar que sólo va a estar un año, actúa de forma que se convierte en un auténtico esquilador de la finca, tratando de beneficiarse lo máximo posible, sin interesarle la producción futura y el estado en que quede la finca.

3.º) La obligación del arrendatario saliente de permitir al entrante la realización de actividades que faciliten su goce (art. 1.578 Cc.)

4.º) La aparcería.

En el artículo 1.579 del Código civil se establece que el arrendamiento por aparcería de tierras de labor, ganados de cría o establecimientos fabriles e industriales, se registrará por las disposiciones relativas al contrato de sociedad y por las estipulaciones de las partes, y, en su defecto, por la costumbre de la tierra.

Estima el autor que la posición jurídica del arrendatario es distinta a la del aparcerero, ya que aquél parece más autónomo en el desarrollo de su actividad económica al ser poseedor, mientras que el aparcerero no lo es; por otra parte, la responsabilidad del arrendatario es mayor, ya que corre el riesgo de la actividad que desarrolla en los términos establecidos en los artículos 1.575 y 1.576, mientras que la responsabilidad del aparcerero es compartida con el concedente.

Termina la obra con una serie de conclusiones del autor sobre la posición jurídica del arrendatario de fincas rústicas en el Código civil.

CRISTOBAL MONTES, Angel: «El incumplimiento de las obligaciones», Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1989, 298 páginas.

Cristobal Montes, catedrático de Derecho civil, ha elaborado lo que se puede considerar como la primera monografía dedicada extensa y específicamente al incumplimiento de las obligaciones, materia extremadamente compleja, y que requería un estudio profundo y exhaustivo, que hasta el momento no había merecido.

En la presente obra, al igual que lo viene haciendo la doctrina alemana e italiana, el incumplimiento de las obligaciones se analiza y desarrolla en torno a la figura de la imposibilidad sobrevenida de la prestación.

Cuando el deudor no quiere cumplir la obligación, no puede afirmarse sin más que estamos en presencia del incumplimiento propio o definitivo, ya que, si a pesar de la voluntad del deudor, la prestación resulta verificable, tendrá lugar el cumplimiento de la relación obligatoria; si bien, en vez de encontrarnos ante el cumplimiento voluntario nos encontraríamos ante el cumplimiento forzoso. Sólo se puede decir en propiedad que estamos ante un incumplimiento de la obligación cuando se ha producido la imposibilidad de la prestación, es decir cuando existe una causa objetiva, permanente y absoluta obstativa de la realización del acto solutorio, que supone la frustración del programa de prestación contemplado.

Por tanto estima el autor inexacto hacer descansar en la voluntad del deudor algo (el cumplimiento o el incumplimiento) que sólo puede tener válido apoyo en el dato objetivo de la imposibilidad sobrevenida de la prestación.

Ahora bien, la imposibilidad sobrevenida no supone automáticamente la extinción de la obligación y la liberación del deudor, sino que ésta sólo se producirá cuando la imposibilidad derive de causa no imputable al obligado (caso fortuito), pues en otro caso no habrá tal extinción, sino sólo el cambio del objeto de la obligación, ya que el deudor deberá indemnizar los daños y perjuicios causados al acreedor.

La presente obra se divide en cuatro amplios capítulos: la imposibilidad sobrevenida de la prestación, la imposibilidad sobrevenida imputable, la imposibilidad sobrevenida no imputable y la responsabilidad del deudor.

I. En la primera parte, tras unas precisiones terminológicas e introductorias sobre la imposibilidad sobrevenida de la prestación, se analizan cuestiones como la imposibilidad parcial, la imposibilidad temporal y el mecanismo del artículo 1.186 del Código civil.

En cuanto a la imposibilidad parcial, la solución más correcta en el caso de obligaciones indivisibles (que no tiene por qué suponer la extinción del vínculo), se encuentra en facultar al acreedor para que pueda reclamar todo aquello que subsista en el patrimonio o en la capacidad de actuación del obligado que guarde relación o sea consecuencia del objeto originariamente debido, y posibilitar al deudor para que pueda liberarse del vínculo mediante la realización de esos elementos prestacionales que, no obstante el inconveniente surgido, está en condiciones de poder verificar. En el caso de obligaciones divisibles, subsistirá el vínculo por lo que reste o sea posible realizar todavía de la prestación debida.

Por lo que respecta a la imposibilidad temporal, la obligación no se extingue, sino que únicamente el deudor no estará obligado a la prestación por el tiempo que dure la imposibilidad. Supone una suspensión del vínculo, pero no su extinción. Se produce un retraso en el cumplimiento, que no debe calificarse de mora,

y que no genera responsabilidad a cargo del deudor, ya que se trata de una imposibilidad transitoria de la prestación originada por causas no imputables al deudor. Ahora bien, puede llegar un momento en que dicha imposibilidad transitoria haya de reputarse como definitiva, y de la suspensión de relación obligatoria se pase a su extinción, y ese momento será cuando el acreedor no tenga ya interés en conseguir la prestación.

II. En el segundo capítulo, relativo a la imposibilidad sobrevenida imputable, se realiza un profundo estudio del dolo y la culpa.

En el caso de incumplimiento de la obligación por causa imputable al deudor, su responsabilidad es distinta según haya actuado negligente o dolosamente, ya que mientras en el primer caso el deudor sólo queda obligado a la indemnización de los daños y perjuicios previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación, en el segundo dicha responsabilidad se extiende a todos los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.

En este capítulo se estudia el concepto y prueba del dolo, la exoneración de responsabilidad del deudor doloso, el concepto de culpa, sus grados, clases y prueba, la responsabilidad del deudor por sus auxiliares...

III. La tercera parte de la obra trata de la imposibilidad sobrevenida no imputable, analizándose extensamente el caso fortuito y la fuerza mayor.

Dentro de los requisitos de la causa no imputable se estudia la imprevisibilidad y la inevitabilidad del artículo 1.105 del Código civil (la primera tiene un acento más subjetivo mientras que la segunda más objetivo; ante el acontecimiento imprevisible el deudor puede plantearse la reflexión de si debió haber contemplado como factible el suceso que ahora ha ocurrido; ante el acontecimiento inevitable, el deudor poco o nada tiene que reprocharse, porque, con independencia de sus cautelas, el evento se habría producido indefectiblemente), la inimputabilidad (que es el requisito clave del acontecer fortuito, que precisamente extingue la obligación y exonera de responsabilidad al deudor porque éste no ha participado consciente y voluntariamente en su producción) y la imposibilidad (el hecho imprevisible, inevitable e inimputable precisa, además, para que pueda calificarse de fortuito, que origine la imposibilidad de la prestación, circunstancia que da lugar a la extinción de la relación obligatoria y la consecuente liberación del deudor).

Ahora bien, existen casos en que la causa no imputable no produce la exoneración de la responsabilidad del deudor como son: que las partes hayan acordado que el deudor asuma el caso fortuito (pacto que en principio no debe considerarse ilícito, salvo que suponga para el deudor la aceptación de una situación que pugne abiertamente contra la equidad, las buenas costumbres o el trato razonable que debe recibir todo el que contrae una obligación), o que la ley excepcionalmente así lo disponga (caso de la mora del deudor, o que éste se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas...)

IV. Por último, el autor estudia la responsabilidad del deudor.

En este apartado se analiza, entre otras cuestiones, la composición del daño contractual resarcible (en particular, el daño emergente —estudiando tanto el daño patrimonial o material como el daño moral o inmaterial— y el lucro cesante), la «*compensatio lucri cum damno*» (en algunos supuestos puede ocurrir que el incumplimiento de la obligación, al mismo tiempo que produce daño, puede suponer también algún tipo de ventaja, lucro o provecho para el acreedor), el nexa

causal que ha de existir entre el incumplimiento de la obligación y el daño a indemnizar, la posible participación culposa del acreedor en la producción del daño, y la previsibilidad del daño del artículo 1.107 del Código civil.

En conclusión, se trata de un libro de gran interés, clarificador de numerosas cuestiones en el confuso tema de incumplimiento de las obligaciones, y que servirá como punto de partida de futuros estudios.

JUAN A. POZO VILCHES

GAYA SICILIA, R.: «Las “bases de las obligaciones contractuales” en el artículo 149.1.8 de la Constitución Española», Ed. Tecnos, Madrid 1989, un volumen de 174 páginas.

La Constitución Española de 1978 instaura una nueva ordenación territorial del Estado, en la que las Comunidades autónomas desempeñan un importante papel. Esa nueva ordenación territorial justifica el que la Constitución realice un reparto de competencias, entre Estado y Comunidades autónomas. En ese reparto el artículo 149.1.8 de la Constitución Española, primer párrafo, dispone que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la «legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan». Pero, continúa su párrafo segundo, «en todo caso», el Estado es competente sobre un conjunto de materias, entre las cuales se encuentra «las bases de las obligaciones contractuales». Objeto de estudio de este libro es determinar qué alcance y contenido se ha de atribuir a esa última expresión constitucional.

El libro se divide en cuatro apartados de distinta extensión. Son los siguientes: I. Introducción (pp. 9-12); II. Antecedentes históricos (pp. 13-73); III. Las «bases de las obligaciones contractuales» en el artículo 148.1.8 de la Constitución Española (pp. 74-126); IV. Las «bases de las obligaciones contractuales» en la jurisprudencia constitucional (pp. 155-172).

Tras una breve introducción, el apartado II (Antecedentes históricos) hace un análisis detallado del artículo 15.1 de la Constitución republicana de 1931 (proceso parlamentario de elaboración del artículo, jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales). La justificación del análisis está en que la expresión objeto de estudio («bases de las obligaciones contractuales») aparecía ya en ese artículo lo cual, conduce a que Gaya Sicilia, R., plantee la cuestión de si el artículo 149.1.8 de la Constitución Española reproduce sin más el artículo 15.1 de la Constitución republicana de 1931 o, por el contrario, obedece a algún concreto designio del constituyente de 1978 (p. 75). Acaba este apartado con una conclusión de la autora en las que destacan dos ideas: en primer lugar que existía confusión sobre el contenido que se atribuía a las «bases de las obligaciones contractuales»; en segundo lugar, que el sentido de que se reservase competencia al Estado sobre «las bases de las obligaciones contractuales» «apuntaba (...) a la «seguridad jurídica» y (...) a la «unificación legislativa en aspectos importantes del Derecho civil patrimonial» (pp. 71-72).

El punto central del libro se encuentra en el apartado III. Es en él donde la autora señala a que se refiere el artículo 149.1.8 de la Constitución Española

cuando habla de «bases de las obligaciones contractuales», y cual es el criterio que permite identificarlas, finalizando con una «valoración personal» (p. 126). Con ese fin analiza dos problemas de forma sucesiva: 1. Cuando en general, el artículo 149.1 utiliza la palabra «bases» ¿a qué se refiere?, 2. Las conclusiones que se obtengan ¿son aplicables a las «bases de las obligaciones contractuales»? (p. 112).

Respecto a la primera cuestión, teniendo presente lo que el Tribunal Constitucional y doctrina han manifestado (se sigue fundamentalmente a García de Enterría), entiende Gaya Sicilia, R., que la palabra «bases» no alude a las características de la posible ley estatal que regule las diferentes «bases» del artículo 149.1 de la Constitución Española, sino que la noción «bases» es una noción material (STC 28 de julio de 1981) que establece el reparto de competencias entre Estado y Comunidades autónomas. Las «bases» son competencia del Estado, lo que no constituye «bases» es competencia de las Comunidades autónomas. El criterio que nos permite discernir que es lo básico es el «interés general» (STC 9 de octubre de 1984). Es el Estado el que, dentro de los límites que señala la Constitución, califica en cada momento qué se entiende por «interés general», «interés general» que, por tanto, tiene un contenido variable. De ahí que aquellas materias que por ser básicas pasen a ser competencia del Estado, las Comunidades autónomas no podrán regularlas aunque anteriormente hubieran sido de su competencia, por contemplarlas sus respectivos Derechos forales.

Trasladando lo anterior a las «bases de las obligaciones contractuales» (segunda cuestión), el interés general que atribuye su competencia al Estado, entiende Gaya Sicilia, R., es la unidad de mercado. Así, serán básicos «aquellos aspectos de la materia incriminada —«obligaciones contractuales»— que asegurasen o coadyuvasen al mantenimiento o salvaguarda de la unidad de mercado» (p. 125), en caso contrario no recibirán el calificativo de «bases de las obligaciones contractuales».

Esa delimitación entre «bases» y no «bases» a través del criterio de unidad de mercado supone analizar las obligaciones contractuales desde una perspectiva funcional o dinámica. Perspectiva, que hace cuestionarse a Gaya Sicilia, R. «la distinción existente entre obligaciones civiles y obligaciones mercantiles» y que sostenga que la Constitución Española ofrece «cobertura a una futura ley única de obligaciones contractuales» (p. 133).

Su razonamiento es el siguiente. El estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación mercantil (art. 149.1.6 de la CE). La justificación de esa atribución competencial se encuentra también en el principio de unidad de mercado. Es decir, el Estado tiene competencia sobre «legislación mercantil» y «bases de las obligaciones contractuales» como consecuencia del principio de unidad de mercado. Y, de esa unidad de competencial, se puede llegar a una «unidad de regulación» (p. 135). Unidad de regulación que según Gaya Sicilia, R. «sin imponerla, la propia Constitución legitima» (p. 135). «En definitiva, posibilidad de disciplinar unitariamente la teoría general de las obligaciones» (p. 135).

En el cuarto apartado del libro se analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las «bases de las obligaciones contractuales», destacando su carácter ambiguo.

Por último, advertir, como hace la autora, que se omite «toda referencia a trabajos publicados con posterioridad al mes de mayo de 1987», puesto que «se

dan a la imprenta en su versión original, es decir, tal y como se prepararon para ser expuestas ante la Comisión que resolvería (...) el concurso para proveer la plaza de Profesor titular de Derecho civil de la Universidad de La Laguna» (p. 12).

NIEVES FENOY PICÓN

GETE-ALONSO Y CALERA, Carmen: «El reconocimiento de deuda», Editorial Tecnos, S.A., Madrid 1989, 272 páginas.

La presente obra de Gete-Alonso, catedrática de Derecho civil, ha de calificarse, sin duda alguna, como uno de los libros jurídicos más interesantes de los últimos meses.

Como indica la propia autora, el reconocimiento de deuda es uno de los «tabúes» del Derecho de Obligaciones. El silencio del Código sobre su regulación, el hecho de que se haya ligado a otro de los grandes temas «oscuros», el de la causa de la obligación, y la importación por la doctrina (e incluso por la jurisprudencia) de conceptos ajenos a los nuestros (principalmente del Derecho alemán a raíz de la traducción castellana del «Tratado de Derecho civil alemán» de Enneccerus, Kipp y Wolf), ha dado lugar a una enorme confusión sobre la conceptualización y caracterización del reconocimiento de deuda en nuestro Derecho.

Los autores, por lo general, suelen hacer en sus trabajos una descripción de la doctrina alemana e italiana para terminar con declaraciones más o menos generales. En cambio, la presente obra tiene por finalidad la conceptualización del reconocimiento de deuda partiendo de los pocos datos legales que ofrece nuestro Código civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el particular.

La doctrina ha venido distinguiendo, siguiendo al BGB, entre el reconocimiento constitutivo de deuda (que es aquél en que no se expresa la causa y funda, por sí sólo, el nacimiento de una obligación a la que se denomina «independiente» y que es un reconocimiento abstracto —que funciona con independencia de la causa) y el reconocimiento causal o declarativo (que produce eficacia por sí mismo al concurrir los elementos que integran el contrato). Suele admitirse únicamente este último en nuestro Derecho, al exigirse la existencia de la causa, si bien no han faltado esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales tendentes también a otorgar eficacia al reconocimiento constitutivo.

La autora realiza, como punto de partida, un profundo estudio de los artículos 1.224 (la escritura de reconocimiento), 1.973 y 1.975 (el reconocimiento como medio de interrupción de la prescripción extintiva). Del análisis de estos artículos destaca que lo que se toma en consideración es el reconocimiento considerado objetivamente, como resultado.

La autora estima que la regulación del reconocimiento de deuda en el Código se abstiene de su posible o probable calificación negocial. La eficacia está tasada, y no cabe que las partes, al llevar a cabo el reconocimiento, la modifiquen, de manera tal que una posible variación conduce a calificar el acto de otra forma diferente (reclamación extrajudicial, renuncia a la prescripción o novación). Esta tasación legal lleva a negar la posibilidad de que el reconocimiento de deuda pueda llegar a alcanzar otra eficacia diferente a la que aparece prevista y, en

particular, el efecto de generar una relación obligatoria que pueda superponerse a la reconocida.

A continuación se examina la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el particular, y en concreto las sentencias dictadas entre 1944 y 1987. Es de destacar que la argumentación utilizada por nuestro Alto Tribunal es, en numerosas ocasiones, dispar, ya que utiliza tanto la construcción alemana (reconocimiento de deuda abstracto) como la doctrina del negocio de fijación (que toma su punto de partida de un reconocimiento causal).

El Tribunal Supremo suele calificar al reconocimiento como un negocio jurídico (esto supone la admisión de que el acto de reconocimiento puede provocar el nacimiento de una eficacia propia, derivada de la voluntad, aparte de la legal, que no puede eliminarse), y dentro del ámbito del negocio jurídico, la tesis mayoritaria se inclina a su configuración contractual (siendo muy poco frecuente que se le califique como negocio jurídico unilateral).

Posteriormente, se analiza el comportamiento del deudor y del acreedor en el reconocimiento de deuda, tratando cuestiones como la imputación subjetiva de la deuda que supone el reconocimiento, el reconocimiento expreso y el tácito, el unilateral y el bilateral, sus analogías y diferencias con otras figuras negociales afines (el negocio repetido, los negocios de interpretación, el contrato de transacción...).

Por último se estudia la relación obligatoria previa. Es de destacar que el reconocimiento de deuda alcanza eficacia obligatoria si reúne los elementos necesarios para poder llegar a calificarlo como negocio: consentimiento, objeto y causa.

El objeto es aquel sector de la realidad social que las partes toman en consideración al emitir sus declaraciones de voluntad. Y en el reconocimiento de deuda el objeto es, precisamente, la propia relación jurídica anterior que se vuelve a declarar, no para constituir, sino para recrearla y fijarla.

Por lo que respecta a la causa, se significa que el reconocimiento de deuda aparece siempre unido a dicho tema. La autora llega a la conclusión de que, distinguiendo entre causa negocial y de la obligación, la causa del reconocimiento en cuanto negocio (causa negocial) es la garantía (fijación que cumple dicha función), mientras que causa de la obligación es la misma que la de la obligación reconocida (si es contractual) y su fuente en los demás supuestos.

Termina la obra con el concepto final de reconocimiento de deuda, como conclusión del estudio realizado hasta el momento: «reconocimiento de deuda es un acto jurídico voluntario (de declaraciones de voluntad) causado, llevado a cabo por quien (o quienes) ya está ligado en una relación obligatoria existente, válida y no extinguida, a través del cual se determina aquella y en el que se persigue la creación de un nuevo vínculo obligatorio que actúe como garantía (reforzamiento) de la misma, sin modificarla ni novarla».

En conclusión, se trata de una obra de extraordinario interés, en la que la autora, conocedora profunda de la legislación y doctrina alemana e italiana sobre el particular, trata de llegar a una configuración autónoma, y no comparatista, del reconocimiento de deuda, partiendo de nuestro Código y de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo.

LOBATO GOMEZ, José Miguel: «Propiedad privada del suelo y derecho a edificar». Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1989, 617 páginas.

El libro de cuya publicación damos cuenta contiene la Tesis Doctoral de su autor y se sitúa dentro de la constelación de obras surgidas bajo el influjo de un tema tan vivo y polémico, por su singular relevancia en todos los ámbitos en que se desarrolla la actividad humana, cual es el del hecho urbano y más concretamente la incidencia del mismo en el régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria.

En la obra que nos ocupa pueden apreciarse dos apartados perfectamente diferenciados, abstracción hecha de la evidente interrelación existente entre ambos y de los cuales el primero, con marcada vocación de generalidad, versa acerca del derecho de propiedad, con especiales alusiones a aquellos supuestos en que el objeto sobre el cual recae el derecho consiste en un bien inmueble. En el segundo se aborda el problema del llamado «*ius aedificandi*», abogándose por la consideración del mismo como una facultad inherente a la propiedad de los bienes inmuebles aún después del desarrollo operado por una detallada legislación sectorial, la cual ha sido objeto de particular atención por el autor en lo relativo a este punto concreto aunque sin hacer referencia, muy probablemente por las coordenadas temporales en que se ubica la obra, al derecho proyectado.

Dividida en tres partes, en la primera, denominada «la propiedad privada en la experiencia jurídica contemporánea», se nos presenta una panorámica histórica del derecho de propiedad que, tomando como punto de partida el Derecho Romano, nos llevará hasta el concepto de dominio sedimentado en la codificación decimonónica.

A continuación pasa a describirnos el proceso de transformación de tal concepto operado por la doctrina jurídica en los países de nuestro entorno cultural a impulsos de los factores sociales, económicos y jurídicos, entre otros, determinantes de tal evolución, con una especial consideración para la acogida dispensada por el constitucionalismo europeo al concepto que se ha dado en llamar función social de la propiedad.

En la segunda parte y bajo la denominación de «El derecho de propiedad en el ordenamiento español», se aborda la génesis del artículo 348 de nuestro vigente Código civil, así como el análisis del concepto de propiedad que del mismo pueda desprenderse. Acto seguido se toma en consideración la cogida dispensada al meritado derecho por parte de nuestras constituciones históricas, para llegar, finalmente, a la plasmación del derecho de propiedad en el texto de la Constitución Española de 1978, objeto de una especial atención por parte del autor, en particular por cuanto refiere a la funcionalización social del derecho a que expresamente se refiere el texto constitucional.

Por último y en la tercera parte de la obra, titulada «la reglamentación del derecho a edificar», se nos plantea en un primer momento la relevancia del «*ius aedificandi*» en el sistema del Derecho codificado, con una mención especial al Código civil español, para afrontar a continuación la problemática planteada por la incidencia de la disciplina urbanística en el régimen jurídico establecido para la propiedad inmobiliaria y, ya en último término, abordar el análisis particularizado de la legislación urbanística vigente en relación con el «*ius aedificandi*» en orden a concluir la configuración del mismo, aun en la actualidad, como una

facultad inherente al derecho de propiedad, que únicamente cobra virtualidad propia a través de la constitución de un derecho de superficie.

LUIS MIGUEL LÓPEZ

LOPEZ DE MEDRANO, Félix: «La separación de los administradores de la Sociedad Anónima», Barcelona, Librería Bosch, 1986, 331 págs.

I. El libro que a continuación reseñamos expone de una manera clara, y a la vez amplia y detallada, un problema de gran importancia práctica en la vida de la Sociedad Anónima, y, sin embargo, escasamente tratado por el legislador de 1951. Como es bien sabido, la Ley de Sociedades Anónimas dedica un solo precepto, el artículo 75, a la cuestión, cuyo lacónico contenido no ha permitido dar respuesta adecuada a los diversos interrogantes suscitados desde la promulgación de la ley. A éstos intenta responder el autor, de forma, a la vez, sistemática y didáctica, acogiendo las diversas opiniones doctrinales y jurisprudenciales, y aportando las suyas propias. A todo ello antecede un amplio tratamiento acerca de la naturaleza jurídica de la posición de administrador de la Sociedad Anónima, aspecto que el autor considera, con acierto, indispensable y condicionante de las conclusiones que más adelante se adopten. Planteamiento éste que consideramos acertado.

Pasando a un análisis del contenido de la obra, ésta se podría dividir en cuatro bloques fundamentales: uno que comprendería los primeros cuatro capítulos (págs. 15 a 112), en los que se pasa revista a las diversas posibilidades tradicionales de encuadrar jurídicamente la posición de administrador.

Un segundo bloque de cuestiones vendría integrado por los capítulos V y VI (págs. 113 a 163), en los que se constata la presencia en nuestro Derecho del principio de libre revocabilidad de los administradores y se trata de buscar en la Ley de Sociedades Anónimas la existencia de límites a tal principio.

El tercer grupo de materias, conformadoras de la separación en sí misma considerada, en sus dos vertientes de procedimiento y supuestos de separación, queda englobado en los capítulos VII y VIII (págs. 165 a 232).

Por último, los capítulos IX y X (págs. 233 a 274) tratan de la situación que se produce tras la revocación: efectos del acuerdo de separación, impugnación de dicho acuerdo y posible reparación de los daños y perjuicios sufridos por una separación injusta.

Quedaría el capítulo XI (págs. 275 a 293), de gran interés, asimismo, por cuanto en él se van abordando las diversas posibles cláusulas estatutarias reguladoras en alguna medida de la facultad de separación, viendo su licitud o ilicitud.

II. En la primera parte de la obra, el autor, al analizar las figuras contratantes en las que cabría subsumir al administrador, parte de la noción de mandato, de acuerdo con lo que, sobre la base de los artículos 122 y 156 del Código de Comercio, constituyó la tesis clásica de la doctrina española. López de Medrano (pág. 28), parte del mandato civil y no de la comisión como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 244 del Código de Comercio, que parece negar la calificación de mercantil cuando la relación sea permanente, situándonos en el manda-

to general del artículo 1.712 del Código civil. De aquí iniciará un razonamiento que le llevará a constatar las diferencias existentes entre el régimen de los administradores y el de los mandatarios, para poner de relieve que aquéllos no encajan dentro de esta figura. Diferencias en punto a la representación de unos y otros; no sujeción de los administradores a las instrucciones de la Junta General en el desempeño de sus cometidos; presunción de gratuidad en relación con el administrador, mientras que el mandato se entiende retribuido...

Seguidamente el autor analiza la evolución ocurrida en Italia tras la entrada en vigor del *Codice Civile* de 1942 (págs. 57 y ss.). En este país se aprecia un abandono progresivo de la tesis que conceptúa a los administradores como mandatarios mercantiles, destacando la interpretación organicista de **Ferri**, compartida por **Fre**, y la de **Minervini**, a la que a la postre se adscribirá **López de Medrano** al utilizar, al igual que el jurista italiano, la categoría del **contrato de administración** para explicar la relación administrador-sociedad.

El autor confronta a continuación el régimen jurídico de la administración de Sociedades Anónimas con el del arrendamiento de servicios, contrato con escasa regulación en el Código civil. Se analizan sus diferencias con el régimen de la administración social en la Ley de Sociedades Anónimas, poniendo de relieve cómo no se trata de figuras coincidentes.

En las páginas 73 y siguientes (cap. III) se analiza con detalle la concepción institucional de la Sociedad Anónima, que ha repercutido, como se sabe, en el contenido de la ley vigente en nuestro país. Ello no impide destacar a nuestro autor (pág. 90), cómo el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas constituye una «importante fisura contractualista».

Una de las aportaciones más valiosas del libro que comentamos es la relativa al tratamiento del administrador de la sociedad como trabajador de la misma. Pormenorizadamente se nos va introduciendo en la relación laboral especial de «alta dirección» del Estatuto de los Trabajadores de 1980 y sus inmediatos precedentes en la legislación anterior. Con base en la opinión de **Alonso García**, se entiende por el autor que es perfectamente compatible un contrato laboral especial de alta dirección con el contrato mercantil de administración (pág. 108), recayendo ambos sobre la misma persona. Tal criterio ha sido confirmado, como es notorio, con la publicación del Decreto 1.382/1985, de 1 de agosto, sobre el nuevo régimen jurídico de la «alta dirección».

III. El segundo bloque de cuestiones, conforme a nuestra clasificación, se inicia con el capítulo V. Se cuestiona el autor acerca del fundamento de un principio, de orden público, como el del artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas, de unos efectos tan drásticos. El autor reconoce un doble fundamento: por un lado, la *relación de confianza* que debe mediar entre administrador y sociedad; por otro, la idea de que el contrato de administración está concebido para la *protección de los intereses de la sociedad*.

En el marco del Derecho comparado se reconoce a los administradores, en general, el derecho a ser resarcidos en caso de revocación sin justa causa (así el art. 2.383 Cc italiano), si bien, a la vez la regla común es la revocación en cualquier momento (art. 705 OR suizo...), salvando el caso alemán, en que se exige «motivo grave» para la revocación de los miembros del *Vorstand* (art. 84.3.º AktG). A continuación (págs. 125 y ss.), se examina el estado de la cuestión

tanto en el Proyecto de Estatuto Regulador de la Sociedad Anónima Europea (30 de junio de 1970), como en la Propuesta modificada de Quinta Directiva de 9 de septiembre de 1983, para finalizar el capítulo tratando la naturaleza jurídica de la revocación en la doctrina italiana y española.

En relación con la posible existencia de límites a la facultad de separación (págs. 135 y ss.), la conclusión a la que llega el autor es la de su inexistencia, lo que implica la libertad absoluta de la sociedad para revocar a sus administradores; libertad que incluso llega a la derogación singular del artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas relativo a los trámites formales de convocatoria de la Junta General, en concreto el problema de la necesidad de la inclusión de la propuesta de separación en el orden del día. **López de Medrano**, con la doctrina mayoritaria, opina que el artículo 53 no es de aplicación en este caso, aportando diversas razones (págs. 154-155).

El autor intenta despejar algunas de las muchas incógnitas que plantea la relación del artículo 75 con el sistema de representación proporcional de las minorías (art. 71.2.º). Aun reconociendo que el artículo 75 puede hacer ilusorio el derecho de las minorías a estar representadas en el Consejo, **López de Medrano** concluye que no hay fundamento sólido en el Derecho positivo para mantener la inamovilidad de los representantes de las minorías, lo cual se ve corroborado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (pág. 146). Es, asimismo, muy dudoso que tras la revocación del administrador minoritario pueda la minoría designar al consejero que deba sustituirle.

IV. El tercer bloque de cuestiones, aquellas que afectan al *iter* de la adopción del acuerdo de separación (cap. VII) y a los distintos supuestos de ejercicio de la facultad de separación (cap. VIII), comprende las páginas 165 a 232. Comienza el autor tratando el problema del *quorum* de constitución de la Junta General que haya de conocer de la revocación (art. 51). El autor señala la *imposibilidad de reforzar estatutariamente* el régimen de *quorum* del artículo 51. La excepción a este principio vendría dada por el supuesto de que en los estatutos figurase el nombre del administrador a revocar. Esta práctica viciosa —señala el autor— suele tener acceso al Registro Mercantil; en este caso, y desde una perspectiva jurídica rigurosa, habrá que entender (págs. 171), que el *quorum* de asistencia será el propio de las modificaciones estatutarias.

En punto a la mayoría exigible para la adopción del acuerdo (el art. 48 consagra el principio mayoritario, pero no precisa cuál es la mayoría necesaria para la válida adopción de los acuerdos), siendo éste un tema polémico en la doctrina, **López de Medrano** (pág. 175) opta por entender que tanto para la elección como para la revocación de los administradores, la mayoría exigible es la simple («resultarán electos quienes obtengan el mayor número de votos de entre los presentes, descartando las abstenciones, los votos en blanco y los votos nulos»).

La perfección de la separación se produce desde el momento mismo de la adopción del acuerdo, siendo la formalización del acuerdo en el acta de la Junta General un procedimiento necesario para la elevación a escritura pública y posterior inscripción obligatoria en el Registro Mercantil, momento en que será oponible frente a terceros.

El autor hace especial hincapié en la posible obstrucción por parte del Presidente de la Junta General a la propuesta de un accionista solicitando la separa-

ción de un administrador, bien negándole la venia a intervenir, bien no admitiendo a trámite la propuesta. Resalta el autor que la solución que hoy ofrece la ley (Junta General convocada por el Juez) no es en absoluto satisfactoria, por la lentitud inexorable del procedimiento.

También se trata (págs. 188 y ss.) el tema del conflicto de intereses en el supuesto de que la separación se refiera a un administrador accionista. Se trata de un problema que no recibe solución en nuestra ley y que, al mismo tiempo, es objeto de debate en la doctrina. Para **López de Medrano** no cabe hablar de un deber de abstención por parte del administrador, sin perjuicio de la revisión judicial *a posteriori* del acuerdo (art. 67).

En el capítulo VIII se formulan detalladamente los diversos supuestos que pueden darse de ejercicio de la facultad contenida en el artículo 75. Se alude inicialmente a los supuestos «generales» u «ordinarios», que serían los de separación del Consejo de Administración, del Consejero Delegado, de la Comisión Ejecutiva y del Administrador Unico. Entre la problemática que plantean estos supuestos destaca el riesgo en que, al proceder la Junta a la separación simultánea de todos los administradores, incurra la sociedad en causa de disolución al amparo del artículo 150.2.º («por imposibilidad manifiesta de realizar el fin social»). De aquí la conveniencia de proceder, en la misma sesión de la Junta General, a designar a los sustitutos.

En cuanto a la separación de Consejeros Delegados o miembros de la Comisión Ejecutiva, el autor afirma que la legitimación para acordarla corresponde al Consejo y a la Junta General (pág. 198), si bien debe destacarse que así como la Junta podrá separarle como a cualquier administrador, y removerle del cargo de Delegado si hubiera acordado ella la delegación al amparo del artículo 77, el Consejo no podrá más que revocar la delegación que le hubiera conferido.

Seguidamente, trata el autor los diversos y heterogéneos supuestos «especiales» de separación: separación de los administradores por serlo de otra sociedad competidora y por conflicto de intereses (art. 83); separación de los administradores de las empresas embargadas sometidas a intervención judicial; separación de los consejeros de los Bancos privados acordada por el Banco de España; la separación de los administradores como consecuencia del ejercicio contra ellos de la acción social de responsabilidad; separación de los administradores acordada a instancias del Comisario Presidente del Sindicato de Obligacionistas; la separación de los administradores de las sociedades en las que participen el Estado u organismos públicos. **López de Medrano** analiza con minuciosidad todos ellos, destacando sus particularidades en el marco del debate doctrinal y jurisprudencial sobre los mismos.

V. La última parte del libro (págs. 233 y ss.), se dedica a analizar la situación que se produce tras la separación del administrador. Así, el efecto principal, la extinción del contrato de administración, plantea el problema de los posibles deberes a que pudiera estar obligado el administrador separado. El autor manifiesta muchas reservas en cuanto a la posibilidad efectiva de exigencia de obligaciones al administrador, en ausencia de solución legal y en vista de la propia naturaleza del instituto de la revocación *ad nutum*, que facultará la separación en cualquier momento y sin causa, pero con la subsiguiente contrapartida de la desaparición de las cargas que sobre el administrador pudiera pesar. En cuanto

a la sociedad, se reconoce por la doctrina y la jurisprudencia la facultad de cubrir las vacantes producidas, en la misma sesión de la Junta General en que se acuerda la separación, lo que supone, una vez más, la derogación singular del artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas en cuanto a la inclusión en el orden del día de los asuntos a tratar.

En el capítulo X se contemplan los diversos supuestos de impugnación judicial del acuerdo de revocación por parte del administrador separado, estableciendo la distinción entre aquel administrador que a la vez sea accionista, y el que no lo sea. El primero cuenta con una legitimación procesal más amplia (art. 67 en relación con el art. 69), actuando, como muy bien resalta el autor (pág. 247), no como administrador, sino en cuanto socio. Mayores problemas plantea el supuesto de que el administrador no accionista ejercite la acción de nulidad de los acuerdos sociales por la vía del procedimiento declarativo ordinario (arts. 68 y 69, inciso 2.º), donde el administrador impugna «en su propio nombre». Supuesto este que ha recibido diversas fundamentaciones, concluyendo el autor (pág. 257), que la ley concede la legitimación no al administrador en cuanto tal, sino a la persona titular del órgano «en su propio nombre». No parece que los terceros, en contra de lo que opina Uría y la jurisprudencia, estén legitimados para impugnar los acuerdos sociales contrarios a la ley. Pero, como con acierto apunta el autor, nos encontramos con que si el administrador separado por acuerdo revocatorio adoptado por la mayoría precisa, tenemos que el administrador queda desposeído de la condición de tal, condición que es a su vez exigida por el artículo 69 para conferirle legitimación. Con lo que sólo disfrutará de ésta y podrá impugnar su propia destitución (pág. 261), en los casos de nulidad del acuerdo de la Junta General por el que se le privó del cargo.

En el último capítulo del libro (págs. 275 y ss.), **López de Medrano** analiza los diversos supuestos de cláusulas estatutarias que en la vida de las sociedades pueden darse en relación con el objeto del trabajo, intentando establecer en cada caso su validez o invalidez, derivando en general la ilicitud de dichas cláusulas de su contradicción con el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas, cuyo carácter de orden público impide su disponibilidad por la autonomía privada. Por el contrario, la validez de cláusulas reguladoras de la separación de los administradores está en conexión con la regulación de aspectos procesales, de materias disponibles por las partes, y, en definitiva, con un reforzamiento de la ley en este punto, tendente a facilitar el ejercicio de la libre revocabilidad de los administradores por la sociedad.

VI. Habría que concluir señalando que la obra de **López de Medrano** constituye un estudio detallado y riguroso de un tema casi inédito en la doctrina hasta el momento presente. Monografía que por su sistemática excelente y tratamiento adecuado de los temas principales, presenta un interés no sólo teórico, sino también práctico; dimensión práctica que se conjuga equilibradamente con el estudio profundo y bien planteado de la naturaleza jurídica de la figura del *administrador* de la Sociedad Anónima y del instituto de su separación *ad nutum*.

MUÑOZ MACHADO, Santiago: «Libertad de prensa y procesos por difamación», Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1988, 196 páginas.

El artículo 18.1 de la Constitución (relativo al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen) ha tenido su desarrollo posterior en la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo. Pero en cambio no existe ley que desarrolle la libertad de información contenida en el artículo 20 de la Constitución. Y éste es un grave problema, que plantea no pocas dificultades, ya que, hoy día, las técnicas de protección de la libertad de información están mucho menos desarrolladas que las establecidas para proteger el honor de las personas.

La presente obra, como expresa el propio autor, catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Alcalá de Henares, ha surgido de un curioso comportamiento de la jurisprudencia, ya que son innumerables las sentencias civiles y penales que al resolver un problema colisión entre la libertad de información y el derecho al honor de las personas, citan la Constitución, pero no extraen de ella casi ninguna consecuencia respecto del régimen jurídico de los derechos en colisión; usan para resolver el conflicto técnicas y reglas de la legislación civil o penal, pero emplean muy poco categorías constitucionales. De este modo se produce un grave defecto de constitucionalización de esa jurisprudencia o, por decirlo de otro modo, «un notable desfallecimiento en la aplicación de los principios de la Constitución».

Consta el libro de tres partes: la primera relativa al problema de la determinación de los límites de la libre información; el segundo supone un extenso estudio del Derecho norteamericano sobre el particular; y el tercero trata del contenido constitucional del derecho de libre información.

I. Comienza el libro con el problema de la determinación de los límites de la libre información.

Es de destacar que en España, como en casi todos los países democráticos, cuando un ciudadano siente afectado su honor o fama por una noticia, puede acudir a vías penales o civiles para reponerlo en su lugar. Durante los años siguientes a la Constitución de 1978, se acudía casi exclusivamente a la vía penal. Pero en 1982 fue aprobada la Ley Orgánica de Protección Civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Estos procesos civiles (que han desplazado a los penales), consisten fundamentalmente en la reclamación de indemnizaciones y en otras reparaciones de la lesión sufrida (la más importante, que el medio difamador publique la rectificación), sin que pueda, obviamente, imponer penas privativas de libertad (si bien esto no les importa mucho a los afectados, los cuales no persiguen un efecto punitivo, sino reparador, más fácil de conseguir en la vía civil que en la penal).

A continuación el autor examina una serie de sentencias dictadas en el ámbito penal; y de su estudio se observa que no se admite la «exceptio veritatis» en el caso de desacato o injurias graves al Gobierno (por lo que si un periodista afirma que un ministro ha delinquido, aunque sea verdad, puede ser procesado y condenado), y que los periodistas no sólo no pueden sacar ventaja penal de la circunstancia de que ejercen su profesión, sino que ésta puede ser un elemento utilizado para valorar negativamente el «animus» que les impulsa al difundir informaciones y opiniones sobre las personas, ya que se supone en ellos el ánimo

de injuriar. Esto es totalmente incompatible con la Constitución, ya que es intimidatorio y restrictivo de la libertad de información.

Un periódico puede publicar una información a sabiendas de que va a causar una grave lesión en el honor de una persona que ocupa un puesto importante en la sociedad; pero lo hace, en todo caso, porque cree que está obligado a suministrar esa información. El problema está en que la jurisprudencia penal se fija más en la actitud del informador respecto al derecho al honor de los demás, para determinar si es apreciable cierta o mucha voluntad de lesionarlo, cuando lo importante es, en realidad, valorar la actitud del informador con el propio derecho constitucional que está utilizando (el derecho a la difusión de información veraz, que no es un derecho solo del informador, sino de toda la colectividad y de cada ciudadano en concreto). Por consiguiente, se debe examinar la actitud del informador hacia la verdad, en el sentido de si al informar ha tratado de apurar su conocimiento, o lo ha despreciado (en cuyo caso perdería justificación el ejercicio del derecho). Pero la libertad de expresión se arruinaría si los periodistas, al igual que si fueran policías, no publicaran nada hasta que todos los extremos de la verdad estuvieran descubiertos.

Lo que la constitución demanda es que el derecho a la información se utilice con respecto a la verdad, buscándola, después de haber hecho todas las comprobaciones necesarias para encontrar la verdad y divulgarla. Si el esfuerzo se ha realizado y puede probarse que la información difundida está debidamente contrastada, con buenas fuentes, el uso del derecho puede ser legítimo aunque la noticia no sea totalmente exacta.

Por otra parte, la jurisprudencia penal no ha distinguido debidamente entre hechos y opiniones. No debería existir responsabilidad por la emisión de opiniones (las opiniones se combaten con opiniones, no con pleitos). Ahora bien, esta libertad que la Constitución concede a las opiniones tiene su límite en los insultos, en el empleo, sin base factual suficiente, de formas de lenguaje ofensivas, injuriosas o procaces, que sean injustificadas e innecesarias para expresar la propia opinión.

La ley 1/82, de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, concede preferencia a las acciones penales sobre las civiles, debido, según el legislador, a la mayor protección que dispensan. Pero esto no es cierto, como lo prueba el hecho de que los mismos medios de comunicación prefieran que se les aplique la norma penal, lo que demuestra que es mucho más lento y complicado obtener una condena por vía penal que por vía civil. Por otra parte, los mismos afectados prefieren acudir a la vía civil ya que creen encontrar mayor protección, pues, aunque no puedan privar de libertad al informador, si obtienen más fácilmente la rectificación de la noticia difundida y la indemnización correspondiente.

El problema es que los jueces civiles incurren en numerosos errores, como los penales, ya que se limita a comprobar la existencia de una agresión al honor y su relación de causalidad con alguna información periodística. Pero apenas tienen en cuenta si se trata de hechos y opiniones, si es verdadero o falso lo que se publica, la actitud del informador, o la condición pública o privada del difamado (cuestión esencial ya que la libertad de información ha de ser más robusta y el derecho al honor más débil cuando ambos entran en colisión en un reportaje sobre una persona pública y un asunto público).

En la Ley 1/82, la responsabilidad por difamación se ha construido casi como una responsabilidad objetiva, en la que no es decisivo que medie dolo o culpa del agente, sino que se dé el hecho de la lesión al honor y que esta lesión traiga su causa de una información difundida por aquél.

Aunque la jurisprudencia civil ha introducido elementos subjetivos de enjuiciamiento referidos a la persona del lesionado que son muy acertados (por ejemplo, hay ciudadanos que ellos mismos han lesionado su honor con su conducta, por lo que no es difamar contar su situación), en cambio algunas veces ha llegado a expresar que el hecho de que la información sea veraz es intrascendente, y si se ha producido lesión al honor, procede la condena en todo caso. Es cierto que los hechos verdaderos, en determinados casos, no puede divulgarse si lesionan la intimidad del afectado; pero rara vez puede decirse lo mismo con respecto al honor, y menos con el honor de las personas públicas; en estos casos la verdad debe divulgarse, aunque su honor padezca.

Por lo que respecta a la prueba de los hechos difundidos, pueden adoptarse dos soluciones: o hacer recaer la carga de la prueba de que es cierto lo publicado en el informador (si bien en muchas ocasiones será muy difícil que se tenga una prueba rotunda dada la técnica de los periodistas, así como la influencia del secreto profesional), o hacer recaer la prueba de que es falsa la noticia publicada en el propio afectado cosa insólita en nuestro Derecho, aunque es el sistema seguido por otros ordenamientos; hay que tener en cuenta, en este aspecto, que probar la propia inocencia sería contrario a la Constitución).

II. En la segunda parte del libro, el autor realiza un detallado análisis a la situación del problema en el Derecho norteamericano, sistema que es muy interesante por múltiples cuestiones (el poder y la importancia de la prensa en aquella nación, su gran labor crítica, la defensa de la libertad de expresión...)

III. El último apartado del libro se dedica al contenido constitucional de derecho de libre información.

El autor considera necesario distinguir entre sujetos y asuntos públicos y personas y asuntos privados. Si la libertad de informar es, además de un derecho individual, una libertad, una función o una garantía de pervivencia del sistema democrático, tiene que estar más protegida cuando se usa en relación con personas o negocios públicos. En el caso de personajes públicos, su honor es un límite externo de la libertad de expresión mucho más débil que en el caso de personas privadas, ya que la incorporación a la esfera pública es un acto generalmente voluntario que lleva implícita la aceptación, en un sistema democrático, de someterse a una crítica más directa y estrecha de los medios de comunicación; además, el derecho de información se refuerza en estos casos con otros valores constitucionales, como la democracia y el pluralismo.

Algunas de las conclusiones a las que llega el autor son, en síntesis, las siguientes: siempre ha de ser posible la prueba sobre la verdad de los hechos publicados; la verdad debe exonerar de cualquier responsabilidad por difamación (sin que sea necesario que lo publicado sea exacto, sino que si se trata de asuntos o sujetos públicos, sólo es necesario que el informador se haya comportado de forma diligente en la búsqueda de la verdad, es decir, que no haya actuado con dolo o negligencia grave; en el caso de sujetos o asuntos privados, surgirá responsabilidad si se ha incurrido en la negligencia más simple en la búsqueda de la

verdad); no se puede exigir prueba completa de la verdad (cosa que además no es siempre posible), ni hacer recaer exclusivamente en el medio de comunicación la responsabilidad de probar; las rectificaciones deben tener un valor atenuante, y si se producen de forma espontánea por el propio medio de comunicación, han de exonerar de responsabilidad...

Concluye la obra con un análisis de la jurisprudencia constitucional surgida hasta el momento, así como de la jurisprudencia Ligens del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

En definitiva, la presente obra se trata de uno de los más completos estudios sobre la materia, realizada con gran profundidad y extensión, y cuyas conclusiones deberían tener en cuenta nuestros Tribunales civiles y penales a la hora de dictar sentencia, a fin de no ahogar la libertad de información en beneficio del derecho al honor.

JUAN A. POZO VILCHES

SALVADOR CODERCH, Pablo (director y redactor). Grupo de Estudios sobre el derecho al honor, intimidación e imagen (M.T. CASTIÑEIRA, D. FELIP y M. ISAS, profesores; J.J. CANO, S. DURANY y E. GADEA, estudiantes): «¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley de Libelo», Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1987, 114 páginas.

Con la presente obra, los autores han pretendido, como ellos mismo expresan, sólo ofrecer un concepto de difamación, pero no explicar su régimen jurídico.

Difamar, en sentido vulgar, es desacreditar a alguien publicando cosas contra su buena opinión y fama. Pero este concepto es demasiado amplio para el Derecho. En sentido jurídico, difamar es publicar enunciados factuales relativos a una persona y lesivos de su reputación que, o bien son falsos, o bien, aunque sean verdaderos, constituyen una intromisión en su intimidad.

A partir de este concepto se van desgranando en el libro los diversos elementos que componen la definición. Vamos a hacer referencia a los mismos:

1.º) Se analiza, en primer lugar, qué ha de entenderse por publicación; y a este respecto hay que responder que es la comunicación del enunciado difamatorio a terceros, a personas distintas al afectado o al público en general. Ni el medio empleado (palabra, escritura, fotografía, filmación...), ni la difusión influyen sobre la existencia de la difamación, si bien tienen su importancia en cuanto a su gravedad.

Estiman los autores que se debe responder únicamente por divulgar hechos falsos (o intrusivos en la intimidad), pero no por opiniones. Esta distinción es fundamental. Según los autores, no se puede formar una sociedad de hombres maduros y razonables persiguiendo opiniones por duras que resulten. Se defiende a los ciudadanos de la falsedad de una noticia, porque la mentira no tiene valor constitucional (la «información veraz» del artículo 20.1.d de la Constitución), pero no de las opiniones que se publican. Las personas libres deben poder conocer los hechos, pero tienen que soportar la apreciación o valoración que de ellos haga quien piensa de manera diferente.

2.º) En cuanto al sujeto de la difamación, éste ha de ser una persona física o jurídica, pero con exclusión de los grupos de personas (la difamación ha de referirse concretamente a alguien).

3.º) Los hechos han de ser lesivos a la reputación de la persona. No se puede negar acción por difamación a los «remilgados», «radicales» y «raros», según el criterio de la mayoría ideológica o moral, ya que es incompatible con la tutela que merecen la verdad y la intimidad de la totalidad de los ciudadanos, por melindrosa, extremada o extravagante que resulte su personalidad. Todos los ciudadanos están protegidos contra la difamación; no se puede crear un estándar que tenga en cuenta el sentir de la mayoría, ya que eso sería incompatible con nuestro modelo de sociedad.

4.º) Los hechos han de ser falsos o, aunque verdaderos constituir una intromisión en su intimidad.

4.1.º) Por lo que respecta a los hechos falsos, es de destacar que quien dice la verdad no incumple la ley. La Constitución tutela el derecho al honor (art. 18), pero no las apariencias falsas de mejor reputación que la que uno merece, y al mismo tiempo garantiza el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz (art. 20.1.d)

En este campo hay que distinguir entre cargos públicos (que responden ante la opinión pública de la gestión de asuntos públicos) y los simples particulares. Los personajes públicos tienen más fácil acceso a los medios de comunicación que los simples particulares, por lo que pueden replicar a tiempo y con éxito; en cambio, los particulares sólo en el caso de que hayan sido difamados en un medio de comunicación pueden recurrir al juez exigiendo la rectificación de lo publicado.

Por otra parte, la categoría de personaje público exige una flexibilización de las reglas generales de tutela del honor, la intimidad y la imagen, debido al puesto que ocupa en la sociedad, sometido a la crítica.

Los autores no están de acuerdo con la tesis tradicional según la cual al demandado le corresponde la prueba de la verdad del hecho difamatorio; estiman que es al demandante a quien corresponde la prueba de la falsedad de los hechos difamatorios, ya que la falsedad es elemento del supuesto de hecho de la difamación y su prueba corresponde a quien la alega, es decir, al demandante. No se puede hacer recaer sobre los medios de información la carga de verificar completamente lo que publican; sólo adoptar las precauciones para que si se demuestra la falsedad de lo publicado no vayan a ser condenados por dolo o por absoluta falta de diligencia y profesionalidad en la obtención de la información.

4.2.º) Enunciados verdaderos pero que constituyen una intromisión en la intimidad.

También responde por difamación quien lesiona la reputación ajena al divulgar lo que ha conocido entrometiéndose en la vida privada o íntima de otro.

Los cuatro supuestos típicos de lesión a la intimidad de una persona, siguiendo a William Lloyd Prosser, son la apropiación de la imagen o de la apariencia de una persona, la intrusión en la vida privada o íntima, la revelación o divulgación de hechos relativos a la vida privada o íntima (en este caso, a diferencia de lo que ocurre en el tipo genérico de difamación, se responde por decir la verdad; pero es de destacar, que a la discreción del demandado corresponde la del demandante, ya que no es lo mismo espiar que contar lo que se ha visto,

ni pretender respeto de lo que se hace a la vista de todos) y la publicidad que distorsiona o tergiversa los hechos falseando la imagen de una persona ante el público.

Por último, la obra analiza el consentimiento del demandante. La propia Ley Orgánica 1/82 de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, expresa que no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso. Y es que el interés protegido por la Ley 1/82 es exclusivamente privado y no compete a la colectividad. Cada individuo labra su reputación, decide sobre su intimidad y es dueño de su propia imagen.

En definitiva, se trata de una obra interesante, que resalta múltiples cuestiones que nuestra legislación no ha sabido solucionar adecuadamente.

JUAN A. POZO VILCHES

VARIOS AUTORES: «Les concubinages en Europe. Aspects socio-juridiques».

Centre de Droit de la Famille sous la direction de Jacqueline Rubellin Devichi. Editions du C.N.R.S., Centre Régional de Publication de Lyon. Paris, 1989, 323 páginas.

Se convendrá en que el tema del concubinato, en la actualidad, atrae a la doctrina (principalmente jurídica, aunque también a los sociólogos y demógrafos), ha llegado a fascinar a no pocos, intriga sobre su evolución a muchos, preocupa a bastantes y, hasta puede decirse que enfervoriza a algunos autores. Desde hace poco más de un decenio se multiplican Congresos y publicaciones en torno al tema, y se prodigan las resoluciones judiciales en diversos países, a veces movidas por el poco científico criterio de ser «más progresistas» que las del país o la circunscripción vecina. Es incuestionable: vivimos en una «época dorada», en un verdadero «boom» de esa situación humana susceptible de múltiples denominaciones, pero que la presente obra califica al modo clásico de «concubinato».

La obra se presenta como tercer volumen de la editada anteriormente por el Centro de Derecho de Familia que dirige en Lyon la Profesora Rubellin Devichi; y si anteriormente se estudiaron los aspectos sociológicos del tema, con especial atención a Francia, ahora se ha buscado una perspectiva comparativa orientada a describir la actual posición jurídica de los concubinos en Europa, principalmente la occidental, aunque también hay un capítulo dedicado a Yugoslavia y los países del Este.

La obra no se dirige a presentar consideraciones filosóficas sobre la unión de los sexos al margen del matrimonio —aunque, ciertamente, cada autor no suele ocultar su opinión al respecto—, sino fundamentalmente a describir la situación presente, mediada la década de los ochenta, que las parejas no casadas están viviendo en Alemania Federal, Inglaterra, Bélgica, España, Grecia, Italia, Holanda, Países Escandinavos, Suiza y los Países Socialistas, y ello, tanto en el ámbito del Derecho privado (relaciones personales y patrimoniales de los concubinos en-

tre sí, con los hijos y con los terceros), como del Derecho Laboral, Administrativo, Fiscal y, eventualmente, penal. Conviene insistir en la dimensión temporal de la obra, pues se trata de una materia que goza de gran fluidez, en cambio constante, sin que se adivine el punto de llegada.

La selección de autores se ha hecho con cuidado; en unos casos se trata de prestigiosos catedráticos (Freeman, Alpa, Mme. Rood de Boer, Grossem), en otros se ha buscado a expertos en el tema, como es el caso del Profesor Vidal Martínez, autor de un capítulo sobre nuestro Derecho, de los más extensos y mejor sistematizados de los contenidos en la obra; además de una completa bibliografía se aportan resoluciones judiciales muy recientes y de diversos Tribunales.

Hay que destacar la gran variedad y cantidad de datos de la realidad jurídica contenidos en el presente volumen, en donde radica su utilidad. Aunque, como he indicado ya, la bibliografía es abrumadora en todos los países, la contenida en cada capítulo suele ser suficientemente orientadora para quien quiera profundizar en algún país determinado, a lo que casi siempre acompaña el dato jurisprudencial, de valor fundamental en el tema.

Excelente es el Prefacio debido a la pluma de la Profesora Mary Ann Glendon, de la Universidad de Harvard, en el que aproxima, no sin razón, el actual desenvolvimiento del concubinato a la evolución experimentada por el Derecho de Familia, especialmente en orden a la no discriminación de los hijos por razón de su origen, inscribiendo ambos fenómenos en un movimiento antiformalista. Ello le conduce, sin embargo, a discutibles afirmaciones como la siguiente: «De plus en plus, les concubinages de longue durée entraînent des conséquences juridiques tandis que les mariages de courte durée n'en entraînent pas». Pudiera encontrarse alguna situación-límite en que una celebración, no seguida de convivencia, se extinguiera sin dejar rastros jurídicos, pero lo normal no será eso, sino todo lo contrario, y en ello radicará, precisamente, la cuestión-clave del concubinato en nuestros días, a saber, la de su exacta colocación en el sistema jurídico, si se decide que tenga alguna, y su relación con el matrimonio legal.

Marginalmente hay que congratularse de que se viertan a idiomas europeos valiosas aportaciones jurídicas españolas (una observación intrascendente —o casi— ¿era necesario que se tradujera al francés el título de las revistas, de los libros o de los artículos?).

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL

La jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la relación jurídica de fianza (años 1983 a 1988)

Por BEATRIZ ALONSO SANCHEZ

Profesora Ayudante de Derecho civil.

Facultad de Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha. Albacete

SUMARIO.—I. CONTENIDO DE LA FIANZA. ALCANCE, EXTENSION Y LIMITES DE LA OBLIGACION FIDEIUSORIA.—A) *Consagración jurisprudencial del principio de no presunción de fianza.*—1. Carácter expreso de la fianza.—2. Supuestos de fianza inexistente.—B) *La fianza y otros contratos de garantía atípicos; relación de afinidad entre ellos. Especial consideración de la fianza mercantil y aval cambiario.*—C) *Validez de la obligación afianzada.*—D) *Fianza de obligación futura.*—E) *Obligación fideiusoria sometida a término.*—II. AFIANZAMIENTOS ESPECIALES POR SU OBJETO.—III. CONTRATO DE FIANZA.—A) *Caracteres de la fianza contractual.*—1. Unilateralidad y consensualidad.—2. Accesoriedad y subsidiariedad.—3. Onerosidad y gratuidad.—B) *Interpretación de las cláusulas del contrato de fianza.*—IV. VICISITUDES DE LA OBLIGACION GARANTIZADA.—A) *Prórroga.*—B) *Novación.*—C) *Extinción de la obligación fideiusoria por extinción de obligación principal.*—D) *La dación en pago.*—E) *Cesión del crédito garantizado.*—V. ASPECTOS PROCESALES DE LA FIANZA.—A) *Formas de articular las reclamaciones el acreedor ante el incumplimiento de la obligación afianzada.*—B) La excepción de litisconsorcio pasivo necesario.—C) La excepción de cosa juzgada.—VI. EXCEPCIONES DEL FIADOR BASADAS EN LA RESPONSABILIDAD DEL ACREEDOR.—A) *Perjuicio en la subrogación.*—B) Negligencia en la excusión.—VII. SUBROGACION DEL FIADOR POR EL PAGO EN LOS DERECHOS DEL ACREEDOR.—VIII. BENEFICIO DE EXCUSION.—IX. CONSECUENCIAS PARA LA OBLIGACION FIDEIUSORIA DE LA DECLARACION DE QUIEBRA O CONCURSO DEL DEUDOR PRINCIPAL.—X. SOLIDARIDAD EN LA FIANZA.—A) *Fianza solidaria.*—B) *Cofianza solidaria.*—XI. RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD CONYUGAL POR AFIANZAMIENTO UNILATERAL.

I. CONTENIDO DE LA FIANZA. ALCANCE, EXTENSION Y LIMITES DE LA OBLIGACION FIDEIUSORIA

A) Consagración jurisprudencial del principio de no presunción de fianza

1. *Carácter expreso de la fianza*

Al analizar la jurisprudencia emanada de la Sala Primera del Tribunal Supremo referida a las distintas cuestiones que en materia de fianza ha tenido oportunidad de pronunciarse, se hace obligado comenzar la exposición haciendo referencia a los principios y caracteres que legalmente configuran esta modalidad de garantía personal y de qué forma han ido consagrándose y perfilándose en las resoluciones dictadas por el Alto Tribunal.

De la normativa contenida en el Título XIV del Libro IV del Código civil, artículos 1.822 a 1.856, destinada a la regulación de la relación jurídica de fianza, destaca principalmente, a la hora de determinar su alcance y contenido, lo preceptuado en el párrafo 1.º del artículo 1.827 que, de manera explícita, consagra el principio de no presunción de fianza al declarar que la fianza no se presume y que debe ser expresa, no pudiendo extenderse a más de lo contenido en ella.

Este carácter expreso de la fianza, en mi opinión, es una cuestión que directamente va referida a dos exigencias que necesariamente han de concurrir en la misma, y que son:

a) la necesidad de que conste fehacientemente la voluntad del fiador de garantizar el crédito de que se trate, y

b) la de ser preciso que efectivamente nos encontremos ante un supuesto de fianza, lo que imposibilitaría que se catalogara como tal algunas hipótesis de fianza inexistente que, por la afinidad que pueden tener con la misma, pueden inducir a error.

Aún partiendo de distintos fundamentos, es unánime la doctrina al considerar como presupuesto obligado que las declaraciones emitidas por el presunto garante contengan de manera clara e inequívoca su intención de asegurar el cumplimiento de la obligación a que la fianza vaya referida. Como se observará más adelante, al analizar la doctrina contenida en la sentencia de 23 de marzo de 1988, no sólo debe ser expresa la voluntad de afianzar, sino que también debe ofrecer ese carácter la aceptación por el acreedor de la fianza ofrecida.

Abundan los recursos de casación motivados en una presunta inaplicación al caso del artículo 1.827 del Código civil, al considerar los recurrentes como no producida una fianza de naturaleza civil o como

extendida la responsabilidad del fiador a más de lo contenido en el contrato de fianza. Las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 17 de junio de 1985, 31 de enero de 1986 y 17 de septiembre de 1987 llegan a la misma solución desestimatoria en base a considerar que en los supuestos planteados no concurrió infracción al párrafo primero del artículo 1.827 del repetido Código al constar de manera expresa en los documentos de afianzamiento la intención de los contratantes y la extensión de la responsabilidad asumida por el fiador en los mismos. Así, la citada sentencia de 31 de enero de 1986 afirma como «...no puede dudarse del carácter de fianza de naturaleza civil de la que prestó en el aludido documento el recurrente en favor de su hijo codemandado, en términos concretos que claramente delimitan su extensión y efectos, de modo que puede considerarse una manifestación de voluntad expresa por parte del fiador, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 1.827 del Código civil...».

Especial atención merece en este tema la doctrina consagrada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de diciembre de 1985 que, haciendo un exhaustivo análisis del artículo 1.827 y de las consecuencias que de lo en él preceptuado se derivan, concluye diciendo que «...la declaración constitutiva de fianza ha de ser clara y no puede basarse en expresiones equívocas...». A esta conclusión llega el Tribunal Supremo después de dejar sentada, por un lado, la afirmación de que «...el compromiso del emisor tiene repercusiones sólo en un orden estrictamente moral cuando se trata de expresiones declarativas, sin otro alcance, y como tales limitadas a la afirmación de un hecho o a la manifestación de un parecer...», y de estimar, por otro lado, que «...las declaraciones meramente enunciativas carecen de obligatoriedad, ni aun invocando el elemento de la buena fe...».

Además, en aquellos casos en los que el garante viene a ser una sociedad legalmente constituida, no basta la constancia expresa de la voluntad de afianzar, sino que se precisa, asimismo, que dicha declaración de voluntad sea emitida por aquella persona u órgano societario que estuviere legitimado para ello. De ahí que la sentencia ya analizada de 16 de diciembre de 1985 establezca al respecto que «...a no ser que en el objeto social conste expresamente la posibilidad de afianzar o que el Consejo de Administración tenga conferida en los Estatutos tal facultad, habrá de ser la Junta General de Accionistas de la sociedad el órgano que deba autorizar el afianzamiento...».

2. *Supuestos de fianza inexistente*

Como he señalado anteriormente, el carácter expreso de la fianza como manifestación del principio de no presunción de la misma, obliga a considerar como convenida la fianza sólo en aquellos supuestos

en los que de manera inequívoca pueda catalogarse la situación jurídica creada como generadora de una obligación fideiusoria dependiente y subordinada respecto de la obligación principal cuyo cumplimiento garantiza. Nota de accesoriedad que al no concurrir en los supuestos planteados ante el Tribunal Supremo han dado base a la desestimación de los recursos de casación interpuestos dada la imposibilidad de estimar como producida una relación jurídica de fianza.

Así, la sentencia de 24 de febrero de 1984 concluye señalando que «...la circunstancia de que la sentencia objeto de recurso no tenga su apoyo... en una situación de fianza asumida..., sino en una obligación directa concretada... excluye la mera situación de fiador en lo que se contrae a dichas entidades en orden a la obligación de pago de que se trata, y, por tanto, excluyente de aplicación al caso de los aspectos de no presunción de existencia de fianza y de su no secuencia de solidaridad de ella en cuanto no se convenga expresamente...».

Por su parte, la sentencia de 4 de junio de 1985, de manera tajante, afirma que «...no cabe admitir existente contrato alguno de fianza entre quienes son evidentemente deudores en la misma posición jurídica frente al acreedor, como claramente se deduce del expresado documento privado...».

Finalmente, es de destacar la doctrina contenida en la sentencia de 26 de diciembre de 1986 al estimar que «...el recurrente parte del equívoco de configurar como de contrato de fianza la realización jurídica que liga a las partes y que justifica la reclamación objeto de litis..., no encontrándonos ante una obligación accesoría, sino principal, que tiene existencia por sí propia...».

B) La fianza y otros contratos de garantía atípicos; relación de afinidad entre ellos. Especial consideración de la fianza mercantil y aval cambiario

La doctrina moderna, respondiendo a las exigencias y soluciones aparecidas en el ámbito de la contratación civil y mercantil, ha ido desdibujando nuevas figuras de garantía personal que se escapan en su tratamiento jurídico de la tipicidad de esta clase de garantías constituidas tradicionalmente en torno al aval cambiario y a la fianza.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tomado en consideración las experiencias dadas en el tráfico cambiario y, haciéndose eco de las modernas orientaciones doctrinales, ha ido perfilando o al menos reconociendo en sus resoluciones la aparición de nuevas figuras de garantía personal. De este modo, en la sentencia de 11 de julio

de 1983, tras plantearse la problemática actual de las garantías personales y partiendo de los casos que un estudio sociológico sobre el tema podría mostrar, llega a señalar que «...frente a una visión tradicional que pudiera reconducir las garantías personales a las obligaciones cambiarias o a fianza, ofreciendo nuevas figuras que tendiendo a superar la rigidez de la accesoriedad, es decir, la absoluta dependencia de la obligación garantizada para la existencia y la misma supervivencia..., como son las garantías escritas y prestadas por los Bancos en favor del cliente, o bien las concurrentes en préstamos, aperturas de crédito y otras formas de financiación bancaria, las actividades de garantías prestadas por las sociedades de garantía recíproca o por los terceros garantizando el cumplimiento de los convenios de suspensión de pagos, los establecidos en el campo administrativo, singularmente en los ámbitos fiscal y de aduanas, las garantías denominadas de primera solicitud en el campo internacional, en el aspecto procesal, en que, juntamente con la tradicional fianza, han aparecido las garantías bancarias, como el aval específicamente constatado en el procedimiento penal de urgencia...».

Pero lo importante a destacar del estudio jurisprudencial llevado a cabo en torno a esta cuestión es la acuñación por el Tribunal Supremo de un concepto de «aval en sentido amplio» no sujeto a las normas de la fianza sin ser tampoco aval cambiario. En estos términos se pronuncia la meritada sentencia de 11 de julio de 1983 y la posterior de 17 de junio de 1985 que, reproduciendo literalmente la precedente de 21 de marzo de 1980, precisa que «...no siempre el aval ha de ser considerado como afianzamiento privativo del contrato de cambio, sino en un sentido más amplio, como contrato de garantía, de cumplimiento de otros contratos y por virtud del cual una o varias personas se comprometen a cumplir una obligación ya existente o que se cree en ese momento, otorgándosele carácter solidario siempre que se contraiga en términos generales y sin consignar expresas limitaciones o excepciones, fuera de cuyos supuestos obliga a todo lo que naturalmente se derive del acto o convenio avalado...».

En relación con esto, Delgado Echevarría, comentando la sentencia ya mencionada de 11 de julio de 1983 (Cuadernos *Civitas* de jurisprudencia civil, núm. 3, pág. 870), plantea el problema crucial de definir en qué consiste este «aval amplio» y en qué se diferencia de la fianza, apuntando el riesgo que supone la utilización retórica del «aval en sentido amplio» o del «contrato atípico de garantía personal» para eludir, sin control posible, las reglas del contrato típico de fianza.

De las diversas figuras de garantía personal que pueden calificarse de afines a la fianza, el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre las denominadas «cartas de confort» o cartas

de patrocinio en la sentencia de fecha 15 de diciembre de 1985. Parte el Alto Tribunal de la idea de semejanza de esta garantía con la fianza cuando dice que «...las denominadas con diversa terminología, y más usualmente «cartas de confort», responden al designio de proporcionar una garantía semejante a la fianza, mediante la cual el emisor contrae una obligación accesoria de indemnizar en beneficio del acreedor para el evento de que el deudor principal incumpla lo pactado en sus relaciones con el segundo...». De otro lado, sienta la afirmación de que «...la situación propia de sociedad matriz y sociedad filial es el ámbito específico de desarrollo de las «cartas de confort», y esa situación es diferente de la posición de accionista mayoritario...». Finalmente, y respecto de la cuestión que nos ocupa, también destacar que para el Alto Tribunal «...no existe “letter of confort” si el emisor no asume obligaciones sobre apoyo financiero de la sociedad matriz a la filial, ni contrae deberes positivos de cooperación, a fin de que la compañía subordinada pueda hacer efectivas las prestaciones que le alcanzan en sus tratos con el tercero...».

Crítica Santiago López Uriel, al comentar la sentencia referida (Cuadernos *Civitas* de jurisprudencia civil, núm. 10, pág. 3320), el planteamiento realizado por el Tribunal Supremo en lo aquí transcrito, al considerar inadmisibles la semejanza que declara el juzgador. Para dicho autor, hablar de dicha semejanza sería posible si con ello se quiere dar a entender que fianza y carta de patrocinio se comprenden en un sentido amplio de garantía personal, señalando, por otro lado, como es unánime la opinión que califica las cartas de patrocinio de figura cuya naturaleza y función son de garantía, siendo sólo en este sentido y medida «semejante» a la fianza.

Finalmente, vamos a intentar delimitar el concepto de fianza civil de los de *fianza mercantil* y *aval cambiario* partiendo del análisis de aquellos supuestos controvertidos que han sido planteados ante el Tribunal Supremo y de los fundamentos que han servido de apoyo a su Sala Primera a la hora de calificar como fianza de naturaleza civil la garantía convenida entre las partes a pesar de la existencia, en principio, de un aval cambiario suscrito por el garante.

En todos los casos en los que se ha pronunciado el Tribunal Supremo parte éste de considerar como operada una desnaturalización del aval cambiario; desnaturalización del aval que el Alto Tribunal basa en distintas razones que a continuación se exponen. Son las siguientes:

1.º) El aval deja de ser cambiario cuando se priva a la letra de alguna de sus características normales (sentencia de 17 de junio de 1985). El Tribunal Supremo reconoce que el aval puede estar limitado sin dejar por ello de ser cambiario, pero al fundamentar su deci-

sión parte de cual sea la voluntad contractual que en el caso planteado estima dirigida al afianzamiento, no de la letra en sí, sino de la obligación preexistente. Para llegar a esta solución tiene en cuenta, por un lado, el hecho de que en el contrato se prive a la letra de una de sus características normales como es la transmisibilidad, dejándola reducida a mero instrumento o documento garantizador de un aval o fianza personal, y considerando, por otro lado, que al añadirse en el contrato la nota de «no solidaridad» se alejaba de la estricta fianza cambiaria constituida por el aval, en el que no se dan los beneficios de excusión y división.

2.º) Actos posteriores del garante que de manera inequívoca conducen a determinar el verdadero alcance y naturaleza de la garantía prestada. Tanto en la sentencia de 11 de enero de 1983 como en la de 31 de enero de 1986, el Alto Tribunal parte de considerar que las letras de cambio han perdido su carácter cambiario para pasar a ser simples documentos probatorios, y estima que el afianzamiento no iba referido al pago de las letras de cambio, sino al de la deuda a que obedeció su giro. A estas conclusiones llega después de valorar una serie de documentos suscritos por los garantes con posterioridad a la emisión de las cambiales y de los que cabe deducir el verdadero alcance de la responsabilidad asumida. Así, en la sentencia citada de 31 de enero de 1986 afirma como «...no puede dudarse del carácter de fianza de naturaleza civil de la que prestó en el aludido documento el recurrente en favor de su hijo codemandado, en términos concretos que claramente delimitan su extensión y efectos, de modo que puede considerarse una manifestación de voluntad expresa por parte del fiador...».

3.º) Quedar perjudicada la letra de cambio por faltarle alguno de los requisitos que el Código de Comercio exige para que la letra, como tal, pueda surtir efecto en juicio (sentencia de 11 de julio de 1983). El Tribunal Supremo, teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 450 del Código de Comercio, señala que al perder la letra su validez como instrumento de crédito mercantil pasa a integrar otra clase de título, siendo una especie de pagaré a favor del tomador y a cargo del librador. Se cuestiona en la mencionada sentencia si extinguida la acción cambiaria frente al avalista subsistirá contra él una acción de Derecho civil, a lo que el Tribunal Supremo contesta de modo afirmativo, pues tras incluir el supuesto planteado dentro del concepto de «aval en sentido amplio» a que hemos hecho referencia, proclama que al omitirse en la cambial la expresión del nombre y apellido, razón social o título de aquél a cuya orden se mandaba hacer el pago, la entidad avalista se obligaba a todo lo que naturalmente se derive del acto o convenio avalado.

C) Validez de la obligación afianzada

Consecuencia lógica de la nota de accesoriedad que acompaña a la fianza es lo preceptuado en el párrafo primero del artículo 1.824 del Código civil al afirmar que «la fianza no puede existir sin una obligación válida». Precepto de interpretación clara cuyo fundamento sin lugar a dudas radica en la propia finalidad perseguida por la fianza de garantizar de forma subsidiaria la satisfacción del interés del acreedor; interés que no sólo ha de ser legítimo, sino que, además, ha de existir realmente en el momento de formalizarse la prestación de esta garantía personal.

En los últimos seis años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sólo en una ocasión se ha pronunciado éste acerca de la necesaria validez de la obligación principal como presupuesto de eficacia de la obligación fideiusoria. En la sentencia de 17 de septiembre de 1987 el recurrente reprocha la infracción del párrafo 1.º del artículo 1.824 argumentando al efecto que en la fecha de prestación del aval no existía la obligación garantizada al haberse hecho entrega de lo vendido y cobrado su precio con anterioridad. Se desestima el recurso en base a considerar el Tribunal Supremo que «...no hubo infracción al párrafo primero del artículo 1.824 del texto civil, toda vez que al pactarse la entrega y cobro de los cheques en función de garantía de la consecución del aval y devolverse el importe de los mismos al obtenerse y recibirse el aval, resulta evidente que no dejó de subsistir la obligación que garantizaba el precio de la operación de compra-venta...».

D) Fianza de obligación futura

La posibilidad de que puedan ser objeto de afianzamiento obligaciones futuras aparece contemplada en el artículo 1.825 de nuestro texto civil al preceptuar que «puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida». El problema que plantea la interpretación del precepto es el de determinar qué debemos entender por obligaciones futuras, es decir, si se está refiriendo exclusivamente a aquellas obligaciones ya nacidas pero ilíquidas, o si comprende también aquellas obligaciones realmente futuras en las que todavía no está vinculado un deudor principal. Veamos seguidamente cuál es la posición mantenida por nuestro Tribunal Supremo respecto de la cuestión planteada.

Sumamente significativa es la sentencia de fecha 20 de febrero de 1987 en la que explícitamente se plantea la problemática del afianzamiento por deudas futuras y, en concreto, si la obligación del fia-

dor de responder por deudas que puede contraer el afianzado nace en el momento de la prestación de la fianza o si sólo se origina en la fecha en que ya existe una deuda exigible al obligado principal. La solución aportada por el Tribunal Supremo, reiterando la doctrina sancionada en sentencias anteriores, es la de considerar «...que es válida la garantía de una deuda futura de cuantía desconocida e incierta cuando existe la obligación de la que puede derivar, al ser 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, no se puede en tal caso reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida, o sea, hasta que la deuda esté completamente determinada...». De la doctrina aquí reflejada cabe deducir las siguientes conclusiones:

1.º) Para el Alto Tribunal es preciso que el nacimiento de la obligación principal preceda a la constitución de la fianza. Aunque admite la posibilidad de afianzar deudas futuras de cuantía desconocida e incierta exige que «exista la obligación de la que puede derivar (la garantía)...».

2.º) Además cabe extraer implícitamente del contenido de la meritada sentencia que para el Tribunal Supremo la obligación futura que se afianza habrá de estar suficientemente determinada, o, al menos, sea determinable sin necesidad de nueva declaración del fiador y del acreedor; conclusión ésta que puede desprenderse del párrafo final transcrito, «hasta que la deuda esté completamente determinada...».

De otro lado, en la sentencia de 31 de octubre de 1984 el Tribunal Supremo estima que en los supuestos de afianzamiento de obligaciones futuras no puede entrar en juego la aplicación del artículo 1.851 del Código civil relativo a la extinción de la fianza por prórroga concedida al deudor sin el consentimiento del fiador, y aquí señala que «...la norma citada, que sin duda hace referencia a la concesión de un nuevo término para el pago de la prestación debida, requiere un inequívoco aplazamiento, que no se producirá cuando la garantía concierne a operaciones indefinidas y futuras...», haciendo mención de sentencias precedentes que, en torno a esta cuestión, se manifiestan en el mismo sentido.

E) Obligación fideiusoria sometida a termino

Es práctica usual en el ámbito de la contratación civil y mercantil el hecho de que un tercero ajeno a la obligación, principalmente una entidad bancaria, preste su aval para responder de manera genérica de todas las operaciones contraídas por el afianzado que pudieran

derivarse de la obligación por él asumida con el acreedor, como sucede, por ejemplo, en un contrato de suministros de mercancías. Este es el supuesto contemplado en la sentencia de 26 de junio de 1986 con la particularidad en este caso de encontrarse fijado en el aval el alcance temporal de la obligación fideiusoria, limitándose la entidad bancaria avalista a responder de los suministros de materiales efectuados en el plazo de un año. Habiendo sido condenado el Banco avalista por su obligación subsidiaria, recurre en casación la sentencia sobre la fundamental argumentación de que, al tiempo de la reclamación judicial, el aval había caducado. El Tribunal Supremo parte de considerar como hechos ciertos y probados que hubo un requerimiento notarial de pago al avalista en fecha anterior al vencimiento de la obligación del Banco, siendo posteriores a dicha fecha tanto la celebración del acto de conciliación como la subsiguiente interposición de la demanda. A pesar de ello, la solución del Alto Tribunal es desestimatoria de la pretensión del recurrente, pues, partiendo de la distinción entre caducidad y prescripción, estima referida la primera al plazo de vigencia de la garantía que cubre operaciones en dicho plazo, aunque la reclamación judicial se haga posteriormente, puesto que, como señala en la mencionada sentencia, «...hasta el término de su vigencia podrían realizarse operaciones que requerirían una reclamación lógicamente posterior...». En base a las razones apuntadas, termina señalando el Tribunal Supremo cómo el supuesto planteado «...no ofrece elementos de interpretación que permitan concluir que, antes de finalizar el período cubierto, hubiese el acreedor de reclamar judicialmente...».

II. AFIANZAMIENTOS ESPECIALES POR SU OBJETO

Hay que partir de la idea de que son susceptibles de afianzamiento todas las obligaciones cualquiera que sea su objeto, como lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en muchas de sus sentencias, entre otras, en la ya mencionada anteriormente de fecha 20 de febrero de 1987.

Considerando, por tanto, que el afianzamiento puede comprender todo el complejo contenido contractual a cargo de una de las partes, vamos a analizar seguidamente aquellos supuestos menos corrientes de fianza que merecen ser considerados como especiales en atención al objeto de la obligación garantizada o de la calidad y circunstancias que concurren en el garante de la misma. Entre estos supuestos excepcionales por su casuística, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de conocer y pronunciarse sobre los siguientes que aquí detallamos.

a) *Contrato de fianza por descuento de letras* (sentencia de 11 de junio de 1984). La cuestión que suscita este particular afianza-

miento es la de determinar cuál es la acción que debe de ejercitar el fiador que ha abonado letras no pagadas a la entidad de crédito. La citada sentencia aborda la cuestión manifestando que «...el poseedor físico de una letra no es el titular cambiario de ella al no haberla adquirido por endoso, ni haberla hecho efectiva como obligado cambiario, sino en virtud de un contrato de afianzamiento anterior a su libramiento y que garantizaba genéricamente a una entidad bancaria los descubiertos que como consecuencia del descuento de letras u otras operaciones tuviera una entidad a favor de la referida entidad de crédito, por lo que no puede ejercitar las acciones cambiarias contra el aceptante de la letra, sino la derivada del contrato de fianza que corresponde al fiador frente al deudor por quien se ha satisfecho la obligación principal garantizada...». Puntualiza el Tribunal Supremo, al hilo de lo manifestado, que debe entenderse por deudor al tercero por que se obliga a pagar en concepto de fiador, no al deudor de dicho deudor garantizado, puesto que éste es ajeno al contrato de fianza, y de tal negocio jurídico no pueden nacer acciones contra él.

b) *Afianzamiento de un contrato de cesión sobre los derechos y obligaciones derivadas de un contrato de ejecución de obra* (sentencia de 27 de enero de 1984). En este caso, según el Alto Tribunal, la acción ejercitada por el cedente contra los fiadores por incumplimiento de estos últimos de sus obligaciones, no deriva de un contrato de ejecución de obras, no estando sometida, por tanto, al plazo prescriptivo de tres años, como pretenden los recurrentes. Por el contrario, en el considerando cuarto de la sentencia referida, se afirma que «...tal acción no deriva de un contrato de dicha naturaleza, sino de las relaciones obligatorias plasmadas en uno de cesión de derechos y obligaciones, cuyo plazo de prescripción es el de quince años, señalado para las acciones personales en el artículo 1964 del mismo Cuerpo legal...».

c) *Afianzamientos de naturaleza civil suscritos por entidades administrativas* (sentencia de 30 de octubre de 1984). En el primer considerando de la sentencia citada, parte el Tribunal Supremo de considerar que «...la pretensión articulada en la demanda tiende a la efectividad de la fianza solidaria asumida por la Diputación Provincial respecto al cumplimiento de las obligaciones contraídas por los prestatarios (personas físicas y jurídicas damnificadas por las inundaciones ocurridas en la provincia de Barcelona), y tal pretensión únicamente podrá estar atribuida al conocimiento de los Tribunales Contencioso-Administrativos si se entendiese que el contrato de garantía base de la demanda tenía por finalidad la realización de un servicio público, supuesto inaceptable por falta de los requisitos objetivos para ello, ya que la obligación principal es civil y el contrato accesorio de fianza debe participar de la misma naturaleza, aparte de que en ningún caso el defecto de jurisdicción podría fundarse en

el apartado b) del artículo 3 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, pues la cuestión debatida se refiere a responsabilidad contractual, no a la exigencia de responsabilidad patrimonial por el defectuoso funcionamiento de un servicio público...». Continúa señalando el Alto Tribunal que, aun cuando no sea competencia de las Diputaciones Provinciales la posibilidad de avalar créditos a particulares «...se olvida que en este recurso no se trata de decidir si está o no en las atribuciones de las Corporaciones Provinciales el otorgar afianzamiento de obligaciones civiles o mercantiles a personas físicas o jurídicas, sino que lo único trascendente a estos efectos es la realidad de los préstamos y de la correspondiente garantía otorgada por acuerdo de la Diputación, acuerdo administrativo que no consta se haya declarado nulo en vía contencioso-administrativa, única con potestades jurisdiccionales para ello, subsistiendo en consecuencia la fianza y siendo exigible ante los tribunales...».

Resumiendo, el Tribunal Supremo partiendo de la consideración de que la obligación principal asegurada es civil y de que el contrato de fianza, por su carácter accesorio, debe participar de la misma naturaleza, concluye afirmando la competencia de los Tribunales Civiles para conocer y resolver sobre afianzamientos de naturaleza civil suscritos por entidades administrativas, mientras no sean declarados nulos por la jurisdicción contencioso-administrativa.

III. EL CONTRATO DE FIANZA

A) Caracteres de la fianza contractual

1. *Unilateralidad y consensualidad*

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones acerca de los presupuestos que necesariamente han de concurrir para que la fianza convencional nazca a la vida jurídica. Entre ellos destacan los derivados del carácter consensual de esta garantía personal, consensualidad que ha sido afirmada con rotundidad por el Alto Tribunal en una sentencia reciente de fecha 23 de marzo de 1988. La doctrina legal que sienta, recogida en el Fundamento 3 de la sentencia referida, precisa que «...al no haber intervenido la sentencia acreedora en el otorgamiento del instrumento (reconocimiento de deuda y afianzamiento), ni expresado con posterioridad su consentimiento, el negocio de garantía alegado no nació a la vida jurídica, pues la fianza convencional, como contrato consensual que es, se perfecciona con el consentimiento o concurso de la oferta y la aceptación y con anterioridad a ésta por el acreedor, haya intervenido o no el deudor, que no es indispensable, no hay verdadera obligación para el fiador, ha-

llándonos entre tanto ante una mera oferta, que puede ser revocada, de no mediar plazo, al no existir declaraciones de voluntad concurrentes...». Y concluye dicho Fundamento señalando que «...debiendo recordarse que la fianza es contrato y que cuando se habla de unilateralidad se hace referencia no a su nacimiento (es consensual), sino a que de él nacen obligaciones para una sola de las partes, pero siempre y cuando se haya perfeccionado, lo que no se produce con una simple manifestación de voluntad recepticia, pues se requiere la conjunción de voluntades...» (sobre esta sentencia, Delgado, *Poder Judicial*, 12, pág. 127, y Guilarte, *CCJC*, 16, pág. 251).

Al señalar el artículo 1.827, en su párrafo primero, que la fianza no se presume y que debe ser expresa, no está exigiendo con ello una forma determinada. Lo que exige es que se haga constar de manera expresa la voluntad de afianzar para que la responsabilidad del fiador quede claramente definida. El problema se plantea a la hora de decidir si, para la perfección del contrato, es preciso que la oferta de afianzamiento realizada por el garante vaya seguida de una aceptación de la misma por parte del acreedor del crédito objeto de afianzamiento y, en caso afirmativo, señalar cuál debe ser la forma que debe revestir dicha aceptación.

Coincide la mayor parte de la doctrina científica en afirmar la necesidad de que el acreedor acepte la garantía personal que se le ofrece y en no considerar preciso ninguna formalidad especial para ello. Algunos autores contraponen la oferta de afianzamiento que debe ser expresa a la aceptación de la misma que consideran puede realizarse de manera tácita, no oponiéndose al ofrecimiento realizado por el garante.

La meritada sentencia, objeto de nuestro análisis, es clara al afirmar que con anterioridad a la aceptación por el acreedor no hay verdadera obligación para el fiador. Estimo, por tanto, que es preciso que la oferta de fianza sea expresa. pero igualmente hay que establecer la conveniencia de una manifestación expresa del acreedor de su voluntad de aceptar la garantía, pudiendo, en consecuencia, ser revocada la oferta en tanto no se haya producido tal aceptación. De ahí que la sentencia que estudiamos no considere materializada la aceptación por lo que se define como «presencia presionante del acreedor», aludiendo al intercambio de correspondencia sobre el hipotético crédito, que no cabe confundir con la aceptación de la garantía (Fundamento 1).

2. *Accesoriedad y subsidiariedad*

En distintos preceptos de nuestro Código civil, entre los que cabe destacar los artículos 1.212 y 1.528, subyace claramente la idea de que las garantías, ya sean reales o personales, son accesorias del cré-

dito. De manera casi unánime viene siendo reconocida por la doctrina científica y por la jurisprudencia esta nota de accesoriedad de la fianza con lo que implica de subordinación o dependencia respecto de la obligación principal a la que garantiza, afectándole de manera directa todas las vicisitudes por las que pudiera atravesar esta última.

Observa Anna Casanovas Mussons cómo la fianza atribuye al acreedor un nuevo derecho de crédito, pero por su función de refuerzo y no de nuevo enriquecimiento, ostentando este nuevo crédito carácter accesorio; accesoriedad, según la autora, que se predica del crédito, no de las obligaciones del fiador, al entender la accesoriedad como función económica entre elementos del activo patrimonial (*La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, pág. 10).

También se caracteriza comunmente a la fianza con la nota de la subsidiariedad, aunque atribuyéndolo significados distintos por parte de la doctrina. Para aquellos autores que definen el carácter subsidiario de la fianza en base a la obligación del acreedor de ejecutar al deudor, previamente al fiador (Albaladejo, Puig Peña), la consecuencia que se deriva es la de considerar la subsidiariedad y el beneficio de excusión como una misma cosa. Posición ésta mantenida por el Tribunal Supremo en algunas de sus decisiones al afirmar la incompatibilidad entre subsidiariedad y solidaridad (sentencias de 7 de febrero de 1963 y 28 de septiembre de 1977). Frente a este planteamiento, que ha venido siendo común en la doctrina, otros autores (Guilarte, Delgado) mantienen el criterio de considerar que la subsidiariedad acompaña inseparablemente a la fianza, pueda o no ejercitarse el beneficio de excusión. En este sentido, Ana Casanovas Mussons destaca cómo la subsidiariedad y la solidaridad no son regímenes incompatibles desde el momento en que la solidaridad juega respecto del acreedor y la subsidiariedad se predica frente al deudor afianzado (*La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, pág. 16).

Vamos a desgajar ahora la doctrina que, en torno a esta cuestión, ha sentado la Sala Primera del Tribunal Supremo en los últimos seis años. En la sentencia de 13 de marzo de 1987 nos señala el Alto Tribunal una de las posibles consecuencias que se derivan de caracterizar a la fianza con la nota de la accesoriedad, al señalar que «...la naturaleza accesoría del contrato de fianza, al comportar las eventuales consecuencias del cumplimiento de la obligación garantizada en defecto del deudor principal, con los derechos típicos de reembolso y subrogación que determinan los artículos 1.838 y 1.839 del Código civil, impide catalogar el acto de afianzamiento como presidido por un fin de liberalidad y gratuidad...».

Mayor interés, por su relevancia de orden práctico, es la doctrina contenida en la sentencia de 27 de noviembre de 1986, en la que se contempla un supuesto de incumplimiento por el fiador de consti-

tuir depósito, lo que motiva al acreedor a accionar frente al deudor para obtener la resolución del contrato garantizado por incumplimiento del mismo en base a que el deudor se obligó contractualmente a presentar un garante que afianzara el cumplimiento de las obligaciones por él contraídas. Desestima el Tribunal Supremo el recurso argumentando que «...pretender, como la recurrente hace, la resolución del contrato base y principal de compraventa por el cauce de la fianza suscrita..., significaría alterar gravemente en perjuicio de la entidad compradora el sinalagma contractual del contrato base de compraventa..., al tiempo que tal pretensión de la recurrente comportaría la desnaturalización del contrato de fianza, pues con la operatividad que la actora quiere darle a dicho contrato desaparecerían absolutamente las características esenciales y definitorias de toda obligación fideiusoria, que siempre es y ah de ser accesoria y subsidiaria...». Termina señalando la sentencia cómo la acción entablada por el acreedor no puede producir el efecto por él deseado, que ninguna acción o exigencia ha formulado contra el fiador, con relación al cual nunca planteó ni su idoneidad ni su sustitución.

En relación con la doctrina aquí reflejada y en apoyo de la solución ofrecida por el Tribunal Supremo, estimo de interés el planteamiento realizado por Guilarte cuando afirma que hay una dependencia funcional al vínculo fiado, con el que, a diferencia de lo que ocurre en otros casos de accesoriadad, el subordinado no llega nunca a fundirse, siendo posible en todo momento identificar las dos relaciones obligatorias que integran un fenómeno complejo, pero sometidas a un régimen propio y distinto (*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XXIII, pág. 16).

3. *Onerosidad y gratuidad*

Por expresa disposición de lo preceptuado en el artículo 1.823 del Código civil, la fianza podrá ser gratuita o a título oneroso.

Respecto a este tema se pronuncian de manera más o menos directa las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 13 de marzo de 1987 y de 7 de mayo del mismo año, y ambas coinciden en afirmar que la gratuidad u onerosidad puede proceder no sólo de la relación del fiador con el beneficiario, sino también de la relación con el afianzado. Este parece ser el criterio mantenido por el Tribunal Supremo cuando, en la sentencia de 7 de mayo de 1987, precisa «...sin que pueda olvidarse la participación que la Fundación (fiadora) tenía en el capital de la sociedad beneficiaria, ya que ello es revelador del mutuo y doble interés que tanto una como otra tenían que tener en el buen fin del contrato crediticio...».

B) Interpretación de las cláusulas del contrato de fianza

Ante supuestos de falta de claridad, oscuridad e incluso discrepancias habidas o que se deduzcan de las cláusulas de un contrato de afianzamiento surge el problema de cómo llevar a cabo la determinación precisa del alcance y contenido de la fianza. Frente a la opinión más comúnmente admitida que, en base al carácter expreso de la fianza exigido por el artículo 1.827, defienden que la misma es de interpretación restrictiva en beneficio del fiador (Guilarte, Delgado), se alzan voces que afirman, con carácter general, el sometimiento de esta cuestión a los criterios normales de interpretación de los negocios jurídicos (Díez Picazo-Albaladejo).

Para entrar a analizar los criterios de interpretación de que se sirve el Tribunal Supremo en esta materia, es conveniente señalar como base previa lo proclamado en la sentencia de 31 de octubre de 1984 cuando afirma que «...para fijar el alcance de la fianza y determinar su contenido hay que atender, según principio capital del derecho de la contratación, a lo convenido por las partes o a lo manifestado por el fiador en cuanto al significado del negocio accesorio "per relationem" con la obligación principal...». Asimismo, en la sentencia de 4 de junio de 1985 precisa cómo sólo cabe acudir a la normativa contenida en el artículo 1.281 del Código civil si el contrato que se hubiese de interpretar ofreciese alguna duda en el sentido literal de sus cláusulas.

En aquellos casos de difícil determinación concreta de cuál sea la extensión de la fianza convenida, el Tribunal Supremo acude a valorar lo que considera actos significativos de los contratantes y recurre a un criterio sistemático de interpretación de las cláusulas del contrato. De este modo, la sentencia de 17 de julio de 1985, poniendo de manifiesto la complejidad habida en las cláusulas del contrato de fianza, afirma su necesaria interpretación «...no sólo en armonía con lo previsto en el artículo 1.282, sino con lo dispuesto en el 1.285, ambos del Código civil, ateniéndose al conjunto del contrato, no a un aparte del mismo».

En el mismo sentido se pronuncia en la sentencia de 8 de mayo de 1984 que, valorando una serie de actos coetáneos producidos (art. 1.282) y el conjunto de las cláusulas del documento del afianzamiento (art. 1.285), viene a señalar que si bien, a tenor del artículo 1.827 del Código civil, la fianza no se presume, debiendo ser expresa y no pudiendo extenderse a más de lo convenido en ella, tampoco cabe desconocer, en palabras del Alto Tribunal, que, a través de una ponderada interpretación del documento de fianza, puede entenderse que el mismo se refiere, no al aspecto temporal de dos años del contrato garantizado, sino al préstamo en cuestión a que afecta, y en

los términos en que el mismo fue concertado, entre los cuales figura la cláusula de renovación táctica convenida y de la que tenía adecuado y completo conocimiento el fiador dada su condición de Presidente y Director General de la entidad deudora.

Teniendo en cuenta, por un lado, que el documento de fianza que motivó la sentencia referida contenía una cláusula en la que literalmente se establecía «...que por tiempo de dos años a partir de esta fecha...» y que de manera expresa concretaba temporalmente la duración del afianzamiento, y observando, de otro lado, cómo la interpretación llevada a cabo perjudica claramente al fiador, cabe deducir que para nuestro Tribunal Supremo la interpretación a llevar a cabo en los supuestos de fianza ha de ser estricta, no necesariamente restrictiva, lo que para el Alto Tribunal no vulnera los límites y presupuestos contenidos en el artículo 1.827 del texto civil.

IV. VICISITUDES DE LA OBLIGACION GARANTIZADA

A) Prórroga

El Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de octubre de 1986 justifica la eficacia extintiva de la prórroga aduciendo diversos argumentos ya esgrimidos por nuestra doctrina. Así, señala que la extinción de la fianza como consecuencia de la prórroga concedida al deudor sin el consentimiento del fiador «...viene determinada por la mayor onerosidad surgida de la prolongación, que afectaría a la obligación del fiador, y por el juego de los principios generales en orden a los límites subjetivos de la eficacia de lo pactado, sin trascendencia a quien no ha sido parte en el contrato, así como la improcedencia de quedar los efectos de la fianza al arbitrio del acreedor, en menoscabo del fiador...».

Para que entre en juego la aplicación de esta causa específica de extinción de la fianza, contemplada en el artículo 1.851 del Código civil, es necesario que quede patente la intención del acreedor de conceder una prórroga al deudor, es decir, que efectivamente se trate de la concesión de un nuevo término. De ahí que el Tribunal Supremo no considere como tal a la «...mera tolerancia del acreedor que detiene el ejercicio de su derecho a la espera de que el deudor pueda ponerse al corriente en la liberación de sus obligaciones...» (sentencia de 8 de octubre de 1986).

Un supuesto de esta naturaleza, con plenos efectos liberatorios para el fiador, es el que motivó la sentencia de 1 de marzo de 1983 en la que se estima operada una extinción de la fianza por el hecho de aceptar el acreedor, sin intervención del fiador, un talón bancario

en pago del saldo, pues considera concedida implícitamente al deudor una prórroga, con señalamiento de nuevo plazo. Cabe deducir de la doctrina contenida en la sentencia referida cómo es necesario que el aplazamiento que implica la prórroga tenga carácter definitivo, no pudiendo ser revocado por el acreedor una vez concedido. No obstante, ello no significa, en mi opinión, que la prórroga deba quedar reflejada por escrito siempre y cuando quede manifiestamente claro que la intención del acreedor era conceder un nuevo plazo al deudor. Es igualmente imprescindible para la operatividad de esta causa extintiva de la obligación fideiusoria que la prórroga concedida al deudor no sea conocida ni consentida por el fiador y así cabe deducir de la sentencia de 8 de octubre de 1986, ya mencionada, que para no producirse la extinción de la fianza alegada por el fiador no basta acreditar el conocimiento de éste de la prórroga operada, sino que es preciso demostrar que el mismo ha manifestado su consentimiento de modo más o menos explícito, pero cierto.

Finalmente, en la sentencia de 8 de mayo de 1984, ya analizada en materia de interpretación, delimita el alcance de lo preceptuado en el artículo 1.851 cuando precisa que «...tal precepto hay que entenderlo referido exclusivamente al supuesto de que la prórroga se conceda sin contemplación y previsión de ella al tiempo de la creación de la fianza...». Llevando a cabo una interpretación de conjunto de las cláusulas del documento de afianzamiento en el que no se hace referencia a la cláusula de renovación tácita contenida en el contrato base garantizado, hace vinculante para el fiador la prórroga que implicaba la cláusula mencionada por estimarse acreditado el conocimiento y consentimiento por parte del fiador de la prórroga convenida contractualmente desde el momento en que la fianza fue constituida, dado que el fiador era al mismo tiempo Presidente del Consejo de Administración y Director General de la entidad deudora, en cuyo nombre él firmó el contrato base de préstamo con la aludida cláusula de prórroga tácita.

B) Novación

Son frecuentes los recursos de casación, en materia de fianza, fundamentando sus motivos en una infracción del artículo 1.203 del Código civil, estimándose por parte de los recurrentes como producida una novación, bien objetiva o subjetiva, de la obligación principal y una consiguiente extinción de la obligación fideiusoria. A pesar de ello, veremos cómo el Tribunal Supremo no estima producida tal novación en ninguno de los casos ante él planteados en los últimos seis años. Y niega tal posibilidad en base a que en ninguno de los supuestos planteados en materia de fianza se dan los requisitos esenciales

para que la novación produzca sus efectos, a saber: obligación preexistente, creación de otra nueva, disparidad entre ambas y voluntad de llevar a cabo la sustitución.

Analizaremos los distintos supuestos fácticos de las sentencias analizadas generadores de una pretendida novación con eficacia extintiva.

1.º) *Cesión de créditos* (sentencia de 11 de enero de 1983). Señala el párrafo tercero del artículo 1.203 que las obligaciones pueden modificarse subrogando a un tercero en los derechos del acreedor. Ahora bien, como señala Caffarena Laporta al comentar la sentencia (Cuadernos *Civitas* de jurisprudencia civil, núm. 1), el precepto citado no utiliza el término novación, sino que se refiere a la modificación de las obligaciones sin más, y son los siguientes artículos los que proporcionan los criterios para determinar cuándo esa modificación tendrá o no efectos extintivos. Señalada esta premisa de general consideración en todos los supuestos planteados, vamos a centrarnos en el caso concreto que nos ocupa, la cesión del crédito garantizado con fianza por parte del acreedor a un tercero que se subroga así en los derechos que el mismo tuviera. Y para ello son dos los preceptos básicos de los que se ha de partir para calificar la relación jurídica creada y determinar sus efectos. Nos referimos al artículo 1.212 («la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas») y al artículo 1.528 («la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio»). Sobre estas bases y los antecedentes fácticos del caso planteado, el Tribunal Supremo proclama que «...la cesión regulada por los artículos 1.526 y siguientes del Código civil es uno de los casos de subrogación del crédito expresamente mencionados por el Código a que se refiere el artículo 1.209 del mismo. Dicha subrogación de un tercero en los derechos del acreedor operada como consecuencia de la cesión del crédito, lejos de extinguir la obligación primaria, la conserva en su integridad...», llegando en consecuencia a la conclusión final de que la fianza no queda extinguida por la sustitución del acreedor en la obligación principal.

2.º) *Cesión de bienes «pro solvendo»* (Sentencia de 14 de septiembre de 1987). Reprochan los recurrentes en este caso la infracción del artículo 1.203 en su párrafo primero que hace referencia a la variación del objeto o condiciones principales de la obligación garantizada, producida a su entender en virtud de convenio alcanzado en expediente de suspensión de pagos en el que se acordaba un aplazamiento y posterior proceso de liquidación de los bienes de la suspensa.

Se fundamenta el Tribunal Supremo, para rechazar la motivación del recurso, en dos ideas básicas. En primer lugar se considera que la cesión practicada como consecuencia del convenio no supone trans-

misión alguna de los bienes y derechos realizada de forma irrevocable. Por otro lado, sienta la afirmación de que la cesión de bienes «pro solvendo» que estima producida como consecuencia del convenio carece de los efectos liberatorios o extintivos de la obligación propios de la dación en pago o «cesión pro soluto». En base a todo ello concluye manifestando que dicha figura no produce una novación de la obligación preexistente.

3.º *Cesión de obligaciones* (sentencia de 27 de enero de 1984). Estiman los recurrentes como producida una novación de carácter subjetivo (art. 1.203.2.º) al sustituirse la persona del deudor como consecuencia de la cesión practicada y consideran, en consecuencia, no ser el cedente (verdadero obligado ante la entidad acreedora) el titular del crédito reclamado al cesionario.

Desestima el Alto Tribunal el recurso en base a considerar que el crédito reclamado no estaba comprendido en la cesión operada, siendo el cedente afianzado el titular del mismo y ello porque lo reclamado no era la deuda que el cedente tenía contraída con la entidad acreedora, sino el importe de un talón entregado por el cesionario (deudor principal) con el que estaban ligados por vínculos de solidaridad los impugnantes, y que no fue hecho efectivo en su momento.

4.º *Convenios de modificación ajenos a los fiadores* (sentencia de 3 de octubre de 1985). Resultando acreditado como está que acreedor y deudor otorgaron nueva escritura en la que modificaban la contraprestación de este último, los recurrentes argumentan haberse operado una novación total de la obligación inicial que no puede alcanzar a los fiadores. Y ello sería así si no fuera porque queda constatado, en palabras del Tribunal Supremo, el conocimiento y consentimiento de los fiadores respecto de la modificación de las obligaciones contraídas.

5.º *Emisión de cambiales en pago de la deuda* (sentencia de 4 de junio de 1985). No reúne los presupuestos que la novación exige para su operatividad el caso planteado que motivó esta sentencia que hace constar como con posterioridad a haberse contraído la obligación y mediante documento escrito se plasma el reconocimiento de la deuda mediante la puesta en circulación de diversas letras de cambio. Argumenta el Tribunal Supremo que «...en el aludido documento claramente expuesto, consta que existía una deuda de cuantía determinada y que para su pago se pactó la emisión de las cambiales que allí se enumeran, circunstancia que en ningún caso evidencia una novación, sino simplemente el pago de la deuda, sin que en modo alguno conste, según exige el artículo 1.204 del Código civil, la ineludible declaración terminante de que una obligación queda extinguida o modificada por otra, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles...».

Para concluir con este tema y en relación con la cuestión ya planteada de determinar cuándo las modificaciones habidas en la obligación principal tendrán o no eficacia extintiva, ha de apuntarse lo señalado en la sentencia de 8 de octubre de 1986 en el tema de la novación. Dicha sentencia considera incluida dentro del Derecho español no sólo la figura tradicional de la novación extintiva, sino también la modificación convencional de las obligaciones (la llamada novación impropia o modificativa), y el deslinde entre una y otra clase ha de hacerse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación que se introduzca en la obligación, de tal modo que si ésta subsiste, pero no varía alguna de sus condiciones principales, persistiendo el vínculo, aunque modificado, se produce la novación impropia, en virtud del concertado contrato de modificación. Llega la meritada sentencia a la conclusión final de que la reducción de la cuantía de la deuda no implica la novación extintiva de la obligación.

C) Extinción de la obligación fideiusoria por extinción de la obligación principal

Nuestro Código civil, en su artículo 1.847, establece de manera lógica la extinción de la fianza como consecuencia de la extinción producida de la obligación garantizada. Para que se produzca la liberación del fiador por efecto del cumplimiento de la obligación principal es preciso que dicho cumplimiento, en cualquiera de sus formas, produzca la satisfacción del interés del acreedor. No ocurre así en el supuesto de hecho que da lugar a la sentencia de 9 de junio de 1986 que, en consecuencia, desestima el recurso y la motivación del mismo fundamentada en la infracción por inaplicación del artículo 1.847, al no estar liquidadas las deudas derivadas de las relaciones anteriores entre las partes.

Tanto la sentencia citada como la posterior de fecha de 11 de junio de 1987 expresan claramente la carga que sobre el fiador pesa de probar la extinción de la deuda que aducen. En este sentido se pronuncia la última de las sentencias mencionadas, la cual, después de señalar que es al demandado fiador que invoca la extinción de la obligación a quien correspondía la prueba de tal hecho extintivo, deduce cómo no puede presumirse el cumplimiento de la obligación principal «...de la sola circunstancia de que no figure en la relación de acreedores de la quiebra...».

Por su parte, la sentencia de 9 de junio de 1986 reprocha el no especificar el fiador recurrente la forma en que estima extinguidas las obligaciones afianzadas, «...ya que el artículo 1.847 del Código civil invocado es una norma que se remite, en cuanto a la obligación

del deudor, a una forma de extinción que no se tiene como probada por las sentencias de instancia, y, en cuanto a las demás causas de extinción de las obligaciones, tampoco se expresa a cuál de ellas se refiere el recurso...».

D) Dación en pago

Según preceptúa el artículo 1.849, «si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre de fiador». Pues bien, examinando la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el período de tiempo analizado, observamos que en torno a este tema cabe plantearse dos cuestiones especialmente relevantes.

En primer lugar, la cuestión en sí controvertida del fundamento del precepto señalado que, según Guilarte, radica en impedir que el fiador quede vinculado durante un plazo inconcreto en garantía de una obligación que, extinguida definitivamente o no para el deudor principal, llega a tal incierta situación «por un hecho debido a la exclusiva voluntad del acreedor» (*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XXIII, pág. 305). Otros son los fundamentos esgrimidos por la doctrina y, sin embargo, parece que es el aquí relatado el que ha sido acogido por nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de mayo de 1988 al señalar que «...la adhesión (al convenio celebrado en la suspensión de pagos de la deudora) significa haberse producido con posterioridad al juicio un acto del acreedor que, suponiendo pago del crédito viene a exonerar de responsabilidades accesorias, aunque sean solidarias, a los fiadores de la deuda...».

La segunda cuestión suscitada del análisis jurisprudencial realizado gira en torno a la delimitación precisa de los supuestos que dan lugar a una verdadera y real extinción de la obligación fideiusoria. Nos referimos a la necesaria distinción entre cesión de bienes o «cesio pro solvendo» y la dación en pago o «cesio pro soluto». De la sentencia de 14 de septiembre de 1987, se desprende cómo «...la cesión de bienes “pro solvendo” no es compatible con la transmisión irrevocable, careciendo de los efectos liberatorios o extintivos propios de la dación en pago...». Al quedar liberado el deudor por la cesión practicada por el importe líquido de los bienes cedidos, lógicamente la fianza no se extingue, sino que seguirá subsistiendo para aquella parte de la deuda no satisfecha. Por ello, la sentencia citada señala que este supuesto puede ser generador en todo caso de una eficacia extintiva parcial.

Otra cosa distinta ocurre con la figura de la dación en pago, verdadera causa extintiva y liberatoria del fiador. Este es el supuesto

contemplado en la sentencia de 26 de mayo de 1988. La «aceptación voluntaria» del acreedor de una cosa distinta a la prestación originaria se produce en el momento en que por escritura pública el acreedor presta su adhesión a los Convenios de acreedores celebrados en la suspensión de pagos de la deudora, encontrándose en este caso ante un supuesto de dación en pago con efectos liberatorios contemplado en el artículo 1.849 del texto civil, ya que como señala la meritada sentencia, «...es evidente que el convenio aprobado judicialmente supone la aceptación del pago verificado por “datio in solutum”, con renuncia del resto no cubierto por los bienes adjudicados “in valorem” o “in género”, lo que viene a exonerar de responsabilidades accesorias a los fiadores de la satisfacción de la deuda...».

E) Cesión del crédito garantizado

Respecto a la cesión del crédito afianzado y a los efectos que por tal hecho pudieran derivarse sobre la fianza prestada queda claro, como he señalado anteriormente en materia de novación, que dicha garantía no se extingue por la cesión operada. Sí plantea, sin embargo, este tema una cuestión que ha sido objeto de polémica doctrinal como es la relativa a la necesidad o no del conocimiento previo del fiador del cambio en la titularidad activa del crédito. Cuestión ésta que ha sido planteada y resuelta por el Alto Tribunal en sentencia de 11 de enero de 1983, donde categóricamente sienta que «...la cesión de créditos puede hacerse válidamente sin conocimientos previo del deudor (y, por ende, del fiador) y aun contra su voluntad, sin que la notificación a éste tenga otro alcance que el de obligarle con el nuevo acreedor, no reputándose pago legítimo desde aquel momento el hecho en favor del cedente...».

V. ASPECTOS PROCESALES DE LA FIANZA

A) Formas de articular las reclamaciones el acreedor ante el incumplimiento de la obligación afianzada

Vencida la obligación afianzada, el acreedor que no ha visto satisfecho su interés dado el incumplimiento de la misma por el deudor principal tiene en sus manos distintos medios o caminos que le pueden conducir a obtener su cumplimiento forzoso. Contando con la garantía personal que representa la fianza, el acreedor puede desenvolver su reclamación tanto contra el principal obligado como contra el fiador como obligado subsidiario.

1.º) *Reclamaciones extrajudiciales*. El acreedor puede requerir de pago extrajudicialmente al deudor principal y al fiador. En el supuesto de que el requerimiento vaya dirigido al fiador, éste debe oponer inmediatamente al acreedor el beneficio de excusión con el riesgo, de no hacerlo, de considerarse renunciado al mismo con la consecuencia de no poder alegarlo en un momento ulterior. Así lo exige el artículo 1.832 del Código civil al ordenar que «debe oponerlo al acreedor luego que éste le requiera para el pago». Según cabe desprenderse de la sentencia de 30 de noviembre de 1984, la conciliación tiene a los efectos aquí procedentes el carácter de requerimiento de pago, debiendo formularse por los fiadores el beneficio de excusión en el período de tiempo que transcurre desde la entrega a los mismos de la «papeleta» hasta la celebración del «acto de conciliación».

2.º) *Planteamiento judicial de la contienda*. El acreedor puede accionar sin un previo requerimiento de pago, adoptando la pretensión que dirija alguna de las formas siguientes:

a) Puede *demandar únicamente al deudor principal*. No es obligado que el acreedor notifique al fiador la demanda ni que la cite a juicio dado que la sentencia que se dicte no tiene valor de cosa juzgada frente al fiador que podrá discutir el crédito en un nuevo procedimiento. De esta forma se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia de 17 de junio de 1985 en la que, interpretando lo preceptuado en el artículo 1.834 del Código civil, afirma que «...esa posibilidad de citación conjunta de deudor y fiador es sólo eso, posibilidad, no imperatividad, y realmente sólo exigible, en su caso y según circunstancias, en los supuestos de acciones cambiarias cuando el acreedor cambiario se dirige contra deudores del mismo grado...».

El planteamiento realizado por el Alto Tribunal es lógico si consideramos que el acreedor no puede proceder a ejecutar los bienes del fiador aunque haya obtenido una sentencia condenatoria en el procedimiento seguido contra el deudor principal, y que el fiador sigue conservando su derecho a oponer el beneficio de excusión en tanto no se le requiera formalmente para el pago por el acreedor.

b) El acreedor puede *demandar conjuntamente al deudor y al fiador*. Dispone el artículo 1.834 del Código civil que «el acreedor podrá citar al fiador cuando demande al deudor principal, pero quedará siempre a salvo el beneficio de excusión, aunque se dé sentencia contra los dos». Ya he señalado anteriormente cómo el Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de junio de 1985, contempla esa citación conjunta de deudor y fiador como algo facultativo del acreedor. Lógicamente, por la propia naturaleza jurídica de la fianza, la condena que, en su caso, se produjera del fiador sería subsidiaria respecto de la del deudor principal.

c) Finalmente, el acreedor puede *demandar judicialmente sólo al fiador*. La cuestión que aquí se plantea es la de precisar si se requiere que previamente el acreedor haya intentado infructuosamente la ejecución sobre el patrimonio del deudor, acreditándose la insolvencia del mismo, o, al menos, que el acreedor haya dirigido con anterioridad un requerimiento de pago al fiador y éste no le haya opuesto en debida forma el beneficio de orden.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a este tema no es unánime y, sin embargo, parece que las últimas direcciones apuntan a afirmar la posibilidad del acreedor de accionar directa y exclusivamente contra el fiador, quedando al arbitrio de este último oponer o no el beneficio de excusión. Esta es la doctrina que cabe desprender de la sentencia de 30 de noviembre de 1984 que en su quinto considerando precisa que son varias las resoluciones del Tribunal Supremo que establecen el principio de no estimar necesaria demandar al deudor principal y sí, sólo al fiador, citando al efecto sentencias precedentes. De otro lado, estima acertada la resolución del Tribunal sentenciador al señalar que el artículo 1.830 del Código civil, en relación con el artículo 1.832, «sólo significa» que el acreedor podrá dirigirse contra el fiador desde el momento en que el deudor principal haya dejado de cumplir, «voluntariamente», la obligación garantizada, haciendo depender de la facultad exclusiva del fiador el oponer o no el beneficio de orden.

Menos problemas y controversias doctrinales se plantean en el supuesto de que el acreedor demande directamente al fiador una vez realizada la declaración de quiebra o concurso del deudor principal (o de suspensión de pagos, como veremos más adelante). De manera clara y precisa se pronuncia así el Alto Tribunal en la sentencia de 6 de octubre de 1986 al señalar que «...declarado el deudor principal en estado legal de suspensión de pagos, procede la reclamación directa al fiador, ya se trate de fianza solidaria o de fianza simple, por aplicación de lo normado en los artículos 1.831, 1.830 y 1.832 del Código civil...». Consecuencia lógica dado que, por imperativo de lo preceptuado en el artículo 1.831, no tendrá lugar la excusión en el caso de quiebra o concurso del deudor, teniendo en cuenta además que los efectos del convenio no pueden alcanzar a terceros, pudiendo el acreedor accionar frente a los mismos.

Por último, vamos a analizar esta cuestión en el ámbito de la fianza solidaria y las posibilidades del acreedor de accionar frente a los fiadores solidarios. Aquí sí que no se plantean dudas respecto de la forma en la que el acreedor puede dirigirse su pretensión de cobro. Partiendo de que, en la hipótesis de fiador solidario, el párrafo segundo del artículo 1.822 remite su regulación a las normas de las obligaciones solidarias, el Tribunal Supremo considera que el fia-

dor solidario responde como si de un deudor principal se tratara. De este planteamiento se derivan importantes consecuencias para el tema que estamos analizando. Así, en un supuesto de fianza solidaria asumida en garantía de préstamo, la sentencia de 21 de diciembre de 1987 declara que «...en el aspecto externo de la garantía, es decir, en la relación acreedor-fiador son aplicables las disposiciones de las obligaciones solidarias en cuanto a aquél puede dirigirse directamente contra el deudor principal o contra el fiador sin que éste pueda oponerle el beneficio de orden o excusión, respondiendo como si de un deudor principal se tratase...».

En la sentencia de 11 de noviembre de 1987, el Tribunal Supremo define y concreta la acción que ostenta el acreedor frente al fiador solidario y así establece cómo «...en la fianza solidaria la acción contra el fiador es autónoma y puede ejercitarse sin necesidad de actuar contra el patrimonio del deudor; en el supuesto de fianza solidaria desaparece el beneficio de excusión y puede el acreedor dirigir su reclamación, desde luego, contra el fiador, sin perjuicio de que éste pueda reclamar contra el deudor por la totalidad de lo que hubiese satisfecho por él; y que a virtud de la solidaridad pasa el fiador a ser considerado como si de un deudor principal se tratara, con la cualidad de “in solidum”...».

También se pronuncia la Sala Primera del Tribunal Supremo en torno a este tema en el ámbito de la fianza cambiaria al proclamar que «...siendo el avalista un deudor solidario que asume la misma posición que el avalado, conduce a que pueda ser demandado tanto antes de éste como después de haberse acreditado su insolvencia, lo que determina la no precisión de levantar protesto contra el avalista cuando haya sido efectuado contra el deudor principal...».

B) La excepción de litisconsorcio pasivo necesario

Desde un punto de vista procesal y en íntima relación con lo expuesto anteriormente vamos a analizar aquellos supuestos judiciales en los que los recurrentes estiman precisa la constitución de una situación litisconsorcial pasiva, y aquellos en los que, por el contrario, consideran no aplicable al caso planteado de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario alegada de contrario.

En el primero de los supuestos planteados, que motivó la sentencia de 16 de septiembre de 1988, la entidad bancaria acreedora es demandada en exclusividad por el fiador y habiendo recaído sentencia condenatoria de la misma interpone recurso de casación denunciando la infracción de la doctrina jurisprudencial concerniente al litisconsorcio pasivo necesario al no haberse demandado a los deudores princi-

pales. Para el Alto Tribunal el motivo de la impugnación no puede prosperar porque «...la institución procesal del litisconsorcio pasivo necesario al estar proyectada doctrinalmente con la finalidad de impedir que resulten afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en juicio o de evitar la posibilidad de sentencias contradictorias entre sí y con imposible ejecución, es evidente que para que esos supuestos puedan producirse se precisa la existencia de una relación jurídica material de cualquier índole entre el demandante y el que se estima debió ser llamado al procedimiento, pero con la particularidad de que el resultado pueda afectarle de tal forma que incida en sus intereses particulares, pero no en cualquier circunstancia, es decir, cuando con pronunciamiento condenatorio o sin él, sus derechos no pueden ser condicionados por él mismo...». Después de realizar estas manifestaciones y centrándose en el caso planteado, precisa que «...por mandato de los artículos 1.839, 1.840, 1.841 y 1.842 del Código civil se advierte en forma meridiana e incontestable que los derechos que pueda ostentar el deudor o deudores principales contra los fiadores solidarios quedan inmunes a las consecuencias del pronunciamiento contenido en la sentencia aquí recurrida...».

Otros supuestos generadores de una hipotética situación litisconsorcional son aquellos que se derivan de la existencia de varios fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda. Hay que tener en cuenta en este caso lo preceptuado en el artículo 1.844, al disponer que «el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente les corresponde satisfacer». Pues bien, tanto en la sentencia de 7 de julio como en la de 27 de diciembre, ambas de 1988, el Tribunal Supremo, valorando conjuntamente los artículos 1.844 y 1.845 del Código civil, proclama que «...no puede obligarse entre cofiadores a la previa o simultánea reclamación al deudor principal por no exigirlo el artículo 1.844 del texto civil, según se deduce de su interpretación sistemática en relación con el artículo 1.845, porque si los cofiadores pueden oponer a quien de ellos pagó las mismas excepciones que habría podido esgrimir frente al deudor principal es porque se admite la vía directa del fiador que pagó contra los cofiadores sin demandar al deudor principal...».

Relacionada también con reclamaciones entre cofiadores es la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1987. En el caso planteado, los actores reclaman a los firmantes del compromiso de garantía la parte del préstamo que como fiadores solidarios habían pagado. El Alto Tribunal, contrariamente a lo resuelto por la Audiencia Territorial, excluye la necesidad de demandar a los otros fiadores restantes que también avalaron el préstamo y respecto de los cuales se ignoraba si habían satisfecho su parte correspondiente del préstamo. Llega a esta conclusión al considerar que «...no se dan los presupuestos de hecho necesarios para la existencia de una situación de litiscon-

sorcio pasivo necesario, ya que ni la sentencia que se dicte en este procedimiento afecta a los que aquí no son parte, ni se da el riesgo de sentencias contradictorias, procediendo, en consecuencia, estimar el recurso...». Observa Pérez Alvarez, al comentar esta sentencia (*Cuadernos Civitas* de jurisprudencia civil, núm. 16, pág. 65), que la única razón que podría justificar una intervención necesaria en el proceso de los avalistas no demandados radica en el hecho de que la determinación de la cuantía de condena a imponer requería de una previa interpretación del documento suscrito por los demandados; interpretación que desde luego afecta a demandantes y demandado, pero que indirectamente podría afectar también, en su caso, a los avalistas que no fueron parte en el proceso. Con todo, concluye el autor, se habrá de retener que en el ámbito jurisprudencial se excluye la existencia de litisconsorcio cuando los efectos de la cosa juzgada se producen respecto a terceros con carácter reflejo.

C) La excepción de cosa juzgada

Para analizar esta cuestión hay que tener en cuenta, y así lo hace nuestro Tribunal Supremo, lo preceptuado en la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 1.479, en el que taxativamente se declara que «las sentencias dictadas en juicios ejecutivos no producirán la excepción de cosa juzgada, quedando a salvo sus derechos a las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión».

Sobre esta base legal se apoya el Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de octubre de 1986 para proclamar que «...dado que la resolución que se alega como productora de cosa juzgada recayó en un juicio ejecutivo, es obvio que no puede ser apreciada como tal...».

Del mismo modo se pronuncia el Alto Tribunal sobre la excepción que nos ocupa referida a un juicio ejecutivo previo al declarativo en la sentencia de 26 de mayo de 1988 en la que declara que «...la virtualidad de la cosa juzgada de las sentencias de los procesos ejecutivos no podría predicarse, para hacer inoperante el declarativo, ni aun con el criterio interpretativo más restrictivo del artículo 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que con posterioridad a ellas se ha producido un acto propio del acreedor aceptando y asumiendo una fórmula de pago cuyo análisis y discernimiento entraña una cuestión que si de existir al tiempo de la citación de remate hubiera podido y debido ser materia de debate dentro del cauce de esos procesos privilegiados, ciertamente que, por su acaecimiento posterior y por acto vinculante y eficaz de la ejecutante, hace necesario e imprescindible el declarativo...». En el mismo sentido, aunque en términos distintos, se manifiesta en la sentencia de 16 de diciembre de 1988 fundamentando su fallo en la doctrina contenida en la sentencia de 26 de mayo del mismo año que expresamente invoca.

VI. EXCEPCIONES DEL FIADOR BASADAS EN LA RESPONSABILIDAD DEL ACREEDOR

A) Perjuicio en la subrogación

El acreedor titular del crédito garantizado ha de observar ciertos deberes en la relación jurídica de fianza cuya inobservancia puede determinar la pérdida de su derecho. Además de la conducta negligente del acreedor en la excusión, a la que haremos referencia más adelante, y que por disposición expresa del artículo 1.833 trae consigo la responsabilidad del acreedor de la insolvencia del deudor que por aquel descuido resulte, aparece, asimismo, regulada en el Código civil otra hipótesis determinante de responsabilidad del acreedor por un hecho suyo. Tal hipótesis es la contemplada en el artículo 1.852 al preceptuar que «los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación, siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo». Contempla, por tanto, el precepto citado una causa específica de extinción de la fianza motivada por una determinada conducta del acreedor.

La cuestión que pudiera plantearse en este tema sería la de delimitar el alcance que debemos darle a la expresión «por algún hecho del acreedor», es decir, si va referida a las posibles conductas positivas y negativas del acreedor, o sólo a las primeras, como defiende cierto sector de la doctrina patria.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, llevando a cabo una interpretación restrictiva del artículo 1.852, se orienta en el sentido de estimar el comportamiento positivo del acreedor como único al que se refiere el precepto. De esta manera se pronuncia en la sentencia de 1 de marzo de 1983 en la que proclama que «...la ley exige actividad, acción, hechos, no cualquier falta de diligencia...». A esta conclusión llega después de considerar que el fiador, avalista también de las letras de cambio, pudo frente al acreedor desarrollar actividad orientada a la finalidad de que al menos quedara patente la pasividad que le imputa, como determinante de la pérdida de la garantía que la reserva de dominio significaba, razón por la cual, según el Alto Tribunal, no puede estimarse que la conducta del acreedor constituya el «hecho» determinante de que el fiador solidario no pudiera quedar subrogado en la garantía que para el saldo de la deuda la reserva de dominio significaba.

Igualmente, es objeto de destacadas polémicas la determinación concreta de cuales sean los supuestos que pudieran generar este perjuicio para el fiador en la subrogación de los derechos que tuviera el acreedor garantizado. Acerca de uno de estos hipotéticos casos se

ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 28 de febrero de 1985 en la que señala cómo «...es evidente que la simple pérdida de un puesto en el rango hipotecario no puede asimilarse a la imposibilidad del fiador de subrogarse en los derechos del acreedor, que es a lo que, en definitiva, se refiere la ley..., ni como cuestión de hecho está acreditado que los fiadores se hayan visto privado de su derecho a resarcirse en los bienes del deudor principal...».

B) Negligencia en la excusión

Un supuesto evidente de responsabilidad del acreedor en la relación jurídica de fianza viene determinado, según se desprende del tenor literal del artículo 1.833 del texto civil, por la conducta negligente del acreedor a la hora de realizar los bienes del deudor principal que le han sido señalados por el fiador reclamado al oponerle el beneficio de excusión.

El único supuesto fáctico generador de una hipotética conducta negligente del acreedor en la excusión de los bienes señalados por el fiador es el que motivó la sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 17 de junio de 1985; sentencia, por otro lado, que no entra a pronunciarse acerca de cuál sea la responsabilidad que se deriva para el acreedor de su conducta negligente, dado que la motivación del recurrente, basada en la infracción del artículo 1.833, es desestimada por el Tribunal Supremo al partir del hecho fundamental de que «...la declaración de quiebra del deudor hacía innecesaria la excusión, a tenor del artículo 1.831, párrafo tercero, del Código civil...».

Lo que sí se desprende claramente de la meritada sentencia es que la negligencia en la excusión, como cuestión esencialmente de hecho, es de la incumbencia de los Tribunales de Instancia y que su impugnación en casación debe encauzarse por la vía adecuada al efecto constituida por el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

VII. SUBROGACION DEL FIADOR POR EL PAGO EN LOS DERECHOS DEL ACREEDOR

En la relación jurídica de fianza y en el punto concreto de las relaciones entre fiador y deudor cobra especial relieve y significación el tema, por otra parte, muy controvertido de las facultades, acciones o remedios que se derivan para el fiador que ha cumplido por el deudor la obligación que fue objeto de afianzamiento.

La polémica doctrinal se centra en determinar si el fiador que paga dispone de una única acción de regreso para cuyo ejercicio se

subroga en los derechos del acreedor, o bien de dos acciones, una de regreso y otra de subrogación, de contenido diverso.

Esta última parece ser la postura mantenida por nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 13 de febrero de 1988 al señalar que «...conforme con lo dispuesto en el artículo 1.839 del Código civil, cuando virtud de dicho artículo, esto es “ministerio legis”, por el pago surge la subrogación, que no es sino la mera sustitución de la persona del cedente por la del cesionario, el que en razón al crédito en el que se subroga es sucesor, sin que, por tanto, a estos efectos se pueda hablar de nacimiento de un derecho, como lo puede ser el derecho a ser indemnizado, a lo que se refiere el artículo 1.838 del propio Código, y que, éste sí, nace por efecto de dicho pago, que nada tiene que ver con la subrogación, ello lo sanciona explícitamente el artículo 1.212 del meritado Código...».

VIII. BENEFICIO DE EXCUSION

Por expresa disposición del artículo 1.830 del Código civil el fiador puede demorar el cumplimiento de su obligación, aun habiendo incumplido el deudor principal la suya, cuando después de ser requerido para el pago por el acreedor señale a éste bienes del deudor principal que puedan ser objeto de ejecución forzosa.

Como señala Guilarte, el beneficio de excusión hay que concebirlo no sólo como un derecho o ventaja del fiador, sino también como una carga del mismo al tener un deber de cooperación con el acreedor en la ejecución de bienes del deudor (*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XXIII, pág. 127). En este sentido se pronuncia la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 30 de noviembre de 1984, que en su cuarto considerando afirma como «...la finalidad del artículo 1.830 no es en realidad otra que garantizar en la medida de lo posible la satisfacción del interés del acreedor...».

Ahora bien, para que el beneficio de orden pueda aprovechar al fiador, es preciso que concurren una serie de requisitos o presupuestos de eficacia que, como es sabido, aparecen contenidos en el artículo 1.832, y que son los siguientes:

- a) Que se oponga al acreedor, «luego que éste le requiera para el pago».
- b) Que se señalen bienes del deudor realizables dentro del territorio español.

Requisitos éstos de tiempo y forma de formularse la oposición que han sido perfilados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo,

entre otras, en varias sentencias recaídas durante el período de tiempo objeto de nuestro estudio.

La sentencia de 30 de noviembre de 1984 nos ofrece, en su quinto considerando, el sentido dado por nuestro más Alto Tribunal a la normativa contenida en el artículo 1.832, al precisar que:

«a) El citado beneficio de orden concedido al fiador por el artículo 1.830 del Código civil no constituye obstáculo para que el acreedor pueda demandar al fiador vencida y no cumplida la obligación principal, siempre que éste no cumpla los requisitos establecidos en el artículo 1.832 de dicho texto legal.

»b) Consiguientemente, es preciso para que la excusión surta efectos que se oponga en tiempo y forma y que se designen bienes suficientes para cubrir adecuadamente el importe de la deuda...»

Por su parte, en la sentencia de 3 de octubre de 1985, interpretando también el artículo 1.832 del Código civil, se nos dice que «...el precepto no determina la forma del requerimiento de pago, por lo que es claro que puede ser hecho por demanda judicial, que quedará enervada de hacer uso el fiador de ese beneficio en la forma ordenada...»

En relación a esta cuestión de la forma que debe revestir el requerimiento de pago hecho por el acreedor a los efectos oportunos de oposición por el fiador del beneficio de excusión, nos señala la sentencia de 30 de noviembre de 1984 que «...la conciliación, instituto de naturaleza jurídica muy discutida, tiene a los efectos aquí procedentes el carácter de requerimiento de pago siempre que en la llamada «papeleta» se consigne adecuadamente la pretensión o pretensiones que se deduzcan, esto es, lo que se pide y la razón de pedir...».

Centrándonos en cuál sea el momento oportuno de oposición del beneficio, el artículo 1.832 utiliza la expresión «luego que éste le requiera para el pago». Sobre esta base y al hilo de lo señalado anteriormente en relación a la conciliación, sienta la sentencia anteriormente citada que «...formulada, por tanto, la reclamación pertinente a los fiadores en referida «papeleta», es obvio que éstos debieron en el período de tiempo transcurrido desde la entrega a los mismos hasta el «acto de conciliación», formular la oportuna oposición y hacer la designación de bienes del deudor principal, nada de lo cual hicieron hasta el momento de contestar a la demanda...».

En torno a este tema y en el supuesto de que el acreedor hubiese demandado judicialmente al fiador, la sentencia de 3 de octubre de 1985 es rotunda al afirmar que «...el beneficio de excusión ha de ser opuesto oportunamente en el pleito, durante el período expositivo del mismo y no en escritos distintos a los que se regulan en los artícu-

los 524 (demanda), 540 (contestación) y 548 (réplica y dúplica) de la Ley de Enjuiciamiento Civil y mucho menos en los que se presenten después de constituida la relación jurídico-procesal...».

El perjuicio que se deriva para el fiador que no ha opuesto en tiempo el beneficio, de manera inmediata tras el requerimiento de pago por el acreedor, radica en que no podrá alegarlo eficazmente con posterioridad al momento en que tuvo que hacerlo y deberá, por tanto, cumplir su obligación aunque acredite la solvencia del deudor principal y señale bienes suficientes para cubrir el importe de la deuda. Es importante señalar en esta materia que en el supuesto que el fiador haya opuesto en debida forma el beneficio tras un requerimiento extrajudicial de pago por el acreedor y éste, sin hacer excusión previa de los bienes designados, demande el fiador es preciso y conveniente que se reitere por parte del garante la alegación del beneficio y la designación de bienes del deudor a la hora de contestar a la demanda, pues, en caso contrario, se supondría habida por parte del fiador una renuncia tácita al beneficio de orden opuesto con anterioridad.

Como señalé anteriormente, son dos los requisitos que vienen exigidos por el artículo 1.832 para una plena operatividad del beneficio de excusión. No basta, por tanto, con la mera alegación del beneficio, sino que es preciso además que se señalen bienes del deudor realizables dentro del territorio español, que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda.

La sentencia de fecha 31 de enero de 1986 concreta, de manera clara y precisa, cuál debe ser la forma de llevar a cabo la designación de bienes del deudor realizada por el fiador que ha opuesto el beneficio de excusión en tiempo oportuno. De los antecedentes fácticos de la mencionada sentencia y de los motivos de casación esgrimidos por el recurrente fiador se observa cómo este último considera realizada en debida forma la designación de bienes suficientes del deudor principal mediante una carta por él suscrita y remitida al acreedor en la que literalmente exponía «mi hijo dispone de bienes más que suficientes para atender la citada cantidad». El Tribunal Supremo considera, en este caso, que no se ha realizado de manera correcta el señalamiento de bienes, no teniendo lugar, por consiguiente, el beneficio de orden pretendido por el fiador, sentando expresamente que «...tal beneficio no puede entenderse ejercitado como se deduce de la sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 1915, con la mera referencia a unos bienes indeterminados, sino que exige la designación de bienes determinados, realizables suficientes para el completo pago y con garantía de una existencia real y efectiva...». Cabe deducir de lo aquí expuesto que los bienes designados por el fiador deben pertenecer al deudor, ser «especificados» de manera clara, tener la entidad sufi-

ciente para cubrir el total importe de la deuda y no hallarse afectados por alguna traba que impida la ejecución forzosa de los mismos.

IX. CONSECUENCIAS PARA LA OBLIGACION FIDEUSORIA DE LA DECLARACION DE QUIEBRA O CONCURSO DEL DEUDOR PRINCIPAL

La accesoriedad y subsidiariedad que la fianza implica determinan, como lógica consecuencia, el cumplimiento por parte del fiador de la obligación garantizada en defecto de tal cumplimiento por el deudor principal. En los supuestos de quiebra o concurso es evidente que dicho incumplimiento se producirá.

Aquí vamos a referirnos a los efectos, positivos o negativos, que para el garante pueden derivarse de los convenios aprobados judicialmente y celebrados entre la masa de acreedores y el titular pasivo, entre otros, del crédito garantizado.

Antes de analizar la posición que al respecto mantiene nuestro Tribunal Supremo conviene hacer dos matizaciones previas:

1.º) Por un lado, los convenios a que estamos haciendo referencia, para que tengan relevancia jurídica a estos efectos deben ser de los contemplados en los casos y en la forma previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.912 Cc), pues, en caso contrario, normalmente nos encontraríamos ante una mera transacción entre acreedor y deudor principal que, por expresa disposición del artículo 1.835 no puede producir efecto alguno para el fiador, contra su voluntad.

2.º) Por otro lado, si bien por mandato expreso tanto de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.172) como del Código civil (art. 1.915), por la declaración del concurso se tienen por vencidas todas las deudas a plazo del concursado, no puede hacerse extensiva dicha anticipación a la obligación del fiador, no pudiendo el acreedor reclamarle el cumplimiento hasta que no llegue el término inicialmente convenido de vencimiento de la obligación afianzada.

Entrando de lleno en el tema que nos ocupa, interesa destacar en primer lugar la doctrina legal que a tal efecto se haya contenida en la sentencia de 11 de julio de 1983 en orden a determinar la facultad que al acreedor ampara de dirigirse contra el fiador en reclamación de la deuda garantizada, no obstante, el convenio celebrado con el deudor principal, precisando que «...el alcance de los efectos del convenio en procesos de suspensión de pagos y quiebra..., en manera alguna puede perjudicar ni beneficiar a deudor distinto al que dio lugar al expediente, ni coartar o interferir la acción que contra alguno de ellos corresponda al acreedor para la efectividad de su crédito...».

En igual sentido se manifiesta la sentencia de 6 de octubre de 1986 en la que, de manera concisa y clara, se nos dice que «...declarando el deudor principal en estado legal de suspensión de pagos, procede la reclamación directa al fiador, ya se trate de fianza solidaria o de fianza simple, por aplicación de lo normado en los artículos 1.831, 1.830 y 1.832 del Código civil...».

Cuando de lo acordado en el convenio de suspensión de pagos se infiera que los acreedores renuncian a la parte del crédito no cobrada tras la enajenación y liquidación del total activo de la suspen-sa, sienta el Alto Tribunal en su sentencia de fecha 14 de septiembre de 1987, que contempla este supuesto fáctico, dos conclusiones referidas la primera a negar que de tal convenio puede derivarse como producido una dación en pago con efectos liberatorios o extintivos de la obligación, sino que lo propuesto por la suspen-sa y aprobada por los acreedores fue una simple cesión de bienes «pro solvendo», carente como es sabido de los efectos extintivos antes mencionados. Por otro lado, concluye el Tribunal Supremo señalando cómo «...la condonación o renuncia por los acreedores de la suspen-sa a la parte del crédito no cobrado, solamente puede tener eficacia extintiva parcial cuando, por haberse cumplido en parte la obligación, exista ver-daderamente esa diferencia entre lo debido y lo pagado y puedan cuantificarse los porcentajes remitidos y subsistentes de la deuda...».

Cuestión que merece especial atención en este tema es la repercusión que la declaración de quiebra o concurso puede tener en cuanto al ejercicio por parte del fiador del beneficio de excusión una vez compelido al pago por parte del acreedor afianzado. No da el supuesto planteado lugar a dudas o interpretaciones, pues la redacción del artículo 1.831 del texto civil es clara al preceptuar en su párrafo tercero, la exclusión del beneficio de orden, entre otros casos, en el supuesto de declaración de quiebra o concurso del deudor principal. De ahí que el Tribunal Supremo, de manera rotunda, en sentencia de 17 de junio de 1985 manifieste que «...la declaración de quiebra del deudor hacía innecesaria la excusión, a tenor del artículo 1.831.3.º del Código civil...». Es de interés resaltar en relación con este tema la solución contenida en la mencionada sentencia respecto a un pre-tendido fraude de ley que el recurrente estima haberse producido al considerar como un subterfugio del acreedor el instar la declaración de quiebra del deudor para evitarse la excusión y con ello dirigirse libremente contra el fiador. El Alto Tribunal no niega que tal posibilidad pueda darse en la práctica, pero estima «...necesario acreditar cumplidamente esa relación, esa maniobra dolosa o conducta fraudu-lenta del acreedor con el fin claro de eludir la aplicación de la norma que se cita (art. 1.830 Cc)...».

Se puede afirmar, por consiguiente, en base a las razones aducidas y a lo preceptuado en el párrafo tercero del artículo 1.831, que sólo

la declaración de quiebra o concurso determinan la pérdida del beneficio, sin que pueda equipararse a tal efecto una insolvencia más o menos notoria del deudor principal. De esta manera lo plantea Guilarte, que al hilo de lo aquí relatado se cuestiona el supuesto no contemplado por el Código civil de la suspensión de pagos; ausencia de mención expresa en el artículo 1.831 debida a que la regulación actual de la suspensión de pagos es posterior a la entrada en vigor de nuestro Código civil. Así, ante el dilema de si la declaración de suspensión de pagos del deudor principal puede equipararse a las declaraciones de la quiebra o del concurso a los efectos de determinar para el fiador la pérdida del beneficio de excusión, Guilarte distingue la situación de suspensión de pagos caracterizada por tener el suspenso bienes suficientes para cubrir el importe de todas sus deudas, no habiendo propia insolvencia, en cuyo caso se puede admitir la actuación del beneficio de orden por el fiador, y la situación, por el contrario, en que los bienes del patrimonio del suspenso quedan intervenidos y fuera de la disponibilidad del deudor, en cuyo caso es difícil admitir que el fiador pueda señalar bienes realizables susceptibles de inmediata ejecución, por lo que en la práctica el ejercicio devendrá ineficaz al no poder observarse uno de los requisitos básicos que lo condicionan (*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XXIII, pág. 136).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en este punto, hace extensivo a la declaración de suspensión de pagos lo preceptuado para la declaración de quiebra y concurso, y así, de manera explícita, en sentencia de 6 de octubre de 1986, estima de aplicación al estado legal de suspensión de pagos lo normado en los artículos 1.831, 1.830 y 1.832 del texto civil, normativa en la que se subsumen de forma expresa los supuestos de quiebra o concurso.

X. SOLIDARIDAD EN LA FIANZA

La fianza, figura típica de garantía personal caracterizada por su accesoriedad y subsidiariedad, puede asumir el carácter de «solidaria» sin desvirtuar por ello su propia naturaleza, pero modificando, eso sí, su régimen jurídico, que varía en algunos aspectos del establecido genéricamente para la fianza simple o indefinida.

La solidaridad puede hacer su aparición en el ámbito de la relación jurídica de fianza en dos supuestos completamente distintos entre sí, no sólo respecto a su configuración jurídica, sino también en lo referente a los efectos que pudieran derivarse en cada caso de la solidaridad asumida. Puede tratarse, de un lado, de solidaridad entre el deudor y el fiador que dé lugar a la denominada comúnmente «fianza solidaria», o bien, tratándose de una cofianza asumida por los

garantes solidariamente, encontrándonos en este caso ante la llamada «cofianza solidaria».

Vamos a analizar seguidamente y de manera separada el régimen jurídico asignado por la jurisprudencia a cada una de las situaciones planteadas.

A) Fianza solidaria

Análisis de la acción contra el fiador solidario y de la posterior reclamación de éste al deudor principal.

Nos hallamos ante una fianza solidaria en el supuesto previsto en el párrafo segundo del artículo 1.822 al preceptuar que «si el fiador se obligase solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la sección 4.^a, capítulo 3.^o, título 1.^o de este libro». En la práctica, la fianza se pacta en la mayoría de los casos con el carácter de solidaria para vincular con mayor intensidad al fiador, proporcionando al acreedor más expedita satisfacción de su derecho.

De manera expresa, el precepto legal citado, en las hipótesis de fiador solidario, remite su regulación a las normas de las obligaciones solidarias. Pues bien, el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de diciembre de 1987 precisa que tal remisión debe tomarse con las necesarias cautelas al proclamar que «...así como en el aspecto externo de la garantía, es decir, en la relación acreedor-fiador, son aplicables las disposiciones de las obligaciones solidarias en cuanto aquél puede dirigirse directamente contra el deudor principal o contra el fiador, sin que éste pueda oponerle el beneficio de orden o excusión, respondiendo como si de un deudor principal se tratase, sin embargo, en el aspecto interno de la garantía, es decir, en la relación fiador-deudor, se aplican las normas propias de la fianza, y así en caso de pago de la deuda por el fiador, éste puede reclamar del deudor principal, según el artículo 1.838, la totalidad de la deuda, los intereses legales de ella desde que se haya hecho saber el pago al deudor, los gastos ocasionados al fiador después de poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago y los daños y perjuicios cuando procedan, a diferencia de lo que ocurre en las obligaciones solidarias en las que el deudor que paga sólo puede reclamar de los codeudores la parte que a cada uno corresponda con los intereses del anticipo...».

El mismo planteamiento se nos ofrece en la sentencia de 11 de noviembre de 1987 en la que, a la hora de determinar el régimen jurídico aplicable al caso planteado, parte el Alto Tribunal de considerar dividida la fianza solidaria en dos situaciones o momentos de diversa eficacia jurídica según se haya producido o no el pago al

acreedor. Comienza analizando lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1.822 y sostiene que dicho precepto «...da paso, en realidad, a una situación autónoma, distinta y perfectamente asimilable, hasta el momento del pago, a la relación jurídica que se establece entre el acreedor y los deudores solidarios...». A continuación, proclama que «...en la fianza solidaria la acción contra el fiador es autónoma, y puede ejercitarse sin necesidad de actuar contra el patrimonio del deudor; en el supuesto de fianzas solidarias desaparece el beneficio de excusión, y puede el acreedor dirigir su reclamación, desde luego, contra el fiador, sin perjuicio de que éste pueda reclamar contra el deudor por la totalidad de lo que hubiese satisfecho por él; y que a virtud de la solidaridad pasa el fiador a ser considerado como si de un deudor principal se tratara...».

B) Cofianza solidaria

Reclamaciones entre cofiadores.

La definición que debemos darle al término «cofianza» nos la ofrece el propio Código civil en su artículo 1.844, «cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda». Ahora bien, si tratamos de relacionar este concepto con el de la solidaridad hemos de observar estrictamente lo preceptuado en el artículo 1.837 cuando dispone que «el acreedor no puede reclamar a cada fiador, sino la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se halla estipulado expresamente la solidaridad». El precepto citado está sancionado expresamente el principio de no presunción de solidaridad en la cofianza.

En el supuesto de que expresamente se halla pactado la solidaridad entre los cofiadores también habrá que remitirse en su regulación a la normativa de las obligaciones solidarias permitiéndose, por tanto, al acreedor el accionar contra cualquiera de ellos para resarcirse del reintegro del saldo resultante. De esta manera lo reconoce el Tribunal Supremo en las sentencias de fecha 2 de febrero de 1983 y 4 de junio de 1984.

En el aspecto interno de la cofianza solidaria, es decir, en las relaciones entre los cofiadores, vamos a analizar el régimen jurídico que la jurisprudencia estima aplicable. Es claro que cualquiera de los cofiadores solidarios, haya pagado él o no la deuda, podrá dirigirse contra el deudor principal reclamándole la totalidad pagada y no solamente la parte que el cofiador demandante hubiera satisfecho.

Estudiaremos aquí aquellos supuestos en los que el cofiador que pagó acciona en vía de regreso frente a los demás cofiadores. De

la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo pronunciándose sobre esta hipótesis, cabe deducir las siguientes conclusiones:

1.º) Para que el cofiador que pagó toda la deuda pueda reclamar a los otros cofiadores la parte que proporcionalmente les corresponda, no se exige la previa o simultánea reclamación al deudor principal, puesto que no sólo no aparece mencionado tal requisito en el artículo 1.844, sino que, además, estimar lo contrario chocaría con lo preceptuado en el artículo 1.845 que faculta a los cofiadores a oponer al que pagó las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor y que no fueren puramente personales del mismo deudor (sentencias de 7 de julio y de 27 de diciembre de 1988).

2.º) Deberá justificarse fehacientemente por los cofiadores demandados que pretendan oponerse a la reclamación del cofiador que pagó el hecho de que este último haya sido íntegramente reintegrado de todos los pagos efectuados subsidiariamente por cuenta del deudor (sentencia de 13 de octubre de 1987).

3.º) Cuando el párrafo tercero del artículo 1.844 del Código civil exige que se haya hecho el pago en virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra, ha de interpretarse en el sentido de que sólo concede acción de reintegro contra los cofiadores al fiador que realizó un abono justificado, para evitar a dichos cofiadores los perjuicios de una conducta infundada, unilateral, caprichosa o, incluso, maliciosa, por parte del fiador que pagó. En consecuencia, estima suficiente para cubrir dicha finalidad cualquier requerimiento de pago por el acreedor realizado de manera expresa y fehaciente como, por ejemplo, un requerimiento notarial (sentencia de 7 de julio de 1988).

XI. RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD CONYUGAL POR AFIANZAMIENTO UNILATERAL

A la hora de analizar la jurisprudencia emanada por el Tribunal Supremo referida a la importante cuestión de determinar el alcance de la responsabilidad derivada del afianzamiento unilateral llevado a cabo por uno sólo de los cónyuges, sorprende de manera evidente la contradicción entre dos sentencias, en que cae el Alto Tribunal al conocer y decidir sobre un mismo caso.

Las mismas partes y la misma cuestión es la debatida en las sentencias de fecha 19 de enero de 1987 y de 16 de febrero del mismo año, referidas a determinar si los bienes de la sociedad de conquistas responden por una deuda derivada de afianzamiento otorgado por

uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, y distintas por completo son las decisiones a las que llega el Tribunal Supremo en cada una de ellas. La esposa, navarra y casada en régimen de sociedad de conquistas, argumentando las demandas en base a la ausencia de consentimiento expreso por su parte del afianzamiento que de manera unilateral suscribe su esposo, pretende obtener la nulidad de la póliza y el consiguiente levantamiento del embargo trabado sobre un piso de la sociedad de conquistas.

Antes de entrar en el análisis de las posibles razones y fundamentos, si los hubiera, que han conducido al Tribunal Supremo a pronunciarse de manera contradictoria ante el mismo supuesto de hecho planteado, vamos a reseñar por separado los pronunciamientos más destacados en ambas sentencias que apoyan las distintas soluciones ofrecidas.

En la sentencia de fecha 19 de enero de 1987 se declara nulo el afianzamiento constituido unilateralmente por el esposo, sin conocimiento de la esposa, a favor de un ente jurídico extraño a la sociedad conyugal de conquistas, con perfiles de onerosidad bien cualificados. Esta es la conclusión que parece deducirse de la doctrina contenida en la sentencia que interesa resaltar los siguientes párrafos:

1.º) «...de acuerdo con la Compilación del Derecho civil de Navarra, sin el consentimiento del otro cónyuge no puede transmitirse al patrimonio de la sociedad conyugal de conquistas las responsabilidades por los actos que realice uno solo de los cónyuges en el cumplimiento de las obligaciones voluntariamente aceptadas...» (Fundamento 4).

2.º) «...es obvio que la garantía prestada por el marido lo ha sido a favor de una persona jurídica que respecto del matrimonio y de la sociedad de conquistas, de la que es titular, no tiene otra cualidad que la de tercero, por más que el marido sea miembro de la sociedad, incluso órgano personal representativo de la misma, por lo que es requisito "sine qua non" para que el afianzamiento prestado por el marido pueda afectar a los bienes comunes o de conquista el pleno consentimiento —no simple conocimiento— de ambos cónyuges...» (Fundamento 4).

3.º) «...debiendo subrayarse que los términos de las Leyes 53, segundo párrafo; 61, segundo párrafo, y 86 (de la Compilación de Derecho civil de Navarra), en buena hermenéutica no admiten otra interpretación, no siendo lícito ni traer a colación principios de otras legislaciones aunque sean de carácter común o general, ni tampoco razones teleológicas de resultados a larga distancia, de tipo económico en beneficio de la Sociedad común, pues, insistimos, todo lo que en la actividad de cónyuges exceda de la administración ordinaria o

disposición gratuita y moderada conforme al uso común en el discurrir cotidiano de la vida familiar, requiere el consentimiento del cónyuge copartícipe para poder afectar al patrimonio común...» (Fundamento 5).

4.º) «...lo que tampoco queda desvirtuado por el dato de que el afianzamiento que se contempla merezca el calificativo de mercantil, a tenor del artículo 439 del Código de Comercio por lo dispuesto en forma específica y particular por la Ley 61, sin distinciones de clase alguna para toda clase de afianzamientos, sean o no mercantiles, y sean o no comerciantes los que prestaren esta clase de garantía, sin que pueda invocarse ninguna norma general o específica de la legislación común general que pueda suponer merma del dispositivo de dicha Ley 61...» (Fundamento 4).

Basándose, entre otras, en las argumentaciones aquí señaladas, el Alto Tribunal considera que el negocio contraído por uno de los cónyuges no es nulo ni anulable en su esencia intrínseca negocial, sino que las responsabilidades derivadas de los mismos, cuando carecieron del consentimiento del cónyuge cotitular, se constreñirán al patrimonio privativo del cónyuge comprometido, que es en el que se harán efectivas aquéllas.

De manera radicalmente opuesta, como he señalado anteriormente, se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia dada el 16 de febrero de 1987, pocos días después del anterior, en la que fundamentándose en argumentos de otra índole hace extensivo a los bienes conquistados de la responsabilidad asumida unilateralmente por el marido. En este caso, es decisivo destacar de la mencionada sentencia las siguientes afirmaciones contenidas en los Fundamentos de Derecho de la misma, y que son:

1.º) «...los bienes conquistados (como los gananciales del Código civil) cuyo origen se hallen en esa actividad profesional única del marido, responden, probablemente con carácter necesario, de deudas como la de mérito (afianzamiento). En cuanto a los demás bienes conquistados o gananciales, la responsabilidad también les alcanzan a través del consentimiento expreso o, más generalmente, presunto de la mujer y ello en el bien entendido de que la presunción de consentimiento en los términos de los artículos 7 y 8 se mantiene viva mientras o en tanto no es expresamente revocada desde el Registro Mercantil...».

2.º) «...la expresión final del artículo 6 (“para que los demás bienes comunes queden obligados se hará necesario el consentimiento de ambos cónyuges”); expresión que alcanza a los conquistados, habida cuenta de hallarse en un precepto de general aplicación en el Reino) ha de entenderse refiriendo el consentimiento, no a la responsabi-

alidad de los bienes, sino al ejercicio del comercio, expreso o, más generalmente, presunto...».

3.º) «...no obsta a lo razonado el contenido de las Leyes 59 y 61 del Fuero Nuevo de Navarra..., resultaría perturbado admitir peculiaridades que afectarían inevitablemente a las “bases de las obligaciones contractuales”, apareciendo patente la aspiración hacia la unidad de mercado...».

En un estudio comparativo y detallado de las dos sentencias aquí mencionadas, Delgado Echevarría (Cuadernos *Civitas* de jurisprudencia civil, núm. 13, págs. 4329-4344) pone de manifiesto cómo la contradicción entre las dos sentencias del Supremo es frontal, total e insalvable, impidiendo toda excusa o explicación benévola de esta índole. Señala este autor que las peculiaridades procesales que han dado ocasión a la emisión de fallos contradictorios por el Tribunal Supremo vienen motivadas, en buena medida, por anteriores contradicciones del mismo Tribunal y la inseguridad consiguiente sobre qué cauces se le permitirá utilizar a una mujer casada para proteger eficazmente sus derechos sobre bienes comunes frente a su embargo por deudas de las que no debe responder. Observa, asimismo, cómo resulta irónico que se diga a la mujer que lo que debió hacer para que las deudas de su marido no perjudicaran su derecho en los bienes de conquistas era acudir al registro mercantil, porque ni su marido podría constar en él inscrito como comerciante ni, consecuentemente, podría el registro recibir ninguna declaración de la mujer relacionada con el supuesto ejercicio del comercio por su marido. En opinión de este autor es la Ley 61 de la Compilación del Derecho civil Foral de Navarra la que debió aplicarse en la sentencia de 16 de febrero de 1987, con la ineludible consecuencia del levantamiento del embargo trabado sobre el bien de conquista. Opinión que, con notable énfasis expresa también la sentencia de 19 de enero en su Fundamento 4. Concluye Delgado señalando que en el fondo lo que hace la sentencia de 16 de febrero es aplicar el Código civil a un caso sujeto al Derecho navarro, violando una norma clara de este Ordenamiento.

Tan sólo cuatro días después, por sentencia de 20 de febrero de 1987, la Sala Primera del Tribunal Supremo vuelve a pronunciarse sobre este tema aunque de manera más superficial al no constituir el objeto principal de la litis. Siendo en este caso, sin lugar a dudas, de aplicación el Derecho común y estar vigentes en los matrimonios el régimen económico de gananciales al tiempo de asumirse por los respectivos cónyuges de las recurrentes la obligación de afianzamiento, llega el Alto Tribunal a la misma solución ofrecida en la sentencia ya mencionada de 17 de febrero de 1987. Así, tomando en consideración el hecho de que se afianzaban operaciones de una sociedad de

la que los cuatro cónyuges implicados eran los únicos socios, entiende aplicable al caso la doctrina contenida en la sentencia de 6 de octubre de 1980 y, de este modo, determina que al estar la fianza constituida en interés y beneficio de ambas familias, la responsabilidad asumida, aunque unilateralmente por los maridos, está inmersa y redundante, haciéndola extensiva al patrimonio ganancial.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. Sentencias comentadas

ACCIONES DE SOCIEDAD ANONIMA CERRADA Y SOCIEDAD DE GANANCIALES

(En torno a la sentencia del Tribunal Supremo,
Sala de lo Civil, de 4 de julio de 1988)

Por JOSE ANTONIO SERRANO GARCIA

Doctor en Derecho. Universidad de Zaragoza

SUMARIO.—I. LA SENTENCIA.—1. *Antecedentes de hecho.*—2. *Motivos del recurso de casación.*—3. *Fundamentos de Derecho.*—II. COMENTARIO.—1. *Planteamiento.*—2. *El accionista casado y la sociedad de gananciales.*—3. *La calificación de la condición de socio del accionista casado en régimen de comunidad de bienes.*—A) Acciones exclusivamente privativas de un cónyuge.—B) Acciones exclusivamente gananciales a nombre de uno de los cónyuges.—C) Acciones gananciales de titularidad privativa de un cónyuge.—a) Intransmisibilidad *inter vivos* de la cualidad de socio.—b) Inherencia a la persona de la cualidad de socio.—c) Consecuencias.—4. *División de la sociedad de gananciales y acciones o participaciones sociales.*—A) Acciones o participaciones privativas.—B) Acciones o participaciones privativo-gananciales.—a) Sociedad colectiva.—b) Sociedad de responsabilidad limitada.—c) Sociedad anónima cerrada.—C) Acciones gananciales.

I. LA SENTENCIA

1. Antecedentes de hecho

Doña Belén R. C. y don José Laureano G. A. contrajeron matrimonio el 23 de septiembre de 1972, decretándose su separación y la disolución de la sociedad legal de gananciales por sentencia de 14 de junio de 1984, en cumplimiento de la cual, mediante escritura pública de 25 de febrero de 1985, en la que manifestaron que los únicos bienes comunes existentes eran 1.000 acciones nominativas (a nombre del marido) de «Joyerías Pedro Alvarez, S. A.», adquiridas constante matrimonio, se adjudicaron 500 acciones a cada cónyuge. El 11 de marzo de 1985, doña Belén R. C. comunica a la Sociedad Anónima mencionada la adjudicación de 500 acciones derivada de la partición de la comunidad conyugal y pide que se pongan a su disposición los títulos representativos de dichas acciones.

Los artículos 10 y 11 de los Estatutos Sociales de «Joyerías Pedro Alvarez, S. A.», en cuanto al caso interesa, disponen que la Sociedad, en la transmisión de acciones ordinarias por actos intervivos a favor de extraños, se reserva el derecho de retracto, que podrá ejercitar a su favor o de los restantes accionistas, teniendo la Sociedad preferencia, si la Junta convocada al efecto decidiera ejercitarlo, con cargo a beneficios sociales, para amortizar las acciones transmitidas, sin que la duración del derecho reservado a favor de la Sociedad pudiera exceder del plazo de cuarenta y cinco días, contados desde la fecha en que se hubiera inscrito la transmisión, siendo el tipo de evaluación de las acciones igual a la suma del valor desembolsado a cuenta de su valor nominal y de la parte proporcional de reservas efectivas, según resultase del último balance aprobado, pero si la enajenación se hubiese hecho por precio inferior al que resultare de la referida suma, podrían ser retraídas pagando solamente el precio de la enajenación, sin que proceda el retracto cuando se enajenen las acciones ordinarias a tenedores de cualquier clase de acción.

En Junta de 9 de abril de 1985 la Sociedad decide ejercitar el derecho de retracto y el día 22 comunica a doña Belén que tiene a su disposición 500.000 pesetas (conforme al valor nominal señalado, a efectos fiscales, en la escritura de partición, siendo el valor real extremadamente superior), más 50.000 pesetas para los gastos que hubiere tenido que satisfacer y justifique. En otras Juntas, de 31 de mayo y 28 de junio, se acuerda destinar parte de los beneficios a la compra de las acciones, reduciendo en lo pertinente el capital.

Doña Belén presenta demanda en la que, entre otros pedimentos accesorios, solicita: a) Se declare que los artículos 10 y 11 de los Estatutos Sociales son nulos de pleno derecho; b) subsidiariamente a lo anterior y en cualquier caso, se declare la nulidad de pleno derecho de los acuerdos adoptados en las Juntas Generales citadas; c) subsidiariamente a lo anterior, se declare la ineficacia del pretendido derecho de retracto frente a doña Belén por ejercicio irregular dada la caducidad del mismo. El Juzgado de Primera Instancia desestimó el apartado a) de la demanda y estimo el b) y los concordantes; recurrida la sentencia por la Sociedad, la Audiencia revocó la sentencia del Juzgado y declaró válidos los acuerdos adoptados en las Juntas Generales referenciadas, pero, acogiendo el pedimento c) de la demanda, declaró también que la Sociedad no había ejercitado conforme a derecho el retracto, con caducidad del mismo y sin efectos subrogatorios respecto a la adquisición de la actora, manteniendo los pronunciamientos accesorios. «Joyerías Pedro Alvarez, S. A.», interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso y condena a la parte recurrente al pago de las costas. Entiende el Alto Tribunal que no había lugar al ejercicio del derecho de retracto, siquiera no se puede modificar el fallo recurrido al estar prohibida en nuestro derecho la «reformatio in peius» y conformarse doña Belén R. C. con lo resuelto.

2. Motivos del recurso de casación

Se formulan tres motivos de casación, íntimamente ligados entre sí y todos ellos al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El primero acusa aplicación indebida del párrafo 1.º del artículo 1.281 del

Código civil, pues sólo una interpretación literal de la cláusula del artículo 10 de los Estatutos lleva a entender que se trata de un derecho de retracto, cuando la intención de los socios fue establecer una cláusula restrictiva de la libertad de transmisión de las acciones cuya infracción conllevará la nulidad de la enajenación frente a la Sociedad.

El segundo motivo denuncia inaplicación del párrafo 2.º del artículo 1.281 del Código civil y afirma que si se quiere que las cláusulas estatutarias restrictivas de la enajenación de acciones —con independencia de la desafortunada denominación de retracto— tengan eficacia y no sean inútiles, hay que entender que la intención de los socios fue limitar la libre circulación de los títulos sociales, concediendo a la Sociedad y, subsidiariamente, a los socios, un derecho de adquisición preferente sobre las acciones que se desee transmitir a extraños; derecho que ni se asimila técnicamente con el tanteo común, ni se identifica con el retracto. La cláusula no puede ser calificada como retracto legal pues viene consignada en unos estatutos privados y tampoco como retracto convencional porque vendría ejercitado frente a persona ajena al contrato que lo establece.

El tercer motivo alega inaplicación del párrafo 1.º del artículo 1.176 del Código civil, ya que el ofrecimiento de pago, por ser íntegro, idéntico, oportuno e incondicionado, aun no seguido de consignación, tiene efectos legales como los de excluir las consecuencias de la *mora solvendi* e impedir que pueda considerarse al deudor incurso en caducidades o resoluciones, de todo lo cual se deduce que es improcedente la afirmación de la sentencia impugnada de que no se ejerció en tiempo y forma.

3. Fundamentos de Derecho (1)

En el fundamento número 5 el Tribunal expone las razones que hacen decaer los tres motivos del recurso de casación: «La limitación a la libre transmisibilidad de las acciones era válida —dice— antes de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y lo es después, cual reconocen el artículo 46 y la Exposición de Motivos, dentro de los límites marcados por el artículo 1.255 del Código civil, pero resulta claro que dicho artículo 46 no contiene enumeración alguna de dichas cláusulas, que podrán consistir en un derecho de adquisición preferente, “*praemptio*”, consentimiento previo o cualesquiera otras, incluido el derecho de retracto, con una transmisión previa válida, seguida de la subrogación en favor del retrayente, de lo que el primitivo adquirente ha de tener conocimiento por ser el Registro Mercantil público y obligatoria la inscripción de los estatutos, cual ocurre en el caso contemplado, aunque la enajenación válida quede sujeta a una condición resolutoria, consistente en el ejercicio por la sociedad del retracto en forma válida, cosa que aquí, repetimos, no ha existido; y la prueba de que “*Joyerías Pedro Alvarez, S. A.*” contempló en sus Estatutos como cláusula limitativa (no absolutamente impositiva, que sería nula) a la libre transmisibilidad de las acciones un derecho de retracto está no sólo en la constante repetición de tal palabra en los artículos 10 y 11, sino también en la inscripción de la transmisión que establecen en el libro registro que impone el artículo 35 de la Ley de Sociedades

(1) Ponente: Magistrado señor Fernández Gil.

Anónimas y que, bien o mal hecha, se practicó por la hoy recurrente. No hay, pues, aplicación indebida del artículo 1.281, párrafo 1.º, ni inaplicación del párrafo 2.º, y el artículo 1.176, también del Código civil, no se aplicó por la Sala de Instancia porque era realmente inaplicable en el sentido que pretende la recurrente, negándose con razón la recurrida a admitir el ofrecimiento de pago, que tenía como finalidad consumir un auténtico despojo; y en la hipótesis rechazada de que fuere procedente el retracto, el ofrecimiento de pago tenía que ir seguido de la consignación en tiempo del precio justo, razones todas que hacen decaer los tres motivos.»

Entiende el Tribunal Supremo que la cláusula estatutaria que establecía el retracto era válida pero inaplicable al caso debatido, como luego veremos. Al no haberse recurrido este extremo de la sentencia y aunque el Tribunal Supremo considera técnicamente inadecuada la tesis de la Audiencia que admite la aplicación del retracto, afirma que con ella se llega a idéntica solución puesto que, en tal hipótesis, el retracto no se habría ajustado en su ejercicio a las condiciones exigibles de plazo y precio. Ni se pagó o consignó dentro de plazo, ni el precio ofrecido era el procedente.

El Tribunal Supremo mantiene la tesis que ya estableció en su sentencia de 17 de abril de 1967, que reproduce parcialmente, de manera que, «admitido el carácter ganancial de las acciones, cosa no negada por la Audiencia ni por la Sociedad recurrente, no hay enajenación ni transmisión, sino adjudicación especificativa, por acto declarativo, a quien tiene una cotitularidad real, frente a la que no puede primar la meramente formal que alega la sentencia de instancia; doña Belén no es extraña ni ajena a «Joyerías Pedro Alvarez, S. A.», y, consiguientemente, no se dan los presupuestos necesarios para el ejercicio del retracto previsto en los Estatutos, que en doctrina pacífica han de interpretarse de modo restrictivo en cuanto imponen limitaciones o trabas a la libre transmisibilidad de acciones, aun admitiendo su licitud, conforme al artículo 1.255 del Código civil, siempre que no se traspasen los límites señalados por el propio precepto».

Afirma el Tribunal que sería distinto si se tratará de acciones privativas suscritas como consecuencia de la titularidad de otras privativas pero pagadas con fondos comunes (art. 1.352 Cc), «ya que entonces la sociedad de gananciales solo justificará un derecho de crédito por el valor de lo desembolsado y si se produjere transmisión entre los cónyuges sí que habría lugar al ejercicio del derecho de retracto».

II. COMENTARIO

1. Planteamiento

La Ley de Sociedades Anónimas no se ocupa de mencionar las diversas formas que pueden adoptar las restricciones estatutarias admitidas en su artículo 46 (2), dejando en libertad a las partes para que escojan el sistema restrictivo que estimen más adecuado a sus intereses, siempre que no infrinjan preceptos o princi-

(2) Artículo 46 de la Ley de 17 de julio de 1951 de régimen jurídico de las sociedades anónimas: «Las limitaciones a la libre transmisibilidad de la acción sólo serán

prios de naturaleza imperativa (3). La doctrina mercantilista clasifica las distintas clases de restricciones estatutarias en tres grupos: las que establecen un derecho de adquisición preferente; las que subordinan la transmisión a la autorización de la sociedad, que son válidas sólo dentro de determinados límites, y las cláusulas que establecen que el adquirente debe reunir ciertas condiciones (4). En cambio, considera inadmisibles la posibilidad de establecer por pacto un derecho de retracto que pudiera perjudicar a terceros (5).

válidas frente a la sociedad cuando estén expresamente impuestas por los estatutos. En todo caso, la transmisión de las acciones nominativas deberá ser comunicada por escrito a la sociedad, y anotada por ésta en el libro correspondiente.»

El artículo 39, b), del Proyecto de Ley de Reforma del Derecho de Sociedades (BOCG, Congreso, de 13 abril 1989), teniendo en cuenta alguna de las aportaciones jurisprudenciales y doctrinales, dice lo siguiente:

«1. Sólo serán válidas frente a la sociedad las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones cuando recaigan sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas por los estatutos. Serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción.

»2. La transmisibilidad de las acciones sólo podrá condicionarse a la previa autorización de la sociedad, cuando los estatutos mencionen las causas que permitan denegarla. Salvo prescripción contraria de los estatutos, la autorización será concedida o denegada por los administradores de la sociedad.

»3. Las restricciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones sólo serán aplicables a las adquisiciones por causa de muerte cuando así lo establezcan expresamente los propios estatutos. En este supuesto para rechazar la inscripción de la transmisión en el libro registro de acciones nominativas, la sociedad deberá presentar al heredero un adquirente de las acciones u ofrecerse a adquirirlas ella misma por su valor real en el momento en que se solicitó la inscripción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 42, a). Este mismo régimen se aplicará cuando la adquisición de las acciones se haya producido como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución. Se entenderá como valor real el que determinen los auditores de la compañía y, en su defecto, el auditor que designará el juez.

»4. En cualquier caso, transcurrido el plazo de dos meses desde que se presentó la solicitud de autorización sin que la sociedad haya contestado a la misma, se considerará que la autorización ha sido concedida.»

(3) Así lo recuerda la sentencia comentada que cita la de 24 de noviembre de 1978 y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de marzo de 1974. En la doctrina, *vid.*, entre otros, BROSETA PONT, MANUEL, *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, Tecnos, Madrid, 1984, 2.ª ed., p. 101; GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, I, Madrid, 1976, 3.ª ed., pp. 522-537; RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1964, pp. 122-130; VELASCO ALONSO, ANGEL, *La Ley de Sociedades Anónimas*, Edersa, 1982, 5.ª ed., pp. 258-265; CARRERA GIRAL, J., *La Ley de Sociedades Anónimas y su interpretación por el Tribunal Supremo*, 1983, 3.ª ed., pp. 272-289.

(4) *Vid.*, entre otros, BROSETA, *Restricciones*, pp. 101 y ss.; VICENT CHULIA, F., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, I, 1986, pp. 283-284; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, 1986, pp. 186-187; URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 1988, pp. 233-235.

(5) Para BROSETA (*Restricciones*, p. 150), «es difícilmente comprensible la validez de un derecho de retracto concedido —implícita o explícitamente— frente a terceros por un ordenamiento privado interno de naturaleza convencional, como son los estatutos. Tan sólo puede concederse un remedio tan enérgico por una disposición expresa de naturaleza legal».

En cambio, para PEDROL, A. (*Cláusulas estatutarias restrictivas de la transmisibilidad de acciones en las sociedades anónimas*, «RDP», 1949, p. 737), las cláusulas por él llamadas de *preemción*, conceden a la sociedad o a su beneficiario un derecho para solicitar judicialmente la restitución de las acciones.

Constituye, por tanto, una novedad la admisión expresa de la licitud del retracto a favor de la sociedad anónima o, en su defecto, de los socios, como cláusula estatutaria restrictiva de la libre transmisibilidad de las acciones amparada por el artículo 46 de la Ley de Sociedades Anónimas. El retracto es una cláusula que limita las posibilidades de enajenación de las acciones pues, según dice la sentencia, supone que la transmisión se halla sujeta a una condición resolutoria, que el adquirente ha de conocer por ser el Registro Mercantil público y obligatoria la inscripción de los estatutos, consistente en el ejercicio por la sociedad del retracto en forma válida.

La interpretación del Tribunal Supremo no está exenta de problemas. Que los estatutos sociales hayan establecido un derecho de retracto a favor de la sociedad cuando los socios enajenen acciones a personas extrañas, no autoriza a considerar a éstas automáticamente vinculadas por tales pactos. La vinculación se producirá si en el contrato de enajenación se introduce como condición resolutoria el ejercicio del retracto por la sociedad; pero no cabe considerar insertas tales condiciones en los contratos de enajenación de acciones a terceros por el mero hecho de estar previstas en los estatutos sociales, pues como los contratos sólo producen efectos entre las partes, al tercero que contrate con persona vinculada por tales pactos no le obliga lo convenido en ellos. La publicidad del Registro Mercantil y la obligatoriedad de la inscripción de los estatutos facilitan a los terceros el conocimiento de las cláusulas restrictivas, pero ello no implica que haya que presumir incluida en los contratos de enajenación de acciones la condición resolutoria consistente en el ejercicio del derecho de retracto societario (6).

Cuando la aposición del ejercicio del retracto por la sociedad como condición resolutoria resulte claramente de la voluntad, expresa o tácita, de los contratantes, la eficacia del contrato de transmisión de acciones, eficaz desde su celebración, cesará completamente si la condición se realiza (*cfr.* art. 1.114 Cc). El ejercicio del derecho de retracto por la sociedad provoca, por un lado, la resolución del contrato de disposición de acciones y, por otro, el paso de éstas a la propiedad de la sociedad retrayente que se subroga en la posición del tercero a quien debe reembolsar el precio real de las acciones.

Empero, no son los problemas de validez del retracto como cláusula estatutaria restrictiva de la libre transmisibilidad de acciones ni, en su caso, los problemas que pueda presentar su ejercicio conforme a derecho [ofrecimiento del pago, consignación, determinación del precio (7)] los que aquí nos interesa resaltar puesto que el Alto Tribunal entiende que no concurre el supuesto de hecho necesario para su aplicación.

Lo que realmente se plantea en estas sentencias es un conflicto de intereses, sobre acciones nominativas de un cónyuge adquiridas con bienes gananciales, entre el cónyuge que no figura como socio, pero tiene derecho a la mitad de los

(6) Como dice LUNA SERRANO (*Elementos de Derecho civil*, II, vol. 2.º, 1987, p. 44), «la oposición de las condiciones no requiere en sí misma forma alguna especial, pudiendo imponerlas los contratantes tanto expresa como tácitamente, siempre que la aposición del evento condicionante resulta claramente, ya que, como tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia, “la condición en las obligaciones no se presume”» (*cfr.*, entre otras, SS. 5 diciembre 1953, 31 marzo 1964 y 27 abril 1983).

(7) Sobre determinación del precio ver MEDINA DE LEMUS, MANUEL, *El derecho de «preemptio» por el valor nominal de la acción*, «Rev. General de Derecho», 1985, núms. 493-494, pp. 3291-3324.

bienes comunes, y los restantes socios —o, en su caso, la sociedad— que, si existen restricciones estatutarias a la libertad de enajenación de acciones, tienen derecho a impedir el ingreso de nuevos socios. Aparentemente, las posibles soluciones sólo son dos, ambas insatisfactorias porque, sin buscar la composición de intereses, priman los de una de las partes en conflicto.

a) El Tribunal Supremo, partiendo del indiscutido carácter exclusivamente ganancial de las acciones, considera que la tesis técnicamente adecuada es la que entiende que en el caso debatido no se dan los presupuestos necesarios para el ejercicio del derecho de retracto, aun admitiendo su licitud, pues en la partición de la sociedad de gananciales no se enajena ni se vende nada en favor de los cónyuges, sino que éstos reciben lo que ya era de ambos, si bien ahora se especifican los bienes que pasan a la propiedad individual de cada uno. Las restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones servirán, en su caso, para cerrar al exterior la sociedad de que se trata respecto de futuros adquirentes, pero no son suficiente para, so pretexto de unas alegadas cualidades personales, transformar la esencia de la acción e impedir la atribución a un cónyuge de la mitad de las acciones que figuraban a nombre del otro (*cfr.* S. 17 abril 1967).

Desde un punto de vista dogmático, propio de la jurisprudencia de conceptos, lo que hay que preguntarse es si la adjudicación de acciones en pago de gananciales constituye o no un supuesto de enajenación que cae dentro del ámbito de aplicación de las cláusulas estatutarias que restringen la libre transmisión o enajenación de las acciones. La respuesta dogmática a este interrogante es negativa. No hay enajenación y, por consiguiente, no hay lugar a aplicar la cláusula estatutaria. La llamada sociedad legal de gananciales es un patrimonio colectivo, una forma de comunidad o una «cotitularidad indiscriminada». En consecuencia, la adjudicación de lo que ya era común no es enajenación, ni venta, en favor de la esposa, que tampoco adquiere algo nuevo, sino que recibe algo que ya era suyo. La adjudicación liquidatoria de la sociedad de gananciales no es un acto dispositivo o traslativo, sino un acto «meramente declarativo» (8). La solución parece intachable, pero no parece que pueda resistir el análisis si aplicamos un criterio de jurisprudencia de intereses, pues con ella se sanciona el ingreso de una persona extraña a la sociedad que es lo que se pretendía evitar con la cláusula restrictiva (9). Supuesta la licitud de las cláusulas estatutarias restrictivas de la libre transmisibilidad, y admitido igualmente que los intereses tutelados con ellas son el interés social y el interés de los demás socios de controlar el eventual ingreso de personas distintas en la gestión de la compañía y en el ejercicio de los derechos políticos que acompañan a la cualidad de accionistas, el hecho de que las acciones pasen a estar en manos de la mujer en lugar de estarlo en manos del marido (o viceversa), entra de lleno en el fenómeno que tales cláusulas tratan de regular (10).

(8) Así resume Díez-Picazo (*Estudios sobre la jurisprudencia civil*, II, 1969, p. 387) la posición mantenida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 17 de abril de 1967. Postura reiterada en la que nos ocupa.

(9) *Cfr.* SERRANO MONFORTE, *Comentario a la sentencia de 17 de abril de 1967*, «RDM», 1967, núms. 105-106, pp. 212-216.

(10) Díez-Picazo, *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, II, 1969, p. 387.

Según SERRANO MONFORTE (*RDM*, 1967, núms. 105-106, p. 213) es «cierto que las cláusulas de limitación a la libre transmisibilidad de las acciones, por ser una dero-

b) Desde un punto de vista menos conceptualista y más apegado a la jurisprudencia de intereses, la solución del conflicto pasaría por considerar que en la división y adjudicación de las acciones gananciales hay algo análogo a una transmisión, de manera que, si existen restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad, la sociedad o los socios pueden privar al cónyuge no titular de su derecho a la adquisición de la mitad de las acciones comunes. Con esta solución la sociedad puede evitar que ingrese un nuevo socio, pero a costa de vulnerar los derechos del cónyuge no socio en la liquidación de la sociedad de gananciales. Si las acciones se consideran enteramente gananciales, ambos cónyuges tienen los mismos derechos en la partición del patrimonio común sin que puedan resultar alterados por ordenamientos privados ajenos a la sociedad de gananciales. Los cónyuges podrán convenir el tipo de división que les resulte más rentable, incluso la no división, pero no se hallan obligados a partir respetando las limitaciones estatutarias de la sociedad anónima.

Parece evidente que los Estatutos de la sociedad anónima no pueden alterar desde fuera el régimen característico de la sociedad de gananciales modificando derechos de terceras personas. Pero el ordenamiento económico del matrimonio ha de ser lo suficientemente flexible en la clasificación de los bienes de los cónyuges, para no calificar de igual modo las acciones, adquiridas con bienes gananciales, de una sociedad capitalista pura que las de aquellas en la que la condición personal del socio tiene gran importancia. El valor económico de las acciones, si así lo han querido los cónyuges, no hay duda de que es ganancial, pero la condición de socio del cónyuge a cuyo nombre figuran, dado el *intuitu personae* propio de la sociedad, ha de poder ser calificada como bien privativo. En su defecto, cabría analizar si el personalismo de la condición de socio sería motivo suficiente para conceder al cónyuge socio un derecho de atribución preferente en la división de la sociedad de gananciales. Es, en principio, en la calificación de las acciones donde hay que hacer valer el personalismo de la sociedad anónima (11).

gación del régimen general de circulación de los títulos y constituir, por tanto, una situación de derecho excepcional, deberán interpretarse restrictivamente. Pero esto no significa que puedan interpretarse desconociendo la finalidad para que fueron creadas y que justifica su admisión *contra tenorem rationis*. En el mismo sentido, DE LA CAMARA (*La mujer casada y el Derecho de Sociedades*, «RGLJ», núm. 227, 1969, p. 276): «La interpretación relativamente restrictiva del artículo 46 abona tan sólo la inadmisibilidad de ciertas cláusulas limitativas, pero no postula que una cláusula limitativa, válida por hipótesis, haya de ser restrictivamente interpretada (...). Toda cláusula contractual debe interpretarse de acuerdo con la intención de los contratantes (art. 1.281 Cc), y en el sentido más adecuado para que surta efecto (art. 1.285 Cc).»

(11) Señala SERRANO MONFORTE, al comentar la sentencia de 17 de abril de 1967 (RDM, 1967, núms. 105-106, p. 214), que las cláusulas de limitación a la libre transmisibilidad de las acciones tienen una gran importancia; «no importa tanto que se excluya el principio de libre transmisibilidad de la acción como por qué se excluye. El artículo 46 de la Ley de Sociedades Anónimas significa el reconocimiento legal de que, aunque otra cosa pudiera deducirse de la ley, todas las sociedades anónimas no son iguales, ni responden a unas mismas necesidades, ni deben quedar sujetas a un mismo régimen jurídico; significa, en definitiva, la inserción de una consideración personalista en la configuración de la sociedad anónima, normalmente sociedad capitalista y abierta». «Por eso —sigue diciendo—, cuando la fundación de una sociedad (aunque sea anónima) responde a la consideración especial de las personas que la constituyen, resulta muy difícil extender *ab initio* la condición de socio al cónyuge del esposo fundador,

Si las acciones se califican como exclusivamente privativas de uno de los cónyuges, no resultan afectadas por la disolución de la comunidad conyugal; si se califican como exclusivamente gananciales, pese a la existencia de restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad, forman parte del caudal partible tras la disolución del consorcio y, únicamente, puede analizarse la hipotética existencia de un derecho de atribución preferente; por último, si las acciones de sociedad anónima «personalista» se califican como gananciales en lo patrimonial y privativas en cuanto a la condición de socio, sólo es divisible el valor real de las acciones, pero no la titularidad que continúa siendo privativa del cónyuge a cuyo nombre figuran.

Estas son las soluciones alternativas que se deducen del propio régimen de la sociedad de gananciales al tomar en consideración la mayor o menor relevancia del *intuitu personae* de la condición de socio de sociedad anónima cerrada. Soluciones que parecen ajustadas tanto a la jurisprudencia de conceptos como a la de intereses y tratan de superar los inconvenientes que conllevan la tesis de la cotitularidad de la condición de socio y la tesis de que la partición supone transmisión pese a la genérica ganancialidad de las acciones. Veamos con mayor detenimiento los problemas y soluciones apuntados.

2. El accionista casado y la sociedad de gananciales

El tema de la participación de persona casada bajo régimen de comunidad de bienes en sociedades personalistas y sociedades anónimas cerradas no ha sido muy estudiado por la doctrina española. Destacan las aportaciones de Lacruz al estudiar los bienes comunes y privativos en Aragón (12), cuyas conclusiones reitera en posteriores obras referidas ya al Código civil (13). El resto de la doctrina que se ha interesado por estos problemas, con la excepción de Serrano Monforte (14), no comparten el punto de vista de Lacruz que defiende la privatividad de la cualidad de socio y la ganancialidad del contenido económico de la participación en sociedades personalistas. Hay que destacar, con todo, el largo y completo estudio de Manuel de la Cámara sobre «la mujer casada y el derecho de sociedades» (15).

a pretexto de que la fundación se ha realizado constante el matrimonio y quizá con aportación de dinero ganancial, porque las circunstancias de que los fundadores sean o no casados y el origen de la aportación, es indiferente para la sociedad; en cambio, no lo es quién ostente en definitiva la cualidad de socio.»

(12) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Bienes comunes y bienes privativos en el régimen matrimonial aragonés*, «RDN», núms. 13-14, 1956, pp. 25-158, en particular pp. 153-156; *Los bienes privativos de los cónyuges en la comunidad legal aragonesa*, Rev. «Temis» de la Facultad de Derecho de Zaragoza, núm. 25, 1969, 67-96, en particular pp. 76-77.

(13) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS (-ALBALADEJO, MANUEL), *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, 1963, pp. 507-508. LACRUZ (-SANCHO), *Derecho de familia*, 1974, 2.^a ed., p. 295; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos de Derecho civil*, IV, 1982, pp. 415-416.

(14) *Comentario a la sentencia de 17 de abril de 1967*, «RDM», 1967, núms. 105-106, pp. 212-216.

(15) RGLJ, núm. 227, 1969, pp. 192-293. Ver también, BLANQUER UBEROS, ROBERTO, *Acerca de la sociedad de gananciales, la responsabilidad patrimonial y la rela-*

Hasta la reforma del Código civil de 1981, los problemas eran, en parte, distintos y afectaban de manera especial a la mujer casada. Como es sabido, es en 1975 cuando se consigue la igualdad formal entre marido y mujer en los aspectos personales. Anteriormente la mujer casada necesitaba licencia del marido para celebrar el contrato de sociedad y para la adquisición de acciones, aun a costa de sus bienes privativos. Los problemas eran, pues, de falta de capacidad. Problemas a los que había que añadir, en caso de acciones gananciales, los de falta de legitimación de la mujer para realizar actos de administración o disposición —a salvo la potestad doméstica— sobre bienes comunes. Los problemas de capacidad desaparecen en 1975, pero los de legitimación sobre bienes comunes perduran hasta 1981 (16).

En 1981 la igualdad formal entre marido y mujer se extiende a las relaciones patrimoniales, de manera que las eventuales dificultades del socio casado son las mismas para marido y mujer. Pero los problemas, obviamente, ya no son de falta de capacidad de la mujer casada para ser socio, pues el matrimonio no restringe la capacidad de obrar; ni de falta de legitimación de uno de los cónyuges para administrar acciones gananciales: en principio, la gestión y disposición de los bienes comunes corresponde conjuntamente a los dos cónyuges (art. 1.375), pero sin perjuicio de la legitimación individual, frente a terceros, para realizar los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores del cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren (art. 1.384).

Ahora, la condición ganancial de las acciones a nombre de uno de los cónyuges no plantea grandes dificultades constante la comunidad conyugal: el cónyuge (en su caso, los cónyuges) fundador de la sociedad o adquirente posterior de las acciones es, en principio, el único titular de los derechos y obligaciones frente a la sociedad, pero, si la libertad de transmisión no está restringida hasta este extremo, los cónyuges podrán cambiar el nombre del titular o conseguir la cotitularidad frente a la sociedad. En el supuesto de que la transmisibilidad de las acciones se halle limitada por los estatutos sociales, los cónyuges no podrán pretender, alegando la ganancialidad de las acciones, modificar el régimen de la titularidad formal; de manera que el problema se retrasará frecuentemente al momento de la disolución y división de las acciones comunes.

A la disolución de la sociedad de gananciales, sin embargo, se siguen planteando las mismas dificultades que antes de la reforma: si la sociedad anónima ha limitado la libertad de transmisión de acciones a personas no socias, su adjudicación en pago de gananciales al cónyuge del socio supone, desde su punto de vista, la incorporación de un nuevo accionista que, por ello, debe realizarse conforme a lo dispuesto en los estatutos. ¿Puede el cónyuge no socio que ha recibido su participación en las acciones tras la división del caudal común ser rechazado

ción obligatoria, «AAMN», T. XIX, 1976, pp. 193-259, en particular, pp. 242 y ss.; *Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge*, «RDN», núms. 113-114, 1981, pp. 7-71, en particular, pp. 50-55; más recientemente, BEAUS CODES, ANTONIO, *sociedad de gananciales y sociedades mercantiles*, «AAMN», XXVI, 1985, pp. 235-266, en particular, 241-253. No admiten la distinción propuesta por Lacruz, pero tampoco creen que la ganancialidad implique que, forzosamente, sean socios siempre ambos cónyuges.

(16) *Vid.* DE LA CAMARA, *RGLJ*, 1969, núm. 227, pp. 192 y ss.

como socio en base a las cláusulas estatutarias que permiten limitar el ingreso de nuevos accionistas? La respuesta, positiva o negativa, depende de la calificación, privativa o ganancial, que corresponda otorgar a la condición de socio en función de su personalismo o de su fungibilidad.

3. La calificación de la condición de socio del accionista casado en régimen de comunidad de bienes

Lo decisivo para determinar el sistema de administración y disposición de las acciones de persona casada, el régimen de los derechos de adquisición preferente, la responsabilidad de las acciones frente a acreedores del cónyuge titular y del consorcio, así como para decidir cómo deben computarse en la liquidación de la sociedad de gananciales, es su calificación como bienes exclusivamente privativos del cónyuge titular, como bienes exclusivamente comunes pese a ser administrados individualmente por el cónyuge socio o, por último, como bienes privativos en cuanto a la condición personal de socio, pero comunes en cuanto a su valor económico.

Las acciones, en cuanto bienes susceptibles de valoración, dentro de la sociedad de gananciales sólo pueden ser bienes privativos o comunes; pero dentro de las acciones gananciales parece necesario distinguir: a) aquellas en las que la condición de socio es fungible y, por tanto, aunque figuren a nombre de uno de los cónyuges, tal condición es ganancial y se halla sujeta en todo momento a las reglas propias de este tipo de bienes; b) aquellas en las que la condición de socio no es fungible, sino que, dada su relativa intransmisibilidad, va unida a la persona del cónyuge adquirente que es titular exclusivo de los derechos sociales y políticos. La calificación depende de las normas de la sociedad de gananciales que atienden no sólo al principio de subrogación en la condición ganancial, expresa o presunta, de los bienes empleados en la adquisición, sino también a la inherencia de las acciones a la persona del socio como consecuencia de las restricciones a la transmisión *inter vivos* contenidas en los estatutos sociales (17).

La administración de las acciones nominativas —y la disposición si se trata de títulos valores— corresponde, en todo caso, al cónyuge a cuyo nombre figuren, quien, en la relación entre cónyuges, puede ser propietario único de la acción, copropietario y titular privativo de la condición de socio o copropietario

(17) Dice SERRANO MONFORTE (*RDM*, 1967, núms. 105-106, p. 215) que si en el régimen normal de la sociedad anónima se ha incorporado un matiz personalista mediante la estipulación de una cláusula de limitación a la libre transmisibilidad de las acciones, estamos ante un supuesto en que «la calificación de un bien dentro de la economía del matrimonio no puede tener un valor absoluto. Y no puede tenerlo porque la situación jurídica o derecho calificado está tan en íntima relación con la persona del titular que no puede disociarse la titularidad y el derecho sin afectar profundamente al régimen jurídico del derecho calificado. En estos casos, la calificación del derecho en el régimen económico del matrimonio sólo tiene un valor relativo, como lo tiene la calificación ganancial de la participación de un socio en una sociedad colectiva o de responsabilidad limitada. El valor económico de la acción será ganancial a todos los efectos; pero la cualidad de socio que la acción incorpora, sólo puede predicarse de su titular».

y mero legitimado para administrar y disponer frente a terceros mientras persista el acuerdo conyugal que lo hace posible.

A) *Acciones exclusivamente privativas de un cónyuge*

Las acciones de sociedad anónima, existan o no limitaciones estatutarias a la libertad de transmisión, serán privativas del cónyuge a quien pertenecieran al comenzar la sociedad, del cónyuge que las adquirió después por título gratuito o del cónyuge que las adquirió a costa o en sustitución de bienes privativos (art. 1.346, 1.º, 2.º y 3.º, Cc). Corresponde a cada cónyuge la administración y disposición de sus propios bienes (*cf.*, no obstante, art. 1.320). Las nuevas acciones suscritas como consecuencia de la titularidad de otras privativas serán también privativas. Asimismo, lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir (art. 1.352) (18).

Los intereses o devengos normales, tanto de las acciones nuevas como de las antiguas (privativas ambas: 1.352), tienen carácter ganancial. Aunque no es exacto considerar a la sociedad de gananciales como usufructuaria (19), «no hay duda de que los *dividendos* son el fruto o beneficio que recibe el accionista por su participación en la sociedad y, por tanto, que los dividendos repartidos durante la vigencia de la sociedad de gananciales, por entrar dentro del concepto de frutos civiles, desde su devengo, se atribuyen al patrimonio común, aunque sean propiedad privativa de uno solo de los cónyuges (20)».

La responsabilidad que afecta a estas acciones es la propia de los bienes privativos.

B) *Acciones exclusivamente gananciales a nombre de uno de los cónyuges*

En principio, serán gananciales las acciones de la sociedades anónimas abiertas adquiridas a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisi-

(18) *Vid.* artículo 92 de la Ley de Sociedades Anónimas y la crítica de LACRUZ al artículo 1.352 del Código civil en *Elementos*, IV, pp. 369-370. Ver también, DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, XVIII, vol. 2.º (Edersa, Madrid, 1984), p. 174; TORRALBA SORIANO, *De la sociedad de gananciales. Artículos 1.344-1.374*, en «Comentarios a las reformas del Derecho de familia», vol. 2.º, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1618; GARCÍA CANTERO (-CASTÁN VÁZQUEZ), revisión y puesta al día de la obra de J. Castán Tobeñas *Derecho civil español, Común y Foral*, T. V, «Derecho de Familia», vol. 1.º, «Relaciones Conyugales», 11.ª ed., «Reus S. A.», Madrid, 1987, pp. 420-421; Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. 4.º, «Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones», 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1983, pp. 369 y ss.; sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1960 y comentario de Díez-PICAZO, en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, II, Tecnos, Madrid, 1969, pp. 357-368.

(19) *Vid.*, por todos, LACRUZ, *Elementos*, IV, 405.

Vid., además, artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas y, por todos, J. GIL RODRÍGUEZ, *El usufructo de acciones (Aspectos civiles)*, Edersa, Madrid, 1981.

(20) DE LOS MOZOS, *Comentarios*, XVIII, vol. 2.º, p. 171.

ción para la comunidad, bien para uno sólo de los esposos (art. 1.347.3.º Cc) (21). En general, se presumen gananciales todas las acciones de persona casada cuyo carácter privativo no pueda justificarse (*cf.* art. 1.361 Cc) (22). Pero la gananciales por subrogación queda excepcionada cuando concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 1.346 y 1.352 del Código civil.

La definitiva condición ganancial de las acciones adquiridas por uno de los cónyuges a cargo de bienes comunes, requiere el acuerdo de ambos cónyuges, pues la legitimación individual para disponer de determinados bienes comunes (dinero: art. 1.384 Cc) no es suficiente para producir la subrogación final de lo adquirido en la condición de los bienes enajenados en contra de la voluntad del consorte (23).

Supongamos que las acciones nominativas son gananciales y que figuran a nombre de uno de los cónyuges. Pese a su condición de bienes gananciales, la administración corresponde al cónyuge adquirente y, si se trata de títulos valores, también su disposición. Si no son títulos valores, la administración es del cónyuge titular, pero para la disposición necesitará el consentimiento del otro. Las nuevas acciones suscritas como consecuencia de su titularidad ganancial serán también comunes. Asimismo lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir (art. 1.352, *a contrario*). La responsabilidad de este tipo de acciones por las deudas del cónyuge a cuyo nombre figuran y por las deudas de las que responde frente a los acreedores el patrimonio ganancial es la misma que la de los restantes bienes comunes. En la liquidación de la sociedad de gananciales se dividirán por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos (art. 1.404).

(21) El apartado 5.º del artículo 1.347 del Código civil establece la condición ganancial de «las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes». Pero la doctrina entiende que el precepto se refiere a las pequeñas empresas (CANO TELLO, *La nueva regulación de la sociedad de gananciales. Un ensayo sobre la Ley de 13 de mayo de 1981*, «Cuadernos Civitas», Madrid, 1981, p. 62), y, dentro de ellas, según TORRALBA (*Comentarios*, p. 1608), «única y exclusivamente a la empresa individual, cualquiera que sea su dimensión, por tanto, a toda empresa que no esté organizada en forma de Sociedad, ya que, en este último supuesto, lo que sucederá es que teniendo la entidad personalidad jurídica independiente, el patrimonio empresarial ya no será ganancial y los derechos de la comunidad matrimonial se limitarán a las acciones, participaciones o aportaciones». En contra, GIMÉNEZ DUART (*Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981*, «RCDI», 1982, p. 132) que incluye también la empresa social.

(22) No basta para destruir la presunción de gananciales la circunstancia de que los títulos figuren a nombre de uno de los cónyuges o se encuentren en su poder. «Es más, el artículo 1.384 se limita a permitir que, en el tráfico, bienes que son gananciales o, por lo menos, que pueden serlo, circulen como si fueran privativos; por tanto, tal precepto no atribuye a los títulos que están a nombre de uno de los cónyuges carácter privativo, sino que se limita a establecer que los actos de administración y disposición realizados por tal cónyuge son válidos, con independencia de que los bienes sean privativos o gananciales» (TORRALBA, *Comentarios*, p. 1618).

(23) Si las acciones adquiridas por un cónyuge sin el consentimiento del otro han sido pagadas con fondos consorciales de los que podía disponer unilateralmente el adquirente, pero la adquisición satisface exclusivamente el interés de éste, la responsabilidad interna recae sobre el patrimonio privativo del cónyuge beneficiado que deberá reembolsar a la comunidad el precio de la adquisición. Las acciones, una vez efectuado el reembolso, serán privativas del adquirente.

El cónyuge que haya suscrito las acciones tiene la administración, el carácter de socio y a él le corresponderán los derechos políticos (RR. DGRN 16 marzo 1959, 4 noviembre 1969 y 5 julio 1982), aunque las acciones tengan la condición de gananciales. La validez y eficacia de los actos de administración y, en su caso, disposición, realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren las acciones es meramente externa, pues internamente procederá el oportuno reembolso si la operación no contó con el consenso del cónyuge no socio. Es una norma de protección de terceros (24), que no establece facultades absolutas en el cónyuge titular, sino que, en la relación interna, está en conexión con el principio de gestión conjunta de los bienes gananciales. Por ello, serán de aplicación, en su caso, los artículos 1.390, 1.391 y 1.393.2.º; además el otro cónyuge podrá solicitar judicialmente se ponga fin a la administración separada, instando su comunicación al amparo de los artículos 1.375 y 1.376 (25). Por supuesto, la administración y disposición de las acciones se transferirá, por ministerio de la ley o por decisión judicial, al otro cónyuge cuando se den los supuestos previstos en los artículos 1.387 y 1.388 del Código civil.

La titularidad a nombre de un solo cónyuge de las acciones gananciales, no es una titularidad *básica* o *en propiedad*, ni siquiera una titularidad *fiduciaria* tras la que se oculta el verdadero alcance del derecho. Se trata más bien —como dice Magariños— de una titularidad *instrumental* que cobija un derecho compartido con un punto de referencia subjetiva que es la sociedad de gananciales, y a través de la cual se aplica la comunicación y adscripción del bien a la sociedad, que, al carecer de personalidad jurídica, no admitiría una titularidad directa (26).

Al no existir restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones o carecer de la necesaria relevancia para considerar privativa la condición de socio, la división del patrimonio ganancial y la adjudicación de acciones al cónyuge no socio o a los herederos respectivos no puede verse afectada por las normas estatutarias.

(24) Cfr. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, IV, pp. 254-255. DE LOS MOZOS, *Comentarios*, XVIII, vol. 2.º, p. 389, nota 6.

(25) Cfr. DE LOS MOZOS, *Comentarios*, XVIII, vol. 2.º, p. 390; LACRUZ, *Elementos*, IV, pp. 467-468.

(26) MAGARIÑOS BLANCO, VICTORIO, *Sociedad de gananciales y sociedad civil*, Academia Sevillana del Notariado. Homenaje a F. Manrique Romero, Edersa, Madrid, 1989, p. 329.

GARRIDO CERDA (*Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro*, «AAMN», XXV, 1982, pp. 143-176) habla de que la titularidad jurídica de los bienes gananciales pertenece a los cónyuges, individual o conjuntamente en proindivisión, según quien haya sido el que los ha aportado al consorcio; para BLANQUER (*La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones*, «AAMN», XXV, 1982, pp. 43-142, en particular pp. 114-116) hay un concurso de factores de legitimación diversos y de diverso alcance: la calificación de ganancialidad, de una parte, y de otra, la condición de adquirente, o de poseedor de un cónyuge. La calificación de ganancialidad incide sobre la titularidad, determinándola, aunque no la haga desaparecer. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA sostiene que los bienes gananciales pertenecen al cónyuge que los adquiere a su nombre, sin perjuicio de la calificación ganancial que modaliza su régimen, pero la comunidad no se produce hasta la liquidación (*Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias*, «RDN», núm. 116, 1982, pp. 7-36; *Sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales. (Comentario a la R. DGR de 2 febrero 1983)*, «RDN», núms. 121-122, 1983, pp. 341-398).

C) *Acciones gananciales de titularidad privativa de un cónyuge*

La reforma del Código civil de 1981, inspirándose en el Derecho civil aragonés (27), ha incluido en la enumeración de bienes privativos de cada uno de los cónyuges «los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles “inter vivos”» (art. 1.346.5.º).

En este artículo tienen cabida no sólo los bienes que se relacionan directamente con la personalidad humana de uno de los cónyuges o cuya intransmisibilidad deriva de la misma naturaleza del acto o del bien atribuido, sino también otros bienes en los que la relación con la persona de su titular se ha establecido desde fuera, legal o convencionalmente. Supuesto de hecho en el que, a semejanza de lo que sucede con las participaciones en sociedades personalistas puras y de responsabilidad limitada, hay que incluir también a las acciones de sociedades anónimas cerradas en las que las limitaciones impuestas a la libre transmisión de las acciones confieren un marcado carácter personal a la condición de socio, y ello aunque se hayan adquirido con cargo al patrimonio común y con la conformidad de ambos consortes. Como dice De la Cámara, «las restricciones a la libre transmisibilidad de las participaciones sociales no se explican por sí mismas, sino que constituyen solamente la aplicación concreta de un principio general más amplio: la infungibilidad de la cualidad de socio» (28).

a) *Intransmisibilidad «inter vivos» de la cualidad de socio*

En nuestro Derecho, sociedades personalistas puras son la sociedad civil, la sociedad colectiva y la sociedad comanditaria (con excepción de los socios comanditarios) (29). También en la sociedad de responsabilidad limitada la protección jurídica al *intuitu personae* se pone de relieve principalmente a través de las normas que limitan la transmisión *inter vivos* de la cualidad de socio (30). No obstan-

(27) Artículo 38 de la Compilación: «Son bienes privativos de cada cónyuge: (...) 2.º Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los intransmisibles *inter vivos*, mientras conserven estos caracteres.»

(28) *RGLJ*, 1969, núm. 227, p. 253. Para este autor (*RGLJ*, núm. 227, 1969, p. 278) «forzoso es admitir que, en estos casos, se hace necesario distinguir entre el derecho en sí y su valor económico, o al menos entre la titularidad de aquél, frente a la contraparte y frente a terceros, y su atribución material, en cuanto que constituye un bien susceptible de aprovechamiento».

(29) *Cfr.* DE LA CÁMARA, *RGLJ*, 1969, núm. 227, pp. 200-201. Los socios no pueden transferir a un tercero sus derechos en la sociedad sin el consentimiento de los demás (arts. 1.696 Cc y 143 CC). La sociedad se disuelve por la muerte, incapacitación, concurso o quiebra de cualquiera de los socios (arts. 1.700 y 222 de ambos cuerpos legales, respectivamente), etc. Todo esto pone de relieve que en estas sociedades la titularidad y ejercicio de los derechos sociales se liga irrevocablemente a los sujetos concretos que intervienen como fundadores, o que ingresan posteriormente en la sociedad con el beneplácito de todos sus componentes.

(30) Nuestra ley, como es sabido, otorga a los socios, y en su caso a la sociedad, un derecho de adquisición preferente en el supuesto de que algún socio pretenda transferir *inter vivos* sus participaciones sociales (art. 20 LSRL), y permite, frente a la transmisión *mortis causa* de las mismas, que se estipule un derecho análogo (art. 21). *Cfr.* DE LA CÁMARA, *RGLJ*, 1969, núm. 227, pp. 202 y 230 y ss.

te, la intransmisibilidad nunca es absoluta (31). En las sociedades anónimas las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones sólo existen si así lo han previsto los estatutos: son, por tanto, voluntarias (32).

La doctrina es unánime a la hora de valorar el personalismo que la inclusión de este tipo de cláusulas comporta para las sociedades anónimas. En estos supuestos se establece una clara similitud con las sociedades colectivas y de responsabilidad limitada (33).

Según Lacruz, en la sociedad anónima cerrada «las cláusulas de consentimiento dejan al accionista en situación tan semejante a la del socio en una sociedad de personas, que no es discutible su equiparación a efectos del consorcio conyugal. Sin embargo, surge la dificultad en aquellas cláusulas que sólo afecten a las transmisiones *inter vivos* y no a las *mortis causa* (34).

Distinto problema plantean las cláusulas de conocimiento o tanteo, que pueden figurar en los estatutos de las sociedades anónimas y que forman parte del régimen jurídico normal de las sociedades de responsabilidad limitada (arts. 20 y 21). «La cláusula de preempción impide, al parecer, la transmisión de las acciones a la comunidad, lo que sería incompatible con su carácter personal. Constante matrimonio la acción pertenece formalmente al cónyuge titular, mientras que materialmente debe entenderse íntegramente del patrimonio común» (35). Lo mismo cabe decir de las cláusulas de retracto en los casos en que hayan sido claramente incluidas por las partes, como condición resolutoria, en el contenido del negocio particional que, si bien no impide la transmisión la condiciona al no ejercicio del retracto por los socios o por la sociedad, lo que dota a las acciones de un cierto carácter personal, si bien menos intenso que en otros tipos de cláusulas.

(31) «En todas las sociedades es posible la cesión o transmisión de la parte de un socio (con la condición de socio incluida), aunque para ello se requiera el consentimiento de los demás» (LACRUZ, *Bienes comunes y bienes privativos en el régimen matrimonial aragonés*, «RDN», XIII-XIV, 1956, p. 153).

(32) La realidad jurídica y la doctrina ofrecen dos versiones distintas de la sociedad anónima. La sociedad anónima abierta, en las que no se toma en consideración la persona del accionista, cuyo capital será aportado (directa o indirectamente) por el público, y la sociedad anónima cerrada que pretende afectar la empresa social a un grupo exclusivo y limitado de partícipes. Ejemplo típico, aunque no único, de sociedad anónima cerrada, es la sociedad familiar (*cf.* F. VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I, 1986, 2.ª ed., pp. 242). Como dice DE LA CÁMARA, «a falta de criterios legales que nos permitan discernir dónde se encuentra la frontera que separa la sociedad cerrada de la sociedad abierta, tendremos que inclinarnos por sostener que es abierta toda sociedad que no limite la transmisión de sus acciones y acepte, por consiguiente, que sus socios puedan ser libre e indefinidamente sustituidos» (RGLJ, 1969, núm. 227, p. 241).

(33) *Cfr.* LACRUZ, *RDN*, XIII-XIV, 1956, pp. 153-156; SERRANO MONFORTE, *RDM*, 1967, núms. 105-106, pp. 212-216; DE LA CÁMARA, *RGLJ*, núm. 227, 1969, pp. 235-242; BROSETA, *Restricciones*, pp. 24-27; BEAUS CODES, A., *Sociedad de ganancias y sociedades mercantiles*, «AAMN», XXVI, 1985, pp. 250-251. En la jurisprudencia reconoce carácter personalista a una sociedad anónima con restricciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones la sentencia de 5 de abril de 1961.

(34) *RDN*, XIII-XIV, 1956, p. 155.

(35) LACRUZ, *RDN*, XIII-XIV, 1956, p. 156.

b) Inherencia a la persona de la cualidad de socio

Parece que si los bienes de carácter personal están excluidos de la comunidad, deben estarlo también, por esta misma razón, las participaciones y acciones en sociedades constituidas *intuitu personae*. Sin embargo, esto sólo a medias es cierto. La exclusión de los bienes inherentes a la persona se funda en la relación de tales bienes con la personalidad mientras que las participaciones y acciones de sociedades personalistas son privativas no porque, en sí, se relacionen con la persona de su titular, sino porque esa relación se ha establecido *ab extra*, previniendo su intransmisibilidad; la condición privativa, entonces, no obedece a un derecho de la personalidad, sino a una situación nacida objetiva o convencionalmente que, por voluntad presunta de las partes, y en otros casos por voluntad expresa, debe perdurar entre las mismas personas o atribuida al sujeto originario (36). Desde este punto de vista, el carácter personal de la participación en una sociedad de personas es perfectamente compatible con la aportación de la misma a la comunidad (37).

c) Consecuencias

Junto al conjunto de derechos del socio en relación con la vida social, que varían desde el derecho a la gestión hasta la simple vigilancia de la actuación de los gestores, y que se caracterizan en su defensa por la llamada *actio pro socio*, existe el contenido patrimonial, lo que llama Ulpiano (D. 17, 2, 64, 8) *emolumentum*, y éste sí que es transmisible y, por consiguiente, puesto que en estos casos es la intransmisibilidad el único obstáculo para que los bienes ingresen al consorcio, es también el *emolumentum* comunicable (38).

La adquisición de acciones de una sociedad anónima cerrada («personalista») con cargo a bienes comunes, comporta, por tanto, la privatividad de la condición de socio en favor del cónyuge adquirente y la ganancialidad de su valor siempre que ésta haya sido la voluntad de los cónyuges (39). La regla general de ganancialidad de lo adquirido a título oneroso con bienes comunes, se halla excepcionada por el 1.346.5.º que hace prevalecer sobre ella la condición privativa de los derechos inherentes a la persona y los no transmisibles *inter vivos*. La titularidad

(36) LACRUZ, *Temis*, 25, p. 76.

(37) LACRUZ, *RDN*, XIII-XIV, 1956, p. 154.

(38) LACRUZ, *RDN*, XIII-XIV, 1956, pp. 153-154; SAINZ DE VARANDA JIMÉNEZ, RAMÓN, *Problemas planteados por la aportación a la comunidad aragonesa de muebles y adquisiciones, de participaciones sociales en compañías regulares colectivas*, «Anuario de Derecho Aragonés», T. V, 1949-1950, pp. 439-447.

(39) Si se trataba de un simple préstamo, el cónyuge adquirente de las acciones privativas tendrá que reembolsar al patrimonio común el anticipo. Faltando el consentimiento del otro cónyuge la disposición onerosa de bienes comunes es anulable (art. 1.301, 1.377 y 1.322 Cc), salvo si se trata de dinero o títulos valores a nombre o en poder del cónyuge disponente. En este caso la enajenación es válida y eficaz frente a terceros, la condición de socio es siempre privativa del cónyuge adquirente por las limitaciones estatutarias a la entrada de nuevos socios, pero el valor de la acción sólo será común si hay acuerdo conyugal. En su defecto, procederá el reembolso a favor de la comunidad y las acciones serán enteramente privativas.

del cónyuge adquirente no es una mera titularidad instrumental, como en las acciones exclusivamente gananciales, sino que conlleva la privatividad de la condición de socio (40).

El carácter personal o exclusivo de la acción es compatible con el ingreso del *emolumentum* de la misma en la comunidad. Tal carácter exclusivo significa que ni el consorte del socio ni sus sucesores podrán inmiscuirse en la gestión de la sociedad. Por el contrario, los derechos pecuniarios atribuidos a la participación —derecho a los beneficios mientras dura la sociedad, derecho a una parte del fondo social a la disolución— ingresan en el activo consorcial (41). El valor de la acción es ganancial, como lo son los frutos que produzca durante la sociedad, y responde como el resto de bienes de esta condición de las obligaciones que permiten a los acreedores de los cónyuges agredir bienes comunes, incluso contraídas por sólo el otro cónyuge (42). La suscripción preferente de nuevas acciones es un acto de administración: la decisión es exclusiva del cónyuge socio (derecho), pero lo adquirido seguirá el mismo régimen que las acciones viejas: condición de socio privativa y valor económico ganancial, con independencia de con qué tipo de bienes se hayan pagado. Conforme al artículo 1.352, las nuevas acciones siguen el régimen de las anteriores.

La administración y disposición de las acciones corresponde exclusivamente al cónyuge titular de la condición de socio y se halla sujeta a las mismas reglas que la administración y disposición de bienes privativos, en particular al deber de información establecido por el artículo 1.383 del Código civil. El otro cónyuge no tiene acción para solicitar la administración conjunta, ni para anular los actos de enajenación onerosa o lucrativa; ahora bien, como el ejercicio de estos derechos privativos del cónyuge socio conlleva simultáneamente la administración y disposición de bienes comunes, el lucro exclusivo, el daño doloso a la sociedad o la actuación fraudulenta del cónyuge socio da lugar a la aplicación de los artículos 1.390 y 1.391; el cónyuge no socio también podrá pedir, en estos casos, la disolución de la sociedad de gananciales (art. 1.393, 2.º y 4.º). Lo adquirido en la enajenación de las acciones es enteramente ganancial.

Correspondiendo, pues, el *emolumentum* a la comunidad, el hecho de que, al disolverse una sociedad constante matrimonio, se asignasen bienes al cónyuge asociado, no implicará que tales bienes quedasen privativos suyos (43).

(40) Como señala SERRANO MONFORTE (*RDN*, 1967, núms. 105-106, p. 214), siguiendo a Ripert, para las sociedades colectivas, pero extensible a las anónimas «personalistas», «el carácter personalista de estas sociedades no impide que la participación del socio pueda calificarse como ganancial si se ha adquirido durante el matrimonio a costa del caudal común. Pero ello no produce el efecto de modificar el pacto social. La cualidad de socio continuará ostentándola el socio que la ha asumido».

(41) LACRUZ, *Elementos*, IV, pp. 415-416. Anteriormente en *Derecho de familia*, I, 1974, 2.ª ed., p. 295, y en *RDN*, XIII-XIV, 1956, pp. 154-155.

(42) Sin perjuicio de que, en caso de ejecución forzosa, deban observarse las limitaciones establecidas para la transmisión si el rematante quiere que se le reconozca la condición de socio por la sociedad. Sobre el tema, véase la fundamental monografía de BROSETA, *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, Tecnos, Madrid, 1984, 2.ª ed., pp. 187 y ss. *Cfr.* SERRANO MONFORTE, *RDM*, 1967, núms. 105-106, p. 215.

(43) *Cfr.* LACRUZ, *RDN*, XIII-XIV, 1956, p. 155.

4. División de la sociedad de gananciales y acciones o participaciones sociales

A la disolución de la sociedad de gananciales cesan las atribuciones de facultades que tenían anteriormente los cónyuges para la administración y gestión del patrimonio común, conferidas por ley o por capítulos. En cambio, se mantienen las facultades individuales sobre los bienes y derechos privativos de cada cónyuge.

La administración de los bienes que integran la masa común, corresponde a todos los titulares conjuntamente por el sistema de mayorías, rigiendo el artículo 398 del Código civil. También cabe encomendar la administración por todos los partícipes a uno sólo de ellos, que tendrá que dar cuenta de su gestión en la forma acostumbrada y conforme a las reglas del mandato y las de la sociedad civil, en su caso. La administración conjunta conlleva la coposesión de las cosas comunes, y, por tanto, si la posesión inmediata era individual de uno de los esposos, debe comunicarse a los demás partícipes. En principio, la posesión individual que conserve un cónyuge o cualquiera de los comuneros ha de entenderse meramente inmediata y, por tanto, inhábil para la usucapión (S. 21 enero 1910) (44). La disposición de los bienes comunes se rige por las reglas de la comunidad de bienes, siendo necesaria la concurrencia de todos los partícipes y sin que la negativa de uno de ellos pueda ser suplida por la autorización judicial (S. 27 diciembre 1978).

La división y adjudicación de bienes gananciales constituye el título, por lo que los bienes que antes eran comunes ahora pasan a ser propios y específicos de los antiguos partícipes, según conste de las adjudicaciones correspondientes.

Parece que decidida la naturaleza de las acciones o participaciones, los efectos que sobre ellas tiene la disolución y división del consorcio conyugal no dependen de que la sociedad se haya disuelto por la muerte del cónyuge socio, por la del consorte o por causas distintas de la muerte; ni del tipo concreto de sociedad. Los efectos guardan relación directa exclusivamente con la calificación de las acciones y participaciones (45): si eran totalmente privativas continúan siendo de la propiedad exclusiva del cónyuge socio y pasan enteras a sus herederos en caso de muerte; si eran comunes en lo patrimonial pero privativas en lo personal, se divide su valor real, pero continúa la condición de socio en el cónyuge titular o, si muere, pasa ésta exclusivamente a sus herederos; si eran totalmente comunes, pese a figurar a nombre de uno sólo de los cónyuges, se dividen enteramente entre los cónyuges o sus herederos.

No obstante, hay que señalar que en las sociedades capitalistas las acciones pueden ser privativas o gananciales pero no privativo-gananciales, puesto que la condición de socio no es algo exclusivo y personal, sino libremente transmisible. En cambio, en las sociedades «personalistas» —incluyendo en el término a todas las que, legal o convencionalmente, tienen restringida la transmisibilidad de la condición de socio—, las participaciones y acciones pueden ser privativas de uno

(44) LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, p. 565.

Conviene recordar que según el artículo 40 de la Ley de Sociedades Anónimas, «las acciones son indivisibles. Los copropietarios de una acción habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones deriven de la condición de accionista».

(45) *Vid. contra* DE LA CÁMARA, *RGLJ*, 1969, p. 259.

de los cónyuges o privativo-comunes, pero no exclusivamente comunes, pues el *intuitu personae* que les caracteriza implica que la condición de socio es privativa del cónyuge a cuyo nombre figuran.

Con esta tipificación mixta de las acciones de sociedad anónima cerrada se evitan los problemas y dificultades vistos en la sentencia, sobre si la partición de los bienes comunes es o no acto de transmisión (46): la condición de socio no se divide, por lo que en ningún caso cabe plantearse si se violan o no las restricciones a la transmisión de las acciones.

A) Acciones o participaciones privativas

En la liquidación de la comunidad conyugal no se tienen en cuenta los bienes privativos de los cónyuges: las acciones o participaciones propias de uno de los cónyuges, como los otros bienes privativos, continúan en el patrimonio personal del cónyuge titular y, caso de muerte, pasan a sus herederos. Tanto *inter vivos* como *mortis causa*, el cónyuge del socio es un tercero de modo que las hipotéticas transferencias de acciones son auténticas enajenaciones que ponen en funcionamiento, en su caso, los resortes restrictivos de la sociedad.

B) Acciones o participaciones privativo-gananciales

a) Sociedad colectiva

A la disolución de la comunidad conyugal la participación social figurará en la masa a partir, pero solamente *en valor*, porque la participación debe permanecer necesariamente en la parte atribuida al esposo asociado (47).

(46) Como en la partición hereditaria, en la división de los bienes comunes hay una sustitución de la cuota de cada cónyuge por bienes concretos, pasando de unas cotitularidades extendidas a todos los objetos del patrimonio ganancial, a concretarse cada una en la atribución plena de una parte de los bienes que integran el patrimonio liquidable. A su vez estos objetos que se adquieren en la partición son, no sólo el equivalente económico de la cuota, sino también un equivalente jurídico: se subrogan en la anterior cuota sobre el patrimonio en liquidación. (Cfr. LACRUZ, *Elementos*, V, p. 132.) Parece que la partición no es ni traslativa ni declarativa, sino determinativa y especificativa de derechos. Tal es el sentido real de la jurisprudencia: sentencias de 19 de junio de 1959 y 27 de noviembre de 1972.

«Ciertamente que la adjudicación de los bienes gananciales a uno u otro de los cónyuges no es un acto de enajenación en sentido técnico, sino un acto especificativo o determinativo de derechos; pero esto no significa que no tenga carácter dispositivo (lo niega la sentencia que comentamos, pues se individualiza y concreta el derecho de propiedad de cada cónyuge a quienes, en lo sucesivo, corresponderán los bienes adjudicados en forma privativa. En este sentido no es un acto puramente declarativo, y cuando la modificación consiste precisamente en el cambio del titular de las acciones, parece que existan las mismas razones para aplicar el régimen establecido en la cláusula de limitación a la libre transmisibilidad que cuando se trata realmente de un acto de enajenación, pues, en definitiva, y con relación a la sociedad, se constituye la titularidad de la acción y se atribuye la cualidad de socio en cabeza distinta de quien la ostentaba» (SERRANO MONFORTE, *RDM*, 1967, núms. 105-106, p. 214).

(47) RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit commercial*, 1, 5.ª ed., París, 1964, p. 371, citado por Serrano Monforte, *RDM*, 1967, núms. 105-106, p. 214.

Para la sociedad colectiva, la muerte del cónyuge del socio, así como la disolución de la sociedad de gananciales por causa distinta de la muerte, debe ser un hecho intrascendente, como si las participaciones fueran exclusivamente privativas del cónyuge socio. Sólo el fallecimiento de éste afecta a la sociedad colectiva. En cualquier caso, el valor de la participación social debe incluirse en la liquidación del patrimonio ganancial (48). Esta solución deja a salvo el interés económico del otro cónyuge, o de sus herederos, aunque eventualmente les prive del lucro que podría proporcionarles su ingreso en la sociedad (49).

Supongamos ahora que muere el cónyuge socio. Si no se ha pactado la continuación de la sociedad con los herederos del socio fallecido, o bien la sociedad colectiva se disuelve totalmente o prosigue entre los sobrevivientes. En uno y otro caso el haber líquido que represente la cuota del socio difunto debe ser entregado conjuntamente a los herederos del difunto y a su cónyuge. Si se ha convenido que, al morir un socio, la sociedad podrá continuar con los herederos, es dudoso si al desaparecer la nota de intransmisibilidad puede entenderse que la partición pasa a ser enteramente ganancial y, por tanto, divisible por mitad —incluidos los derechos personales— con el cónyuge sobreviviente (50). Parece que la mera intransmisibilidad *inter vivos* ex artículo 1.346 es suficiente para predicar la condición privativa de los derechos sociales, condición que no varía porque se convenga la sucesión *mortis causa* en tales derechos. Por supuesto, el cónyuge podrá ser heredero voluntario o forzoso y suceder en la condición de socio al premuerto.

b) Sociedad de responsabilidad limitada

La protección del interés de los socios tiene lugar merced al derecho de adquisición preferente consagrado por los artículos 20 y 21 de la Ley de Sociedades

(48) Como dice LACRUZ (*Temis*, núm. 25, 1969, p. 77), «si fallece primero el cónyuge del socio, supuesto que éste, en las sociedades de personas, no puede «transmitir a otra persona el interés que tenga en la compañía» (art. 143 CC), parece que, o bien continúa con los herederos del cónyuge premuerto la asociación a la parte, meramente privada (art. 1.696 Cc), o habrá de imputarse en la cuota del cónyuge socio en la comunidad conyugal el valor de su participación en la sociedad, o reintegrar al fondo común lo pagado por ella y la parte de beneficios». Sucede lo mismo en los restantes supuestos de disolución del consorcio conyugal.

Cfr. BEAUS CODES, A., *Sociedad de gananciales y sociedades mercantiles*, «AAMN», XXVI, 1985, p. 247.

(49) *Vid.* DE LA CÁMARA, *RGLJ*, 1969, pp. 259-260.

(50) Para LACRUZ (*Temis*, núm. 25, 1969, p. 77), «el fallecimiento previo del cónyuge socio dará lugar a la disolución de la sociedad civil y colectiva, salvo que se haya previsto la continuación con los herederos (arts. 1.704 Cc, 222 CC), en cuyo caso surge el problema de si, tratándose de una sucesión universal, aunque no a título de herencia, cabe atribuir al cónyuge sobreviviente dicha condición de socio: la solución afirmativa parece más probable en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada (art. 21 LSRL).

DE LA CÁMARA (*RGLJ*, 1969, p. 260) piensa que dentro de la expresión «herederos» del artículo 222 del Código de Comercio, hay que considerar incluido al cónyuge por razón de sus derechos en la comunidad ganancial. De la misma opinión es BEAUS CODES, A. (*AAMN*, XXVI, 1985, p. 248) que excluye, no obstante, el caso de que en el pacto se limite la sucesión a un heredero determinado o se excluya al cónyuge.

de Responsabilidad Limitada. Por consiguiente, si uno de los socios enviuda, o se produce la disolución del consorcio por causas distintas de su muerte, el valor económico de las participaciones debe incluirse en la liquidación de la sociedad de gananciales (51). En estos casos, la condición de socio del cónyuge vivo, en cuanto bien privativo, no resulta afectada por la disolución; si pese a ello se adjudica al cónyuge no socio o a sus herederos, entrará en juego el derecho de adquisición preferente (52). También es posible adjudicar proindiviso el valor de las participaciones al cónyuge socio y a su consorte o herederos, si bien la cualidad de socio y el ejercicio de los derechos sociales, dentro de la sociedad, seguirá correspondiendo exclusivamente al primero (53).

Cuando la disolución de la sociedad de gananciales tenga lugar por la muerte del cónyuge socio, el valor económico de sus participaciones sociales pasa conjuntamente a los herederos y al cónyuge viudo, mientras que la condición de socio pasa exclusivamente a los herederos. El pacto que extiende el ejercicio del derecho de adquisición a la transmisión *mortis causa* no alcanza al cónyuge, salvo cuando sea auténtico heredero (54).

c) Sociedad anónima cerrada

El valor de la acción deberá computarse en la liquidación de la sociedad de gananciales. Y deberá computarse su valor real, no el que le corresponda aplicando las reglas establecidas en la cláusula de limitación (55). Si no se procede así y se adjudican al cónyuge del esposo fundador, existirá un cambio de titularidad que la sociedad puede desconocer, a no ser que la adjudicación se haya hecho respetando las limitaciones establecidas en la cláusula estatutaria (56).

La adjudicación de parte del valor real de las acciones al cónyuge del accionista o a sus herederos no permite ejercitar el derecho de adquisición preferente establecido en los estatutos, que sólo será de aplicación si, voluntariamente, se adjudica también la condición de socio (57), aunque estos supuestos especialísimos no hayan sido expresamente previstos en la cláusulas estatutarias. La disolución y división de la sociedad de gananciales no afecta a la titularidad de los derechos sociales que continúan siendo privativos del cónyuge accionista, quien

(51) *Cfr.* DE LA CÁMARA, p. 267.

(52) *Cfr.* LACRUZ, *Temis*, núm. 25, 1969, p. 77.

(53) *Cfr.* DE LA CÁMARA, *RGLJ*, 1969, p. 270.

(54) En contra, BEAUS CODES, A., *AAMN*, XXVI, 1985, p. 253.

(55) «Porque de igual forma que la calificación (ganancial) de la acción según las reglas del régimen económico del matrimonio es irrelevante para la sociedad, el procedimiento de valoración establecido en el pacto social debe ser irrelevante en tema de liquidación de la sociedad de gananciales, pues, en este caso, no se trata de ejercitar el derecho de adquisición preferente que los estatutos confieren a los que ya son socios de la sociedad, sino de tomar en cuenta el valor de las acciones que se dicen gananciales, para que, adjudicándose éstas al cónyuge que ostenta su titularidad frente a la sociedad, pueda compensarse a su consorte con otros bienes de la comunidad o en metálico» (SERRANO MONFORTE, *RDM*, 1967, núms. 105-106, p. 215).

(56) *Vid.* SERRANO MONFORTE, *RDM*, 1967, núms. 105-106, p. 215.

(57) *Cfr.* LACRUZ, *Temis*, núm. 25, 1969, p. 77.

sólo viene obligado a colacionar en la partición el valor de las acciones, salvo que se acuerde su adjudicación proindiviso (58).

Si fallece el cónyuge accionista, aunque no existan restricciones a la transmisibilidad *mortis causa* de las acciones, la condición de socio, en cuanto bien privativo por hallarse limitada su transmisión *inter vivos*, pasa a los herederos. El cónyuge no socio sólo tiene derecho a su parte de patrimonio común; si recibe bienes o derechos privativos del consorte a título de sucesión será al margen de la liquidación de los gananciales y siendo aplicable, en su caso, las posibles limitaciones expresamente fijadas por los estatutos (59). El ejercicio por la sociedad de las limitaciones expresas a la transmisión *mortis causa* de las acciones privará de la titularidad de las mismas a los herederos del socio, únicos que tenían derecho a ella dada su condición privativa.

C) Acciones gananciales

En la sociedad anónima abierta, tipificada por la libre transmisibilidad de sus acciones, el *intuitu personae* carece jurídicamente de relieve, lo que equivale a admitir que la cualidad de socio es fungible. Quiere decirse con ello que a la sociedad le es indiferente que sea socio el marido, la mujer o sus herederos respectivos. Por tanto, las acciones de estas sociedades no plantean, a la hora de liquidar y partir el patrimonio común, ninguno de los problemas a que acabamos de referirnos. Ni el marido ni la mujer pueden escudarse en la titularidad *instrumental* de las acciones para excusar su inclusión en la liquidación de la sociedad de gananciales, ni tampoco la sociedad emisora o los restantes socios pueden inmiscuirse en su adjudicación (60).

Así sucede, por un lado, por el carácter ganancial de la condición de socio y, por tanto, integrante del patrimonio común a dividir; y, por otro, porque no existirán cláusulas que limiten la transmisión *inter vivos* o *mortis causa*, pues si las hubiera la sociedad sería, por ello, personalista, y la condición de socio figuraría como bien privativo del cónyuge titular.

(58) «La disolución de la sociedad conyugal por acto intervivos (capitulaciones, separación personal o divorcio) no debe llevar consigo otra consecuencia que la de que el socio aporte a la masa ganancial su valor económico, pues, de adjudicarse las acciones o participaciones sociales al cónyuge, actuará el derecho de preferencia legal o estatutaria, salvo que la adjudicación al cónyuge en tal supuesto se haya exceptuado de la actuación del pacto restrictivo, ya que (...) el cambio de socio en tal tipo de sociedades (...) vulnera los pactos sociales» (BEAUS CODES, *AAMN*, XXVI, 1985, p. 252).

(59) En contra dice LACRUZ (*RDN*, XIII-XIV, 1956, p. 155) que «teniendo lugar la transmisión al consorcio a título universal, como en la sucesión hereditaria, más parece que debe equipararse a ella, y, por consiguiente, si un heredero, es decir, un sucesor universal a causa de muerte, puede ingresar en la sociedad, también debe ser esto posible relativamente a ese sucesor universal que es, a través del consorcio conyugal, el cónyuge. En todo caso, si constante matrimonio los derechos de tipo personal que concede la acción intransmisible *inter vivos* han de ser ejercitados por el cónyuge titular, esto resulta más discutible cuando el consorcio se disuelve por su fallecimiento y una u otra persona extraña ha de ser titular de las acciones. En tal caso deberían ser las acciones las que recayeran en el consorcio y fueran objeto de división, y no simplemente el *emolumentum* de las mismas».

(60) DE LA CÁMARA, *RGLJ*, 1969, pp. 282-283.

No obstante, como las acciones gananciales a nombre de uno de los cónyuges quedan sometidas, durante la vigencia del régimen de comunidad, a su particular uso y actividad, quedando a su disposición, como si fueran propias, puede pensarse si ahora, en el momento de la división y partición del caudal común, existe un derecho de atribución preferente, derivado de esa «relación anterior» de uno de los cónyuges con las acciones a su nombre. Por otra parte, hay que pensar que la división del paquete de acciones conlleva frecuentemente una pérdida de potencial económico y político que conviene evitar.

Opina Beaus Codes que «fuerza mucho el texto legal el intentar obtener tal adjudicación en bloque, y que, si el buen sentido económico no prevalece, cada una de las acciones integradas en el paquete, que no tienen entidad jurídica como universalidad, seguirá el régimen de los restantes bienes, sin que pueda alegarse tampoco por el cónyuge titular el artículo 1.406 del Código civil, para que se adjudiquen con preferencia en su haber dichas acciones, como explotación industrial que hubiera llevado con su trabajo, pues cualquiera que fuera su actuación gerencial en la sociedad al amparo del indicado paquete, no se puede ignorar la existencia de la sociedad, que es realmente la titular de la industria» (61). El criterio general, por tanto, es que el cónyuge socio no podrá ejercitar el derecho de atribución preferente del artículo 1.406 respecto de las acciones o participaciones sociales, porque en unos casos no cabe incluirlas en la liquidación de gananciales; y en los que, pudiéndose incluir, efectivamente se incluyan, o en los que necesariamente hayan de ser incluidas, «faltan razones de analogía y de equidad para poder mantener que entre en juego aquel derecho» (62).

No obstante, cree Rams Albesa que el reconocimiento o negación del derecho de atribución preferente depende más de la realidad económica subyacente tras la forma social, que de la interposición o no de esa misma sociedad. Así, en las sociedades anónimas cuando su estructura es *familiar* o están constituidas por un único socio (la masa ganancial), no hay razón de principio que impida la atribución preferente al cónyuge que se ha dedicado como profesión a su gestión (63). Pero en estos casos será frecuente que existan restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones lo que conlleva la privatividad de la condición de socio y hace innecesaria la atribución preferente. El posible ámbito del derecho de atribución preferente quedaría reducido a las sociedades cerradas, sin cláusulas estatutarias restrictivas, con acciones gananciales gestionadas profesionalmente por uno de los cónyuges (64).

Si no se acepta que la existencia de cláusulas restrictivas de la transmisibilidad conlleva la privatividad de la condición de socio, el papel del derecho de atribución preferente resulta mucho más importante.

(61) *AAMN*, XXVI, 1985, p. 249.

(62) GARRIDO DE PALMA y otros, *La disolución de la sociedad conyugal. Estudio específico de los artículos 1.406 y 1.407 del Código civil*, Reus S. A., Madrid, 1985, p. 51.

(63) *Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (régimen y naturaleza)*, «RCDI», 1985, pp. 790-791.

(64) GARRIDO DE PALMA, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, SÁNCHEZ GONZÁLEZ y VÉLEZ BUENO, entienden que el artículo 1.406.2.º del Código civil puede ser aplicable cuando nos encontramos ante un cónyuge titular de participaciones sociales dominantes de una empresa social o cuando se trata de una sociedad anónima o sociedad limitada de un solo socio, suponiendo que dichas acciones o participaciones hayan sido inclui-

En cambio, no hay duda de que los partícipes en la liquidación podrán acordar lo que estimen más conveniente para sus intereses: desde mantener la indivisión y la titularidad de uno de ellos, pasando por la atribución íntegra a uno de los partícipes, hasta la división y adjudicación de las acciones gananciales en proporción a las participaciones de los consortes.

das en la liquidación de la sociedad de gananciales, a) por la importancia que la conservación del «poder de dirección» o de «control» puede tener para la vida de la empresa misma, para el cónyuge socio e incluso para la familia; b) porque «llevar con su trabajo» puede equivaler a dirigir (*La disolución de la sociedad de gananciales*, *cit.*, pp. 51-52).

LA DIVISION DE LA VIVIENDA FAMILIAR DEJADA EN COPROPIEDAD TRAS LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES DE UN MATRIMONIO DIVORCIADO

**(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo
de fecha 22 de septiembre de 1988)**

Por EMILIO MURCIA QUINTANA

EL SUPUESTO DE AUTOS

Tras el pronunciamiento del divorcio, se adjudicó, como medida inherente al mismo, el uso de la vivienda familiar, que constante matrimonio era disfrutada como bien ganancial, a la esposa. Realizada la liquidación de la sociedad de gananciales, se adjudicó, en proindiviso, la propiedad de la vivienda a ambos cónyuges.

En la situación anterior, el marido, excluido del uso de la vivienda, interpuso demanda de Juicio Declarativo Ordinario, sobre división y resolución de copropiedad en la que termina solicitando la estimación de sus pedimentos y la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños. El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de San Sebastián, el cual admitió la demanda con todos sus pedimentos, mediante sentencia de 21 de noviembre de 1986. Contra la misma y por la representación de la esposa se interpuso recurso de apelación, tramitándose ante la Audiencia Territorial de Pamplona, que dictó sentencia el 20 de mayo de 1987 con el siguiente fallo: «Debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto en estas actuaciones por la representación procesal de la apelante demandada... contra sentencia, dictada en primer grado en los mismos por el Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián número 1, de fecha 21 de noviembre de 1986, la que debemos revocar y revocamos y en su lugar debemos desestimar y desestimamos la demanda iniciadora del proceso e interpuesta por el demandante... frente a aquélla, sobre división de la “vivienda y ajuar familiar”, adjudicado en proindiviso a los mismos, como consecuencia de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, y de cuya demanda debemos absolver y absolvemos a la esposa.»

Contra la misma se interpuso recurso de casación por la representación procesal del marido invocando la infracción: 1) artículos 1.320 a 1.410 en relación a los artículos 1.051 a 1.067 del Código Civil, por haber entendido la Audiencia

que la liquidación de la sociedad de gananciales se consumó con la adjudicación en proindiviso de la vivienda familiar a los esposos; 2) infracción del artículo 96.3 por entender la parte recurrente que la protección al más necesitado no puede convertirse en una especie de servidumbre y por un plazo indefinido; 3) artículos 96.4 y 1.320 del Código Civil por haber entendido la sentencia de la Audiencia Territorial que la autorización necesaria para poder disponer de la vivienda conyugal debe correr a cargo del juez que acordó el otorgamiento del uso de la vivienda conyugal en favor de la esposa. El Tribunal Supremo acoge el Recurso de Casación, casando la sentencia de la Audiencia, confirmando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Delinea el Tribunal Supremo al analizar el supuesto que se le plantea con este Recurso de Casación, el sistema de protección que el legislador ha establecido respecto a ese elemento esencial, que es la vivienda conyugal, realizándolo de tal modo que viene a colocar a la misma altura la protección que se otorga a la vivienda constante matrimonio con los criterios de atribución del uso de la misma en las patologías matrimoniales.

a) *La argumentación del Tribunal Supremo*

Contenida en el Tercer Fundamento de Derecho, el Tribunal, para dar acogida al Recurso de Casación, se pronuncia en el siguiente sentido: «Nuestro Derecho ve con disfavor la obligación de permanecer en la indivisión (arts. 400 y 1.051 del Cc.) y, en el pleito, no se discute que la disolución del matrimonio genera la disolución de la sociedad de gananciales (art. 1.392). En consecuencia, no debe favorecerse que la comunidad consorcial se perpetúe después en una comunidad romana por cuotas. La sentencia de instancia basa la desestimación en que el Juez de Familia usó las facultades que el artículo 96 le proporcionaba para proteger el interés más necesitado y atribuyó el uso de la vivienda a la mujer y, por tanto, es precisa su autorización para enajenarla. Tal tesis no puede consolidarse por cuanto siendo cierta la preocupación del legislador por proteger la vivienda familiar y los intereses más necesitados, tal preocupación se traduce en que, constante matrimonio, si el piso es común sólo con el concurso de ambas voluntades se puede transmitir (art. 1.377) y si el piso es privativo puede acudir, a falta de acuerdo, a la autorización judicial (art. 1.320.2); en situación de crisis matrimonial (nulidad, separación o divorcio), llegada la sentencia firme, el artículo 96 establece como criterios: el acuerdo aprobado por el juez; en defecto de acuerdo, la atribución al cónyuge con quien permanezcan los hijos, pero cuando no existe ni acuerdo ni hijos que vivan en compañía de uno de los padres, hay que volver a distinguir entre piso común y piso privativo de uno de los esposos. Respecto al piso común no establece el legislador ninguna restricción del poder de disposición y con relación al privativo, permite que se adjudique el uso durante tiempo que prudencialmente se fije, al más necesitado. En consecuencia, no siendo el piso privativo, no habiéndose fijado plazo prudente de duración del uso y no

permitiendo nuestro derecho la perpetuación de la indivisión procede dar lugar al recurso por infringir la sentencia recurrida los artículos 400, 1.051, 1.392 y 1.396 del Código Civil.»

Toda la argumentación del Tribunal Supremo, para su mejor comprensión y análisis, puede ser dividida en tres grupos de afirmaciones:

a) Respecto del Juez de Familia: La aseveración del Tribunal viene a decirnos que el Juez de Familia no es el competente para otorgar la autorización de venta del piso cuyo uso se atribuyó en la sentencia de divorcio. El porqué de esta afirmación no aparece claro en la fundamentación jurídica de la sentencia, pero buceando en lo intrincado del razonamiento se encuentra que es debido a que la propiedad del piso es un proindiviso, y este supuesto no ha sido contemplado por el legislador.

b) Respecto de la vivienda constante matrimonio: a) ... Si el piso es común sólo con el concurso de ambas voluntades se puede transmitir (art. 1.377); b) ... si el piso es privativo, puede acudirse, a falta de acuerdo, a la autorización judicial (art. 1.320.2).

c) Respecto a la vivienda en situaciones de crisis: «El artículo 96 establece como criterios: a) el acuerdo aprobado por el juez; b) a falta de acuerdo la atribución al cónyuge con quien queden los hijos; c) si no hay acuerdo ni hijos, hay que diferenciar entre piso común y piso privativo, respecto del común el legislador no establece ninguna restricción del poder de disposición y con relación al privativo permite que se adjudique el uso durante el tiempo que prudencialmente se fije.»

Como puede observarse, dejando por ahora a un lado la afirmación referente al Juez de Familia, existe una falta de sintonía entre los dos grupos que atienen a la vivienda familiar. El primero habla de la necesidad de acuerdo entre los cónyuges para enajenar la vivienda familiar, prescripción que establece el legislador correlativa al deber matrimonial de fijar conjuntamente, los cónyuges, el domicilio conyugal (art. 70). Por tanto, nos encontramos ante una doble protección, se defiende ese acuerdo, y, por otro lado, comporta la preservación de todo un sistema directivo del régimen económico matrimonial (art. 1.375), amén de salvaguardar el importante, a veces único, elemento económico que representa la vivienda en la familia española media.

En el segundo de los grupos, la protección de la norma cambia su centro de intereses, ya no se va a referir al acuerdo o al sistema directivo o a un puro elemento económico, sino que alude directamente a las personas, tanto de los hijos, como de los cónyuges. Esta protección la podemos articular en un triple sentido: a) protección inmediata, atribuyendo la permanencia en el hogar familiar, exconyugal, de uno o varios de los miembros de la familia, respecto de los cuales es predicable la condición de más necesitados. Ello implica que la vivienda sirve a un uso especial, a un destino funcional; b) protección preventiva, enunciada en el párrafo cuarto del artículo 96, que no implica ya una directa protección tanto de la persona atributaria, así como del derecho atribuido mediante la sentencia; c) protección máxima, el legislador ha establecido el supuesto de mayor riesgo, que la vivienda pertenezca a uno solo de los cónyuges, quedando por debajo de esa protección cualquier otra situación.

Es, pues, observable de forma meridiana, la importancia que el legislador otorga a la función tuitiva en su doble consideración. Lo que realiza el Tribunal Supre-

mo es una elección entre la protección establecida por el legislador para las delicadísimas situaciones de ruptura de la *afectio maritalis* seguidas de sentencia judicial y el ajejo espíritu de la comunidad romana por cuotas, inclinándose a través de una sofisticada interpretación por la supremacía de esta última institución, mediante la utilización, sin una explicación, de un criterio literal de interpretación, el cual entiendo que es insuficiente a la hora de interpretar este precepto, dada su defectuosa redacción y las lagunas que presenta.

La desconexión es mucho más clara, centrándonos en el meollo de la decisión judicial, cuando habla de la distinción que tenemos que realizar cuando no existen hijos ni hay acuerdo de las partes y, sobre todo, el razonamiento es incompleto: ¿qué tiene que ver que el legislador no haya dicho nada respecto de la disposición del piso común, con que respecto del privativo se diga que su uso se otorgará prudencialmente en su duración temporal? Es una unión que no encaja perfectamente, de la que entiendo que no puede extraerse la consecuencia que trae el Tribunal Supremo, pues, si bien es cierto, literalmente, que el legislador no habla de titularidades compartidas, no sólo no lo hace a la hora de la disposición, sino que no lo alude nunca, ni siquiera para atribuir la vivienda, con lo que sería imposible que se otorgara a un cónyuge el uso de la misma, e incluso, *obiter dicta*, si en algún supuesto se atribuyese este tipo de vivienda, ¿por qué le iba a afectar la limitación prudencial de tiempo que sólo viene referida a las viviendas de titularidad privativa? A mayor abundamiento, la interpretación realizada, interpretación restrictiva, ha sido ya rechazada por nuestro Tribunal Constitucional, en su sentencia número 135/86, de 31 de octubre, al establecer «que en buena interpretación no puede alterarse unilateralmente la disponibilidad posesoria de la vivienda y que el consentimiento de ambos cónyuges convierte el interés en derecho *ope legis* o, lo que es lo mismo, que los dos cónyuges ostentan y tienen atribuido el derecho que el contrato de arrendamiento configura».

En otro orden de ideas, la sentencia juega con dos momentos temporales diversos. Está aplicando una normativa destinada a regular una situación dada en un momento concreto, cual es la titularidad a la hora de dictar sentencia de divorcio o separación, para establecer la aplicable a una diferente, como es la creada, tras la liquidación del régimen económico matrimonial, que bien traída hubiese estado si se hubiera extraído el espíritu que encarna, la protección que comporta.

La consecuencia de todo lo anterior, de tener incluido en el artículo 96 también las situaciones de copropiedad, es que lo que debe confirmarse es la tesis mantenida por la Audiencia Territorial, de la necesidad de autorización del juez que dictó el divorcio, en armonía con lo dispuesto en el Real Decreto 1.322/81, de 3 de julio, de creación de determinados Juzgados de Familia, en cuyo artículo 1.2 se dispone: «Los nuevos Juzgados de Primera Instancia conocerán de forma exclusiva, por vía de reparto de las actuaciones judiciales previstas en los títulos IV y VII del Libro I del Código Civil, así como de aquellas otras cuestiones, que en materia de Derecho de Familia, le sean atribuidas por las Leyes.» Es importante este último inciso, pues mediante la aplicación de la argumentación que realiza la sentencia del Tribunal Supremo, no sólo entiendo que se vulnera el artículo 96, sino que se puede terminar destruyendo la protección que entraña el artículo 1.320, precepto que tampoco hace referencia a las situaciones de copropiedad, explícita, claro está, pero sí se refiere a la necesidad de autorización

judicial para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, a falta de consenso entre los dos cónyuges. Evidentemente, la protección de las situaciones de copropiedad también se encuentra ahí, y para ellas también es necesaria la autorización judicial, pero no de un órgano judicial cualquiera, sino que a la vista del artículo del Real Decreto citado, es competencia exclusiva de los Juzgados de Familia. Si no lo entendemos en este sentido y aplicásemos, como dijo la argumentación del Tribunal Supremo, cualquier cónyuge en situación de copropiedad, independientemente del régimen económico por el que se regule su matrimonio, podría entablar una acción de división de cosa común.

LAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA

Una vez vista la argumentación de la sentencia, procede en mi modesto entender, realizar un somero análisis de las posibles consecuencias a las que en el terreno práctico puede dar lugar la misma. No obstante, un estudio completo de las mismas debe llevarnos primero al estudio del derecho que se atribuye con la designación de uno de los cónyuges como usuario de la vivienda (1), así como la posición de la jurisprudencia.

a) *Las posiciones doctrinales y la atribución del uso*

Los posicionamientos doctrinales en nuestro país no son pacíficos, pudiéndose diferenciar dos grandes grupos: aquellos que propugnan una naturaleza real y los que, por el contrario, muestran una tendencia a calificarlos como de derecho familiar y en oposición a la calificación de reales.

1. Posturas que lo califican como derecho real

Como nota común a esta postura, que tampoco es pacífica en sus calificaciones acerca de qué derecho real se trata, es la de considerarlo como un derecho autónomo, independiente y nuevo, surgido de la necesidad de dotar de un sustento jurídico a la posición del cónyuge que antes habitaba la vivienda, en función del deber de convivencia nacido del matrimonio. La justificación de esta postura se encuentra en que el cónyuge titular del derecho tiene un poder inmediato y absoluto sobre la cosa, con un señorío sobre la misma que es parcial, pues sólo le concede la facultad de aprovechamiento de la misma (2), o, como dice otro autor (3), el título que le otorga la sentencia es: 1) un poder jurídico; 2) recae

(1) Me voy a limitar a los supuestos de vivienda en propiedad, para ver el estado de la doctrina en torno a la situación de vivienda en arrendamiento puede consultarse el trabajo de la profesora PILAR BENAVENTE MOREDA, en «ADC», 1988, pp. 850 y ss.

(2) O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, *El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, «Actualidad Civil», núm. 19, 1986, p. 1333.

(3) ISAC AGUILAR, ANTONIO, *Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y el divorcio: el uso de la vivienda conyugal*, «RCDI», 1986, pp. 1730-31.

directamente sobre una cosa ajena; 3) es inmediato en ella, sin necesidad de intermediarios; 4) es oponible frente a todos.

Fuera de estas notas comunes, en unos más explícitas y que en otros hemos de entenderlas implícitas al calificar de derecho real la atribución, surgen las divergencias a la hora de la calificación, lo que, lógicamente, conlleva diferencias en la estructura y facultades que tiene el titular del derecho. Así encontramos posturas que abogan por un derecho real nuevo, aunque subsumible y análogo al derecho real de habitación (4), los que lo consideran directamente como un derecho de habitación (5), otro autor lo califica de derecho real de uso (6), y, finalmente, hay autores que no terminan de decantarse por una figura determinada (7).

La consecuencia más importante, que ha de ser común a todas las posturas, es la facilidad de defensa del derecho frente a terceros, al tener la posibilidad de una clara inscripción registral, habilitándose de esta manera el medio idóneo para la enervación de la buena fe de un posible adquirente.

Dentro de estas posturas, tanto el profesor O'Callaghan, como el profesor Rams, entiende que la misma situación se produciría si la vivienda se encuentra en un proindiviso, llegando más lejos el segundo autor al entender que «el gravamen real sobre la mitad impediría que el otro condueño pueda solicitar la división» (8).

2. Posturas que no defiende la naturaleza real

Dentro de esta postura, amplio cajón de sastre, hemos de establecer subdivisiones, pues no todos comparten la misma calificación.

1. Aquellos que coinciden que estamos ante un derecho de naturaleza familiar, lo que a efectos prácticos se cifra en que el titular del derecho sólo tiene la posesión de la vivienda (9).

(4) O'CALLAGHAN, ISAC AGUILAR, *op. cit.*

(5) LUNA SERRANO, AGUSTÍN, *El nuevo régimen de la familia*, vol. I, «Matrimonio y Divorcio», p. 358: «El derecho... considerarse como un derecho de habitación temporal no vitalicio constituido con arreglo a la Ley por decisión judicial y en cualquier caso el cónyuge no titular a quien se otorgue el uso de la vivienda tendrá la cualidad de poseedor especial con título legítimo, basado en la decisión judicial emanada en aplicación de este precepto...»

(6) RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, p. 110: «A mi juicio, este derecho real no es atípico... sino un verdadero y propio derecho real de uso...» Es de señalar que este autor diferencia el derecho atribuido según nos encontremos en la atribución en el párrafo primero del artículo 96 o en su párrafo tercero, atribución sin hijos, para el cual lo califica como un *usus domus habitandi causa*, por su carácter de derecho personal, temporal —más bien provisional— y provisionalísimo en la contemplación del concesionario», p. 117 de la misma obra.

(7) FOSAR BENLLOCH, ENRIQUE, *Estudios de derecho de familia*, tomo II, vol. I, p. 365: «... cabe que se le transfiera la copropiedad... un usufructo temporal... un usufructo vitalicio... Teóricamente es título apto el derecho de habitación perfilado en los artículos 525 y siguientes del Código Civil... es inapto el comodato de dichos bienes y asimismo el precario».

(8) *Op. cit.*, p. 1334, y *op. cit.*, p. 111.

(9) ROCA TRÍAS, ENCARNA, *Comentarios a la reforma del derecho de familia*, vol. I, p. 612: «... naturaleza estrictamente familiar del derecho en cuestión, que va

2. Postura que no sólo niega la naturaleza de derecho real, sino también la de derecho personal entendiendo que se trata de una mera facultad (10).

3. Autores que no califican tal atribución (11).

La consecuencia última, en aras de protección del titular, es que debido a su no naturaleza real, no cabe su acceso en el Registro de la Propiedad, al impe-

ligado a las condiciones económicas de los cónyuges, el cuidado de la prole... existe, pues, una real coposesión, en el sentido de que posee más de una persona la misma cosa, aunque se trate de algo cuya titularidad exclusiva corresponda a uno de los cónyuges. Se trata de una situación no prevista en el artículo 445 del Código Civil, por cuanto se trata de una comunidad familiar básica la que de hecho, ambos cónyuges, poseen tanto el inmueble destinado a vivienda familiar... ello no significa en absoluto la creación de un derecho nuevo (real o de crédito) en favor de los hijos o del cónyuge no titular... lo que ocurre es más simple: se elimina la situación de posesión compartida para pasar a una posesión exclusiva por aquel a quien se ha atribuido el derecho a usar la vivienda...». VICENTE DÍAZ, MATILDE, *Actualidad Civil*, núm. 5, 1988: «Cuestiones sustantivas y procesales de los bienes gananciales en la crisis matrimonial», p. 270: «El artículo 96 produce un nuevo derecho: no lo es a favor de ninguno de los cónyuges, sino a favor de la familia o de los hijos y, por tanto, en perjuicio de los dos cónyuges, aun cuando uno de ellos pueda aprovecharse de ello... No creo que sea un derecho real y, por tanto, que sea inscribible en perjuicio de tercero... Es un derecho transitorio, temporal y revisable, propio de todo derecho de tutela o protección...» VENTOSO ESCRIBANO, ALFONSO, *Algunos problemas registrales y notariales en las situaciones de conflicto del matrimonio*, p. 135: «Probablemente estemos ante una figura atípica de naturaleza familiar que en cierto modo está inspirada en la idea que motivó el artículo 1.320 e incluso podríamos encontrar alguna relación con la propia Constitución.» No obstante, este autor entiende que si debe poder inscribirse en el Registro este derecho de uso, aunque reconoce que la normativa hipotecaria no da unas pautas claras, p. 138; GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, JUAN L. en la obra colectiva *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, p. 149: «Creo que el derecho de ocupación es, como señalan la mayoría de los autores, un derecho familiar y que se traduce en una posesión de la vivienda familiar por el adjudicatario del uso del hogar familiar y en una limitación: la indisponibilidad de los derechos de un esposo por voluntad unilateral.»

(10) SERRANO ALONSO, EDUARDO, *El hogar y el ajuar de la familia en crisis matrimoniales*, pp. 107-8, «... el cónyuge a quien se concede la ocupación no adquiere sobre la vivienda más derechos que los que pudiera tener antes de la adjudicación, de forma que, si ningún derecho, real o personal, tenía antes de la adjudicación de la ocupación, ésta nada nuevo le atribuye, salvo el continuar utilizando la vivienda. Pero ocupar la vivienda no es un derecho ni de naturaleza personal ni real; ... éste adquiere no un derecho sobre la vivienda, sino la simple facultad de ocuparla durante el tiempo y en las condiciones que por el Convenio con el otro cónyuge o por la resolución judicial se le hubiesen establecido».

(11) SANTOS BRIZ, JAIME, *El hogar y el ajuar...* p. 252: «Si la vivienda es atribuida en uso al cónyuge no titular de ella, se tratará o constituirá un título judicial de uso, que no puede asimilarse a los títulos jurídicos preexistentes o reconocidos en las leyes.» GARCÍA CANTERO, GABRIEL, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo II, 2.ª ed., p. 410: «... la sentencia judicial perfecciona un contrato forzoso y atípico cuya naturaleza y efectos se hallan estrechamente vinculados a los hechos que le han dado origen. Si la vivienda es propiedad del otro cónyuge, el juez podrá decretar un especialísimo contrato de arrendamiento no sujeto al régimen especial arrendaticio, o constituir un derecho real de habitación condicionado en su duración... o crear un derecho de uso gratuito con minuciosa reglamentación de su duración y régimen jurídico». CAMY CAÑETE, BUENAVENTURA, *Protección legal de la vivienda familiar*, «RCDI», 1988, p. 1609: «El legislador, al utilizar el término "uso", no lo hace en el sentido de denominación de un derecho, y menos del derecho real de uso que, al referirse sólo a inmuebles fructíferos, se aplica únicamente a las fincas

dirlo el artículo 5 de la Ley Hipotecaria, por lo que su defensa habrá de cifrarse, en todo caso, por las vías posesorias, o bien ejercitando la acción de anulabilidad.

Respecto del problema de la cotitularidad, en esta corriente doctrinal la profesora Roca Trías entiende que se habrán de aplicar iguales normas (12).

b) *La posición de la jurisprudencia*

La jurisprudencia de las Audiencias ha sido escasa a la hora de tratar en profundidad el problema de la vivienda en las crisis matrimoniales, y, dentro de esa tónica, aún se ha estudiado menos el derecho que se atribuye al adjudicar el uso a uno de los cónyuges. Con lo que reseñaré algunas de las pocas sentencias que se han ocupado de la cuestión.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de San Feliú de Llobregat, número 1, de 29 de febrero de 1984: «... siendo indiferente el título en virtud del cual se posea el inmueble, dominio, usufructo, arrendamiento, etc., ya que lo que se asigna es el uso, permaneciendo inmutable la titularidad con sus cargas, derechos y obligaciones... se trata de otorgar una posesión judicial que constituya título especial derivado de lo dispuesto en el artículo 96».

Sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao, de 24 de febrero de 1983: «... a) si la vivienda se atribuye al demandante en pago de su haber, devendría este propietario de la misma con el gravamen del derecho posesorio atribuido a su exesposa...».

Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, de 3 de abril de 1987: «... tal atribución no puede afectar a los derechos dominicales de la propietaria del piso, afección que se impone en la sentencia... sus derechos dominicales no pueden verse afectados, ya que una cosa es el derecho personal de uso de la vivienda familiar al cónyuge e hijos del artículo 96, y otra muy distinta el derecho real de uso del artículo 523 del Código Civil o las prohibiciones de disponer del artículo 26 de la Ley Hipotecaria...».

c) *Las consecuencias de la sentencia*

Si aceptamos la premisa a la que llega la sentencia, es decir, la posibilidad de la división de la casa cuya titularidad es un proindiviso, una cuestión nos surge rápidamente en el pensamiento: ¿en qué situación queda la persona atributaria del derecho concedido por la sentencia de divorcio?, ¿qué sucede con el meritado derecho de usar la vivienda? Las posibilidades respecto del derecho atribuidos son dos y bien simples: o bien permanece, o bien debe desaparecer. Parece evidente que con el fallo del Tribunal Supremo, este derecho debe permanecer,

rústicas y, a lo sumo y en raros supuestos, a los edificios y empresas industriales... Con esa genérica referencia se ha tratado de conseguir que el cónyuge conserve, o al que se le atribuya, "la facultad de usar", la tenga en todo caso y en todas las situaciones posibles, siempre en atención a cuál sea el derecho que tenga sobre la vivienda el cónyuge titular de ella, que va a ser privado de aquella facultad de uso...»

(12) *Op. cit.*

pues el Alto Tribunal no se pronuncia sobre ello, cuestión harto lógica, pues de haberlo hecho hubiese caído la sentencia en el defecto de la incongruencia, ya que no se le había solicitado que se pronunciara sobre ese respecto, y, en segundo lugar, el Tribunal, en el supuesto de que le hubiese solicitado, hubiera tenido que declararse incompetente por razón de la materia. Vista de esta forma la cuestión, de una manera de pura técnica jurídica, la solución es excesivamente clara, y realmente no se resolvería el problema que se planteará en la práctica con la ejecución de la sentencia: ¿será oponible al adquirente del inmueble el derecho conferido en la sentencia de divorcio? Este adquirente en el plano de las posibilidades pueden serlo tres personas: la propia mujer, atributaria del derecho de usar la vivienda, el marido, instante de la acción de división, y un tercero.

En el primero de los supuestos, el problema no se plantearía, pues en la esposa se confundirían las facultades de uso y disfrute y el título dominical sobre el total de la vivienda; en el segundo, el problema tampoco surgiría, pues si el marido adquiere la vivienda, frente a él sí operaría el derecho atribuido en la sentencia de divorcio, pues a él es a quien se excluyó del uso de la vivienda; el problema surge cuando el adquirente de la vivienda sea un tercero que por supuesto no se encuentra afectado por el pronunciamiento de la sentencia de divorcio.

Si la esposa pidió la inscripción de la sentencia de divorcio en el Registro de la Propiedad, ex Disposición Adicional 9.ª de la Ley 30/81, de 7 de julio, el problema de su oposición a este tercero no se plantea, ya que en las bases de la subasta aparecería que la vivienda tiene una carga, teniendo que estar y pasar el adquirente por la publicidad del Registro.

La anterior solución, si atendemos a las posturas doctrinales, sólo sería válida si seguimos la calificación del derecho real, pues la postura contraria, por lo dicho anteriormente, tendría vetada su entrada en el Registro. Pero, ¿varía la solución, de calificarlo de una forma u otra, en este supuesto y en estas circunstancias? Realmente no, pues la venta no se produce a espaldas del titular del derecho, ni mucho menos en fraude sus intereses, sino que se va a producir en un proceso en el que ha sido parte y sus posturas no han sido aceptadas por el Tribunal.

Problema real lo habrá, pues, si la sentencia de divorcio no se inscribió en el Registro de la Propiedad. Una solución eminentemente práctica, sería que antes que se solicitase del Registro certificación para las bases de la subasta pública, se requiriese del Juzgado que conoció del divorcio que se inscribiera en el Registro la sentencia de divorcio, por lo que al quedar manifestado el derecho atribuido, el tercero tendría que pasar por él. (Posible esto, se plantearía en el supuesto de adquisición de la vivienda por el tercero otro problema que voy a dejar simplemente enunciado: ¿tendría alguna posibilidad el adquirente de ver libre su propiedad antes de la muerte del atributario?; teniendo en cuenta que él no se encuentra legitimado para solicitar la modificación de las medidas del divorcio, ¿tiene a su alcance algún medio para conseguir, una vez que se vean alteradas las circunstancias que provocaron la atribución, que el no atributario inste la modificación de las medidas?)

Analizado lo anterior, hemos de ver el problema teniendo en cuenta que no se produzca la inscripción en el Registro de la Propiedad. ¿Que situación se nos plantea? El derecho de uso atribuido en la sentencia, si bien es independiente

de la titularidad que recaiga sobre la vivienda, sí necesita apoyarse en él para poder ser mantenido con posterioridad. La sentencia que analizamos, al dar la posibilidad de la pública subasta, ha puesto las bases para que el título sobre el que se sentaba ese derecho de uso desaparezca, con lo que difícilmente podría el titular del derecho de uso oponerse a una acción de desahucio por precario, burlándose en ese sentido la especial función protectora del artículo 96, en los órdenes anteriormente enunciados. Por otro lado, es de señalar que, mediante el ejercicio de una acción completamente diversa, mediante un procedimiento diferente en su totalidad y amparado en una sentencia de un tribunal superior, se ve vulnerada la cosa juzgada, amén de producirse por la vía de hecho una modificación de las medidas reguladoras de la nueva situación de los cónyuges, por un procedimiento no establecido al efecto.

Parece, pues, conveniente la necesidad de buscar una solución para el desamparo que se produciría, y ésta no es otra que la de considerar la atribución de la vivienda como un pago *in natura* de la pensión por desequilibrio económico, con lo que debido a este carácter y, aun en el supuesto de no haberse declarado explícitamente la existencia de la pensión en la sentencia, se podría solicitar del Juez de Familia una modificación de las medidas adoptadas en la sentencia sustituyendo ese pago *in natura*, bien por un pago en metálico que fuera suficiente para conseguir otra vivienda o bien el abono del alquiler de una vivienda.

¿Es ésta la única solución o acaso dentro del procedimiento se hubieran encontrado otros factores que posibilitan una solución más equitativa? En este aspecto puede traerse a colación la tesis mantenida por el *Tribunale di Roma*, en su sentencia de 4 de abril de 1985, la cual, no en un supuesto contencioso, sino en una separación homologada, donde se cedió el uso de la vivienda a uno de los cónyuges, quedando la titularidad en situación de indivisión, niega la viabilidad de la acción de división por entender que en aquel acuerdo existía un pacto tácito de no pedir, y considera que la demanda va dirigida indirectamente en la hipótesis de división *in natura* a alterar, reducir o perjudicar *il diritto di godimento* del usuario.

¿Son trasladables los argumentos? Entiendo que, efectivamente, lo son. En la liquidación de la sociedad legal de gananciales, cualquiera de los cónyuges tiene la posibilidad, en virtud de la remisión que hace el artículo 1.410 del Código Civil, de solicitar la venta en pública subasta de los bienes, cosa que ninguno de ellos solicitó, conformándose con el surgimiento de una comunidad romana, y es ahí donde puede verse ese pacto tácito de no pedir que aparece en la tesis italiana, pues si no, ¿por qué no solicitó la venta en pública subasta, si no quería la indivisión? No obstante, esta solución únicamente vendría a resolver parte del problema, la situación de la mujer. Habrá de atenderse también a los derechos del otro excónyuge, subsanando de esta forma, igualmente, el defecto de la sentencia de divorcio al no fijar un plazo para el uso de la vivienda, como debería haber hecho en virtud del artículo 96.3 del Código Civil. Así, ese pacto de no pedir se limitaría al plazo de indivisión que permite el artículo 400.2 del Código Civil, es decir, diez años, tras los cuales se procedería a la venta del bien.

II. Sentencias

A cargo de: A. CABANILLAS SANCHEZ
J. A. COBACHO GOMEZ
G. GARCIA CANTERO
R. GAYA SICILIA
I. GONZALEZ PANOWSKA
F. LLEDÓ YAGÜE
E. SERNA MEROÑO

Coordinador: A. CABANILLAS SANCHEZ

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Eficacia temporal de los Reales Decretos-leyes 3/78, de 4 de enero: 48/78, de 26 de diciembre: 21/79, de 29 de diciembre y 15/80, de 12 de diciembre.—Si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala, en sentencia de 24 de mayo de 1982, ha resultado que alentando en los Decretos-leyes citados una evidente orientación de carácter social, en la que con finalidades de estricta política económica la de mitigar en lo posible la inflación monetaria, se imponen restricciones a la libertad de contratación privada, lo que exige que su interpretación se opere con criterios restrictivos, también lo es que, dados los claros términos en que se expresan los aludidos Decretos-leyes, no cabe duda que una interpretación racional de los mismos nos lleva a la conclusión, a la que llega la Sala de Instancia, de que en ellos se contempla una clara limitación cuantitativa a la elevación de la renta, que no debe agotar sus efectos en el período en ellos señalado, sino que alcanza un carácter permanente, sin que quepa, en modo alguno, una vez transcurrido el plazo de su vigencia, completar la revisión hacia el futuro con las cantidades que, de no haberse dictado tales Decretos, hubieran correspondido en concepto de elevación de renta.

Revisión retroactiva de los índices aplicables para la actualización de la renta.—A las mismas conclusiones habremos de llegar tras el examen del Real Decreto-ley 15/80, de 26 de diciembre, que no alude siquiera a la posibilidad de que ese índice sea a su vez retroactivamente revisado, con aplicación de los módulos que no pudieron serlo por efecto de los Decretos limitadores; revisión ésta que

para su aplicabilidad, debería haber sido expresamente contemplada en la norma y que, al no serlo, no puede ser tenida en consideración, lo que equivaldría a dejar sin efecto los referidos Decretos limitadores.

Limitación de la autonomía de la voluntad.—Si bien es cierto que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes y deben ser cumplidas a tenor de los mismos, ello lo es cuando no sucede lo acaecido en el supuesto que nos ocupa en que unas normas obligatorias, los Reales Decretos-leyes aludidos, limitan la autonomía de la voluntad de las partes, estableciendo unos mecanismos especiales para llevar a cabo la revisión de las rentas que, por razones de carácter económico, mitigan la cuantía de los aumentos que en otro caso y en virtud de ellas pudieran haberse producido. (STS de 26 de mayo de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—El recurso contempla un supuesto de aplicación de cláusula revisora de renta en arrendamiento de local de negocio. En la cláusula se estipulaba que la elevación por parte de la empresa explotadora del cine del precio de las entradas comportaría automática e inmediatamente el aumento en la misma proporción de la renta debida a la propiedad. Con fecha de 8 de noviembre de 1979 la arrendataria —que había elevado el precio de la butaca de cine— se opone a la demanda de la propiedad en el sentido de elevar la renta de acuerdo con lo pactado entendiendo que los Reales Decretos-leyes 3 y 48 de 1978, de 4 de enero y 26 de diciembre, respectivamente, limitan esta subida y reconviene solicitando la nulidad de la cláusula de revisión. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de la propiedad. La Audiencia Territorial revocó la sentencia del Juzgado desestimando demanda y reconvenición. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (R.G.S.)

2. Irretroactividad de la Ley de 26 de diciembre de 1980, introductora del artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil.—Es evidente que careciendo la Ley de reforma mencionada de efecto retroactivo expreso ha de aplicarse el artículo 2, párrafo 3, del Código civil que niega efecto retroactivo a las leyes. La Ley de 26 de diciembre de 1980, se publicó en el «Boletín Oficial del Estado» de 10 de enero de 1981 y comenzó a regir el 31 de enero siguiente y desde esta fecha rectamente la sentencia, recurrida ordena el pago de intereses de la suma a que fue condenada la parte demandada ahora recurrente, intereses cuya cuantía no se discute. Con tal pronunciamiento no se infringe la retroactividad de la reforma procesal expresada de 1980, como así lo reconoció ya la sentencia de esta Sala de 22 de abril de 1982 y otras posteriores; de las que se deduce que de conformidad con el texto legal cuando hubo una primera sentencia condenatoria, una segunda dictada en apelación revocatoria, pero por último otra de casación confirmatoria en todas sus partes de la de primera instancia, ha de atenerse el devengo de intereses en primer lugar desde el comienzo de la vigencia de la aludida reforma al tipo del interés legal del ocho por ciento incrementado en dos puntos, según los cálculos no impugnados en este recurso que hace la sentencia recurrida, y sin que a ello obste que fuera revocada la sentencia de primera instancia por la de apelación, en cuanto hubo condena en primera instancia al pago de una cantidad líquida y la Ley prevé este supuesto y faculta al Tribunal

para resolver conforme a su prudente arbitrio en el caso de revocación parcial y mucho más, por consiguiente, cuando hubo en casación una confirmación total de la sentencia de la primera instancia; habiendo, por tanto, de entenderse aplicable el interés legal del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no desde la fecha de dicha primera sentencia, sino desde el 31 de enero de 1981 en que empezó a regir la reforma operada por Ley de 26 de diciembre de 1980, y no tampoco desde la fecha de la sentencia del Tribunal Supremo que casó la recurrida, porque ésta confirmó en todas sus partes la recaída en primera instancia. (STS de 30 de mayo de 1988, no ha lugar)

HECHOS.—En enero de 1979 Juzgado de Primera Instancia dictaba sentencia condenatoria al pago de cantidad líquida. La sentencia fue apelada revocándose por la Audiencia Territorial en marzo de 1981. Con fecha de 27 de marzo de 1983 el Tribunal Supremo confirmaría en todos sus extremos la sentencia del Juzgado. Paralelamente se interponía demanda incidental impugnando la tasación de costas en la ejecución de la sentencia dictada. El Juzgado de Primera Instancia declaró procedente la tasación de costas y la liquidación de los intereses de demora desde el 27 de marzo de 1983 (fecha de la sentencia de casación). El auto fue apelado y la Audiencia retrotrajo el cálculo de los intereses al 31 de enero de 1981 (fecha de entrada en vigor de la Ley de 26 de diciembre de 1980, introductora del art. 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El recurrente en casación denunciaba la errónea interpretación del artículo 2.3 del Código civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que establecía la irretroactividad del artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Supremo declara no haber lugar al recurso. (R.G.S.)

3. Prescripción extraordinaria.—La finalidad primaria del instituto de la prescripción adquisitiva o usucapón no es otra que legitimar, por razones de simple seguridad jurídica la posesión como simple hecho, convirtiéndola en dominio, siempre que aquella mera apariencia externa de propiedad sea pública y pacíficamente reconocida por los demás, asiste únicamente el poseedor exclusivo frente a quienes no ostentan idéntica cualidad, ya que en otro caso cualquiera de ellos podría oponer a los demás un análogo derecho de prescripción sobre el bien por ellos poseído, derecho que por ser del mismo rango haría inútil al que se le opusiera. Podríamos incluso llegar a la disparatada conclusión de que si el padre hubiera poseído como de su propiedad un bien inmueble por el tiempo suficiente para adquirirlo por usucapón y ello aunque el dominio no se hubiera adquirido por tal institución prescriptiva, sino por cualquier otro mecanismo pacífico, todos y cualesquiera de sus futuros herederos y desde luego aquel a quien por cualquier mecanismo fuera a pasar la simple posesión de la finca podría alegar su dominio sobre ella adquirido por un medio distinto al que legitimaría la propiedad que se entiende que se la transmite hereditariamente, y ello frente a los demás coherederos, todos y cada uno de los cuales podrían oponer en su favor la existencia de una usucapón completado por el causante común. (STS de 17 de mayo de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—Que la autora recurrente aduce haber adquirido la totalidad de los bienes de la herencia; es decir, el caserío con todas sus perte-

nencias, en virtud de prescripción extraordinaria, ya que poseyó el caserío citado por más de 30 años en concepto de dueña y de forma pública y no interrumpida. (F.L.L.Y.)

2. DERECHO DE LA PERSONA

4. Residencia legal y continuada de un extranjero en España a efectos de adquisición de la nacionalidad española.—De los dos requisitos que la residencia en España ha de reunir (ser legal y continuada) para viabilizar la posibilidad de adquisición de la nacionalidad española al amparo del artículo 22 del Código civil, a partir de la nueva redacción dada al mismo por la Ley 51/1982, de 13 de julio, el primero de ellos entraña, como acertadamente entiende la sentencia recurrida, y aquí no se cuestiona, que no basta, al objeto indicado, cualquier estancia o permanencia en territorio español, aunque sea legal (la de los miembros del servicio diplomático o consular de una nación extranjera, o de los miembros de fuerzas extranjeras destacadas en España, o de extranjeros con pasaporte debidamente visado, etc.), sino que ha de tratarse de «residencia legal», entendiéndose por tal únicamente la que se encuentra amparada por el correspondiente permiso de permanencia o autorización de residencia, obtenida conforme al Decreto 522/1974, de 14 de febrero, si el período de tiempo a computar transcurrió antes de la entrada en vigor de la Ley 7/1985, de 1 de julio, o por el permiso de residencia que regula el artículo 13 de esta última, si el referido tiempo se desarrolló después de la vigencia de la misma; y el segundo de los citados requisitos (residencia continuada) presupone la presencia real o física del interesado en territorio español y, además, que la misma sea continuada, lo que es igual, ininterrumpida, durante el tiempo legalmente exigido..., aunque, como más adelante se matizará, la interrupción no podrá entenderse producida por la incidencia de cortos, ocasionales y justificados viajes o salidas al extranjero.

Si bien es cierto, que el requisito de la continuidad en la residencia o presencia física no deja de considerarse existente por el hecho de que el interesado haya tenido que realizar, durante el período de tiempo contemplado, cortos y esporádicos viajes o salidas al extranjero, tal permisión, a falta de fijación «ex lege» de un límite a la duración y frecuencia de los mismos, no puede por menos de merecer una interpretación y aplicación restrictiva, que ha de ser ponderada bajo las perspectivas de la accidentalidad o no frecuencia en su realización, de la brevedad en su duración y de la justificación en sus motivos, pues mantener un criterio amplio y permisivo en esta materia, además de ser contrario a la «ratio legis» del precepto regulador de esta forma de adquisición de la nacionalidad, que, como prueba del ánimo del interesado de integrarse en la comunidad española, exige expresamente que su residencia sea continuada, lo que es sinónimo de no interrumpida, podría suponer la apertura de un peligroso y siempre recusable portillo al fraude de ley. (STS de 19 de septiembre de 1988, ha lugar).

HECHOS.—La Dirección General de los Registros y del Notariado denegó a R. la nacionalidad española solicitada acudiendo éste entonces a la vía judicial. El Juzgado de Primera Instancia entendió que el actor tenía derecho a adquirir la mencionada nacionalidad por cumplir los requisitos

del artículo 22 del Código civil. Recurre la Sentencia del Letrado del Estado y la Audiencia desestima el recurso confirmando la de instancia. Recurre nuevamente el Letrado del Estado por considerar que se ha hecho aplicación indebida del artículo 22 del Código ya que la residencia de R. en España a lo largo de 10 años no ha sido ni legal ni continuada. El recurso de casación prosperó. (R.G.S.)

5. Contenido y límites de la libertad de expresión y del derecho a comunicar libremente información.—Conforme a la declaración programática del artículo 18.1 de la Constitución, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen tienen el rango de derechos fundamentales con carácter están marcados y privilegiados que, conforme a los postulados del artículo 20.4 de la propia Constitución, tales derechos vienen a constituir una serie de límites al ejercicio de las libertades de expresión que con el mismo carácter de derecho fundamental se recoge en el propio texto fundamental. La colisión entre ambos derechos fundamentales, encuadrados en la categoría de derechos de la personalidad, provocará una delimitación entre ellos, imposible de fijar apriorísticamente y sólo realizable en todos y cada uno de los casos concretos sometidos a enjuiciamiento.

De ahí que, con caracteres de cierta generalidad, la propia Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen, al fijar el ámbito en que han de desenvolverse los derechos regulados en el artículo 2 enumera una serie de supuestos de vulneración de tales derechos que, con cierta generalidad, se rubrican en el número 7 del artículo 7 como los tendentes a la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena.

Pero este derecho ha de ser comedido y puesto en relación con los derechos de expresión y el de comunicación informativa, siendo de destacar con respecto a éstos que, como tiene declarado el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 21 de enero último, los derechos consagrados en el artículo 20.1, apartados a) y d) presentan un diferente contenido y hasta diferentes límites y efectos, pues al paso que la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones y que abarcan incluso las creencias y opiniones, el derecho a comunicar y recibir libremente información versa sobre hechos que pueden denominarse como noticiables en el común sentir social, de tal modo que, como ya precisó la Sentencia de 8 de julio de 1976 del Tribunal de Derechos Humanos y puntualizó la del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1983, la comunicación informativa a que se refiere el apartado d), 1, del artículo 20 de la Constitución versa exclusivamente sobre hechos; pero con tal entidad específica que tales hechos puedan encerrar trascendencia pública a efectos de que sea real y evidente la participación de los ciudadanos en la vida colectiva, de tal forma que de la libertad de información con su efecto reflejo y correlativo que supone el derecho a recibirla es sujeto primario la colectividad y cada uno de sus miembros.

Revisión del «quantum» de la indemnización.—Es doctrina jurisprudencial ya consagrada, que el «quantum» de la indemnización no es combatible en casación (SS. de 11 de abril y 1 de diciembre de 1987 y 19 de febrero de 1988). (STS de 19 de julio de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—Ante la publicación por dos diarios asturianos de una información considerada por su protagonista como lesiva de su honor interpuso demanda contra los diversos responsables de la misma. El Juzgado estima la demanda. La Audiencia revoca la sentencia de instancia imputando a la editorial de uno de los periódicos la total responsabilidad subsiguiente a las afirmaciones vertidas en el medio y elevando el monto de la indemnización. Recurren en casación el actor y la editorial. El Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R.G.S.)

6. Audiencia de litisconsorcio pasivo necesario. Responsabilidad solidaria de autores, directores y editores.—La parte recurrente reproduce en el primer motivo del recurso... la anteriormente alegada y rechazada excepción de litisconsorcio pasivo necesario, aduciendo que no se ha demandado a la persona autora de la noticia... La noticia o gacetilla que constituye el objeto del procedimiento, se publicó en el diario «Baleares»... sin firma y sin referencia alguna respecto a su autor o a la fuente de información; así pues no le fue posible a la parte actora conocer la existencia de ese autor, o fuente oculta de información, cuya materialización en noticia es asumida por el Director del periódico que acepta las responsabilidades derivadas de su publicación, al contestar el pliego de posiciones. Esta sola circunstancia obligaría a rechazar el motivo, si no fuera de tener en cuenta, además, la doctrina legal que impone una responsabilidad solidaria, como después veremos, a los autores, directores y editores de la noticia periodística cuestionada, lo que necesariamente conduce a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.144 del Código civil, eliminando la obligación de traer al procedimiento a todas las personas responsables solidarias, y haciendo imposible, por tanto, la aplicación de la doctrina referente a litisconsorcio pasivo; todo ello sin perjuicio, claro está, de las acciones que se conceden en el artículo 1.145 del mismo cuerpo legal.

Irrelevancia de la veracidad de la información publicada como causa exculpatoria.—Pero es que además en el desarrollo del motivo lo que se pretende probar, como causa exculpatoria, es la mayor o menor veracidad de la información publicada, olvidando que la sentencia recurrida fundamenta su fallo, «en una intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen de los actores», sin hacer referencia, en concordancia con el contenido del número 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/82, a la veracidad o falsedad respecto a la divulgación de «los hechos relativos a la vida privada de una persona o familia, que afecten a su reputación y buen nombre»; se condena a los recurrentes por la intromisión y la divulgación y no por la difamación o el libelo, por lo que carece de finalidad tratar de demostrar la realidad o ficción de una vida privada, no cuestionada en la sentencia recurrida, y por tanto no susceptible de error alguno en relación con la misma; argumentos que conducen al rechazo del motivo.

Límites de la libertad de expresión. Compatibilidad de la indemnización civil procedente de la aplicación de la Ley Orgánica 1/82 y el ejercicio del derecho de rectificación.—La libertad de expresión jamás podrá justificar la atribución y difusión a una persona, identificada por su nombre y apellidos, de hechos que inexcusablemente la hacen desmerecer del público aprecio, y reprochables a todas

lucos, sean cualquiera los usos sociales del momento; protección que por otra parte debe dispensarse haciendo captación de la índole, características y circunstancias concurrentes en cada caso concreto, sin que sea legítimo aislar las supuestas ofensas al honor o a la intimidad, desligándolas del contexto que las contiene, ya que por el contrario debe estarse a la totalidad del mismo para así inducir su verdadero sentido; debiendo tenerse también en cuenta, no sólo la lesión o el daño que en la esfera íntima de su propia estimación pueda producirse el ofendido, sino también las repercusiones que puedan originarse en el ambiente social en que cada persona se mueve, lo que puede producir trascendentes consecuencias en el marco de las relaciones económicas, laborales e incluso familiares; siendo en todo caso perfectamente compatible e independiente la indemnización civil que se solicita con el derecho de rectificación regulado en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo (SS. de 28 de octubre y de 4 de noviembre de 1986, de 26 de junio y 3 de julio de 1987 y 19 de enero de 1988). En el caso que estudiamos la gacetilla o suelto publicado... contenía elementos más que suficientes para poder determinar «a priori» que rebasaba el puro fin informativo, de narrar el hecho objetivo de la existencia de un brote de tal enfermedad contagiosa en la isla, para inmiscuirse en la vida privada de unas personas, siendo elementos fundamentales de este juicio valorativo... (un) abanico de elementos totalmente innecesarios y superfluos para poder justificar el pretendido interés social de la noticia, y que claramente invaden el respeto que merece el derecho, también fundamental, a la intimidad personal y familiar. La consecuencia que desapasionadamente se deduce de todo lo expuesto, usando como norma interpretativa de los hechos precisamente el citado artículo 3.1 del Código civil, es que según la realidad social del tiempo actual el suelto periodístico descendió a facilitar detalles e insinuaciones que de ningún modo eran parte indispensable de la noticia, cuya objetividad e interés público pudo perfectamente cumplirse, como razona la Sentencia de Instancia, sin necesidad de deteriorar la dignidad e intimidad de la vida ajena.

Revisión del «quantum» de la indemnización.—Cuando de daños morales se trata, el «quantum» de la indemnización es en principio una cuestión de hecho, atribuible por su naturaleza a la Sala de Instancia, y sólo revisable en casación a través del número 4 del artículo 1.692 de la Ley Procesal, so pena de convertir este recurso en una tercera instancia; y si bien es cierto que en algún caso se ha apuntado la posibilidad de combatir las bases de la fijación, esto sólo es posible cuando de ello hubiese una prueba evidente que resulte de la propia resolución impugnada (SS. 11 de abril y 1 de diciembre de 1987), circunstancias que no concurren en el presente caso, en el que ni se ha utilizado la citada vía procesal idónea para las impugnaciones de las cuestiones fácticas, ni existe prueba evidente que pueda desvirtuar las bases empleadas por el Tribunal «a quo» en su proceso valorativo, en el que priman de una forma especial los daños morales causados a los demandantes. (STS de 18 de julio de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—Tras la publicación por diario de Baleares de la noticia titulada «Un arquitecto palmesano con SIDA», los afectados por la información formularon demanda contra el director del periódico y la empresa editora por entender que la noticia difundida constituía una intromisión ilegítima en su derecho fundamental al honor, intimidad personal y fami-

liar y propia imagen. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda apreciando la existencia de la intromisión ilegítima denunciada, mas reduciendo el monto de la indemnización. La Audiencia confirmó la Sentencia de Instancia modificando, sin embargo, el «quantum» indemnizatorio. No hubo lugar al recurso de casación. (R.G.S.)

7. Error en la apreciación de la prueba.—En cuanto al aspecto estricto de la validez casacional del primer motivo, dado que en él se denuncia por el cauce del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria un error en la apreciación de la prueba basada en informes periciales, es de indicar que: a) Como tiene declarado reiteradamente esta Sala, los testimonios de los peritos no constituyen prueba pericial, sino instrumentalizadas, por lo que su denuncia en casación debe hacerse después de la reforma introducida en la Ley de Enjuiciamiento del año 1984, por la vía del ordinal 5.º del citado artículo de la Ley de Ritos; b) Aunque la antinomia existente entre el número 4.º del indicado artículo 1.692, «error en la apreciación de la prueba, basado en documentos...», y el párrafo segundo del 1.707, que alude a los «informes aducidos en demostración del error» podían conducir a una interpretación extensiva de las pruebas incluíbles en el citado número 4.º del 1.692, dicha contradicción ha de ser resuelta en favor de este último precepto habida cuenta el carácter extraordinario y por tanto de exégesis restrictiva de la casación; c) Sin embargo, es lo cierto que la Sentencia impugnada sienta en sus consideraciones unos presupuestos fácticos respecto de los cuales emite su juicio de valor y atribuye unas consecuencias jurídicas, aspectos ambos que como tiene dicho esta Sala en su sentencia de 2 de julio de 1987, son susceptibles de revisión o de confirmación en casación.

Infracción de doctrina jurisprudencial.—El recurrente estimó que el Tribunal «a quo» ha infringido la doctrina establecida por esta Sala en la citada sentencia de 2 de julio de 1987, aspecto que requiere una especial atención, dado que si bien al hacer tal afirmación el recurrente no tuvo en cuenta que como tiene declarado este Tribunal de modo reiterado la existencia de una sola sentencia del mismo no crea jurisprudencia, no se puede olvidar, y así debe ponerse de relieve, que en el caso resuelto por referida resolución actuó la Sala Primera de este Alto Tribunal en pleno, lo cual atribuye a la misma una especial fuerza en lo que a constitución de doctrina jurisprudencial se refiere.

Transexualidad. Competencia de los Tribunales para resolver cuestiones no específicamente reguladas por norma legal. Seguridad jurídica. Aspectos a considerar en orden a la resolución de supuestos concretos de transexualidad.—Merece poner de relieve: 1) Que el Bundesverfassungsgericht (TC de Alemania Federal), ya antes de la promulgación de la Ley de 10 de septiembre de 1978, que reguló en dicho país esta materia, había admitido por sentencia de 11 de octubre de 1978 la competencia de los Tribunales para colmar las que en su opinión no son lagunas legales y sí únicamente «iuris»; 2) A su vez, el Tribunal Constitucional español tiene reiteradamente declarado, no sólo que las leyes deben ser interpretadas conforme a la Constitución, sino también que los preceptos de ésta, salvo excepciones que aquí no concurren, no tienen valor puramente programático, sino que son de obligatoria observancia por los órganos judiciales, como así establece a su vez el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Siguiendo con este «iter» argumental, se entra en el segundo de los aspectos que presenta el tema objeto de este recurso... el de si la seguridad jurídica podría verse afectada por el hecho de que no obstante mantener el recurrente su genotipo masculino, los órganos judiciales en ausencia de una específica regulación legal pueden sacralizar el cambio de sexo... Es de señalar, que el artículo 10.1 de la Constitución Española establece como derechos fundamentales de la persona, entre otros, es del «libre desarrollo de la personalidad», término éste, que en una proyección hermenéutica amplia autoriza a incluir los cambios físicos de forma del ser humano, siempre que ello no implique o suponga delito o cuando menos ilícito civil, supuestos que en este caso no concurren, tanto por razón de la despenalización de ciertas mutilaciones (art. 428 del CP) como de no estar expresamente prohibido por la normativa sustantiva ni procesal civil. Pero es que, además, no puede olvidarse: a) Que la finalidad primordial del derecho positivo es regular las relaciones sociales con criterios de realidad y de Justicia, acomodando el mismo a las exigencias y necesidades de cada concreto supuesto; b) Que aun cuando conveniente sea la regulación de la transexualidad (juntamente con la de intersexualidad), la ausencia de una concreta reglamentación de dichas figuras no puede impedir que las situaciones que vayan surgiendo no puedan ser resueltas, acudiendo para ello al sistema de fuentes que contiene el artículo 1 del Código civil; c) Que en dicha función desempeña un muy interesante papel la jurisprudencia, en cuanto si bien no es fuente directa, creadora de normas, sí cumple una muy interesante función en lo que a la aplicación del derecho se refiere, la de complementadora del ordenamiento jurídico, función que se cumple, fundamentalmente, no colmando lagunas normativas en cuanto las mismas no pueden existir, sino en base de realizar una labor de sincronización entre el Derecho positivo y la realidad social vigente, a través de una adecuada exégesis de la norma, cuando ésta existiese, o de la costumbre y de los principios generales del derecho en defecto de aquélla. d) Por último, y en conexión con todo lo que aquí expuesto, de insistir es en que la norma aun cuando muy general, existe en este caso y está representada por ese artículo 10.1 de la Constitución Española; y en que, igualmente, la citada exégesis puede ser realizada por esta Sala a través del artículo 1.6, en relación con el 3.1 del Código civil.

Tampoco puede ser obstáculo a lo que se acaba de indicar el que, como dice la Sentencia de Primera Instancia y acepta aquí la impugnada, el artículo 21 del actual Reglamento del Registro del Estado Civil de las personas disponga que «no se dará publicidad sin autorización especial, porque de ello puede resultar perjuicio para tercero... 2.º De la rectificación de sexo»; y no puede serlo, en primer lugar, porque dicha publicidad siempre será posible a través de esa especial autorización; en segundo lugar, en orden a la frase «de modo especial frente a futuros matrimonios», que se contiene en el citado precepto reglamentario, porque en la actualidad y por virtud de lo dispuesto en el artículo 73.4 del Código civil, tales matrimonios serían nulos; por último, porque la rectificación de este tipo de errores, como tiene establecido el artículo 92.1 de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, sólo puede obtenerse por vía de la sentencia firme recaída en el correspondiente juicio ordinario, que es, precisamente, el supuesto que aquí aparece.

Otro aspecto interesante en este tema de transexualidad —que no de intersexualidad— acaso el más trascendente en orden a la resolución de cada con-

creto caso, es el relativo a las causas que hayan podido provocar en el individuo el acceder a las intervenciones quirúrgicas provocadoras del cambio exclusivamente externo de su estructura genital para convertir bien su aspecto masculino en femenino, bien al revés, dado que el genético sigue siendo el mismo. A tales efectos, debe de tenerse en cuenta el juego de los factores psíquicos... aspecto de una enorme trascendencia en estos casos, dada la circunstancia de que por razón de una acreditada personalidad psíquica de naturaleza femenina, traducida en dificultades para la inserción tanto en el sexo al que se pertenece genéticamente como en aquel otro hacia el que tiende su psique y que se ha puesto de relieve en los informes periciales, autorizan a dudar de lo que para ciertos sectores doctrinales pudiera ser causa de rechazo del cambio jurídico de sexo aquí solicitado; el que éste, al fin y al cabo, duda, puesto que no debe olvidarse y menos los órganos judiciales, la influencia de la mente en la conducta humana que puede llegar no sólo a disminuir sino incluso a eliminar esa voluntad.

Por último y como cierre a este conjunto argumental debe señalarse para concluir: a) Que el recurrente, aunque cromosómicamente varón, ofrece en la actualidad y en lo que a su proyección morfológica se refiere el sexo femenino; b) Que a la vez y psíquicamente considerado, pertenece también a dicho sexo; c) Que no se trata ahora como tampoco en la tantas veces citada sentencia de 2 de julio de 1987, de que los Tribunales operen o puedan operar un cambio genético de sexo (en cuanto éste siendo en los momentos actuales inmutable), sino de resolver la cuestión humana y social que ante ellos se presenta bajo las circunstancias que se han dejado expuestas; d) Que a tales efectos, resulta conveniente recordar la idea que contribuyó a dar entrada en el mundo del derecho a las llamadas «personas jurídicas», efectuando a través de los argumentos que se han dejado expuestos lo que bien puede ser considerado como la «traducción jurídica de un fenómeno empírico», acudiendo para ello a una interpretación extensiva del artículo 10.1 de la Constitución Española, y dando a la jurisprudencia su papel de complementadora, que no creadora, del ordenamiento jurídico, a fin de permitir el adecuado asentamiento social a quien siendo cromosómicamente de sexo masculino, por las razones de tipo psicológico y extravoluntario que se han dejado expuestas, dado su psique, sus formas externas y hasta cierto punto hoy también internas, no es ya ni física ni socialmente varón. (STS de 15 de julio de 1988, ha lugar).

HECHOS.—El recurso de casación que la sentencia resuelve trae causa de un juicio declarativo ordinario de menor cuantía en el que el actor dedujo demanda contra el Ministerio Fiscal solicitando la rectificación de nombre y sexo en su inscripción de nacimiento. El Juzgado desestima la demanda confirmando la Audiencia la sentencia de instancia. El actor recurre ante el Tribunal Supremo apoyando su recurso en dos motivos: error en la apreciación de la prueba e infracción de la doctrina establecida por la Sala Primera en sentencia de 2 de julio de 1987. Ha lugar en el que, por razones procesales, declara el Magistrado discrepante no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Supone esta sentencia la consolidación del criterio del Tribunal Supremo en torno a los problemas jurídicos suscitados por el fenómeno de la transexualidad. Vid. la sentencia de la Sala Primera de 2 de julio

de 1987 y los comentarios —entre otros— de Angel Yagüez, Díez Del Corral y Gordillo Cañas en la Ley de 1819 (1987) 1-8, Actualidad Civil 36 (1987) 2.135-2.157 y Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 14 (1987) 4.721-4.746, respectivamente.

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

8. Letra garantizada de alguna forma por once inmuebles que dicen que pertenecen a una comunidad de propietarios.—Un contrato celebrado en 1983 entre la entidad constructora como contratista y los integrantes de la Comunidad constituida por la construcción de dichos edificios o bloques, como dueños de la obra, fue celebrado entre las mismas partes contratantes que otro anterior, es evidente que al proceso del que este recurso dimana, que tiene por objeto únicamente los efectos obligacionales propios de dicho contrato, no tienen que ser traídas terceras personas terceras personas extrañas al mismo, habiendo quedado válidamente constituida la relación jurídico-procesal entre los estipulantes del repetido contrato, que fueron, como ya se ha dicho, por una parte, la entidad constructora y, por otra, todas las personas integrantes de la Comunidad que, en su día, constituyeron para gestionar la construcción de dos edificios.

Interpretación de los contratos como motivo de casación.—El tema relativo a la interpretación de los contratos, por ser «*quaestio iuris*», no puede ser dilucidado por la vía del artículo 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil utilizado por los recurrentes, como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo (SS. de 19 de enero y 7 de marzo de 1984, 22 de enero y 18 de septiembre de 1986), sino porque la sentencia recurrida no ha tenido que resolver, ni ha resuelto problema alguno de hermenéutica contractual, sino que partiendo del hecho que, tras una valoración conjunta de la prueba practicada, con inclusión de la documental referida, considera plenamente probado, que los demandados, algunos de los cuales son los aquí recurrentes, incumplieron su obligación de satisfacer el precio de la obra ejecutada, al dejar impagadas, a sus respectivos vencimientos, las letras de cambio a que la litis se refiere y se ha limitado a extraer, dentro de los estrictos límites en que aparece planteado el debate, las consecuencias jurídicas inherentes a dicho incumplimiento contractual.

No cabe admitir la «*exceptio non adimpleti contractus*».—Quienes primeramente incidieron en incumplimiento contractual fueron los demandados, algunos de ellos recurrentes, al dejar de pagar, a sus vencimientos respectivos y conforme a lo que se había obligado contractualmente, el precio correspondiente a obras ya ejecutadas, cuyo impago fue el exclusivo determinante de que la entidad contratista dejara de terminar las obras que aún quedaban por ejecutar, tal originario incumplimiento por parte de los demandados impide que, tratando de ampararse en el posterior, y por ellos provocado, incumplimiento de la contratista en cuanto a las obras que quedaban por ejecutar y aduciendo una aquí inadmisibles «*exceptio non adimpleti contractus*», pueden quedar liberados de pago de la cantidad que señala la sentencia recurrida y que corresponde a parte del precio de la obra ya ejecutada y recibida, por lo que en modo alguno puede estimarse que dicha sentencia haya incidido en violación de los artículos 1.588 y 1.124 del Código civil.

Efectividad de la cláusula penal.—Bien la plena virtualidad de la cláusula penal conforme al artículo 1.152 del Código civil, bien con la moderación judicial de la misma que contempla el artículo 1.154 del mismo cuerpo legal, solamente puede tener lugar cuando el incumplimiento o el defectuoso cumplimiento sea debido a dolo, culpa o cualquiera otra causa imputable a la parte que asumió la responsabilidad accesoria derivada de dicha cláusula penal, en cuyos adecuados términos la pactaron las partes al establecerla para el supuesto de que las obras se demorasen por más de treinta días por causas imputables al contratista, circunstancia que no es la concurrente en el presente caso pues si el contratista no finalizó las obras no fue sino ante el previo incumplimiento de su fundamental obligación de pago por parte del otro contratante.

Interpretación del término documentos a los efectos del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.—A tales efectos han de entenderse los específicamente tales, regulados y catalogados en el Código civil y leyes procesales, sin que puedan desnaturalizarse y asimilar a los mismos cuantos medios de prueba hubiesen sido documentados (S. de 8 de julio de 1987, que cita las de 29 de noviembre de 1985, 30 de enero y 25 de abril de 1986 y 23 de mayo de 1987), con arreglo a cuya doctrina no puede atribuirse el carácter de documento, al objeto expresado, al certificado de un Arquitecto que, como prueba preconstituida, los demandados aportaron con su escrito de contestación. (STS de 4 de julio de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—Se plantea una demanda en juicio de menor cuantía por una empresa constructora por la que se pide escriturar y entregar al demandante una serie de pisos por parte de una serie de personas y subsidiariamente si ha cambiado su titular registral, se solicita en la demanda que se condene a los demandados al pago de la cantidad que corresponda.

Por la representación de uno de los demandados se contestó la demanda pidiendo que se estime la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y falta de personalidad en el actor, o en su caso, y en el supuesto de desestimar dichas excepciones, entrar en el fondo del asunto, desestimando totalmente la demanda o subsidiariamente se estime que ha lugar a las compensaciones a las que se hace referencia en el escrito de contestación a la demanda. El juzgado de Instancia estimó la excepción dilatoria de falta litisconsorcio pasivo necesario.

La Audiencia Territorial estimó el recurso de apelación revocando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y estimó en parte la demanda condenando a los demandados a abonar a la actora una cantidad de dinero. La representación de varios demandados interpuso recurso de casación. (J.A.C.G.)

9. Litisconsorcio pasivo necesario. Relatividad de los contratos. Cosa juzgada material.—Si la institución procesal del litisconsorcio pasivo necesario está proyectada doctrinalmente con la finalidad de impedir que resulten afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en juicio, o de evitar la posibilidad de sentencias contradictorias entre sí y con imposible ejecución (Sentencias de 24 de febrero y 27 de octubre de 1983 y 20 de mayo de 1987), es evidente que para esos eventos pudieran producirse se precisaría la existencia de

una relación jurídica material de cualquier índole entre el demandante y la persona no convocada al procedimiento; circunstancia ésta que en modo alguno acontece en el presente caso, pues únicamente está vinculado con la demandante el actual recurrente por virtud de esos contratos de suministro de fluido eléctrico, pero no así con la Entidad que si fue ocupante de hecho del inmueble al que se suministraba tal energía por medio de un contrato de arrendamiento, que no vinculaba en lo más mínimo a la Compañía de electricidad, respecto de la cual sería aplicable el aforismo «res inter alios acta, nec nobis nocet, nec prodest» y por ende, jamás podía esa Entidad hallarse constreñida por la santidad de la cosa juzgada material, pues en forma alguna, en una posterior y eventual litis entre la compañía de electricidad y la entidad sanitaria, podían darse las identidades previstas en el artículo 1.252 del Código civil, con la que ahora nos ocupa, sobre todo en cuanto se refiere a la «causa petendi», que aquí se funda en una relación contractual inexistente en lo atinente a dicha Entidad.

Contratos de adhesión. Contratos reglados por disposiciones administrativas.—La inexistencia de relación jurídica material entre la demandante y la Entidad sanitaria se desprende de las pólizas de suministro vigentes entre los hoy litigantes, cualquiera que sean los pactos internos entre el demandado y su arrendataria, pues es imprescindible el consentimiento de la Empresa suministradora de energía eléctrica o la extensión de un nuevo contrato a favor del ocupante de hecho del local, lo que tiene trascendencia «erga omnes» por la razón de que las pólizas de esta índole son no sólo contratos de adhesión, sino contratos reglados por disposiciones administrativas de obediencia general por tanto, como lo indican claramente las pólizas de autos, en que las tarifas y «condiciones» que se insertan están aprobadas por Orden Ministerial de 23 de diciembre de 1952.

Novación subjetiva.—Es el titular de la póliza quien está obligado al pago del consumo de energía cualquiera que sea en realidad quien lo consumiere, sin perjuicio de repercutir su pago sobre éste, por vía de los pactos o reclamaciones internas que hubiere entre ambos. Y habrá que ver, en caso contrario, los posibles fraudes a que pudiera dar lugar la exoneración del contratante titular del suministro de fluido, cuando éste relegare su obligación de pago por supuestas faltas de consumo personal de dicha energía, prestándose ello a eventuales connivencias entre terceros y el titular de dicha póliza. (STS de 11 de febrero de 1988, no ha lugar.) (STS de 23 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Hidroeléctrica, Sociedad Anónima, demanda el pago de recibos atrasados por suministro de energía a quien tenía suscritos con dicha sociedad los pertinentes contratos de suministro como propietario de la finca. El demandado opone su falta de legitimación pasiva, porque el edificio lo tenía arrendado a un tercero, que había pagado algunos recibos y había utilizado en su provecho el fluido eléctrico. La Audiencia Territorial de Valencia, revocando la sentencia de Instancia declara la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario, y condena al demandado al pago de la cantidad reclamada más intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda. No prospera el recurso de casación. (I.G.P.)

10. Negocio jurídico usurario y negocio fiduciario.—El carácter usurario del préstamo lo encuentra la sentencia impugnada en la desproporción entre el importe de la deuda y el valor de la garantía. Según el fundamento de derecho séptimo, aparece manifiesta la gran desproporción existente entre el valor del inmueble cedido en dación de pago y el montante que se había reclamado en el juicio ejecutivo.

Asimismo se razona la existencia de un préstamo cubierto con garantía real excesiva para la cantidad económica de aquél, dada la desproporción entre uno y otro, y que obliga a contemplar la operación desde el punto de vista de la Ley de Usura, no tanto contrastando la deuda y la garantía, sino a partir de la diferencia entre lo realmente recibido y lo que ha de ser devuelto, ya que la finca reconocidamente aparece cedida a los solos efectos de garantizar la devolución sin plazo para ello ni cláusula de comiso.

La conclusión que se alcanza es que la situación creada por la escritura pública y documento privado de 16 de diciembre de 1977 no es aplicable la Ley de Usura, que es precisamente lo solicitado en la demanda, por lo que se impone la estimación del recurso de casación. La verdadera naturaleza de la situación producida entre las partes aquí contendientes, queda enmarcada en la figura de la fiducia «cum creditore». Así pues, no puede tildarse al negocio fiduciario de contrato ficticio o de relativamente simulado y por ello, la titularidad fiduciaria o titularidad formal habrá de despegar su eficacia conforme a lo convenido, debiendo observar el fiduciante su obligación de respetar y mantener la situación anómala creada, lo que determina la validez entre las partes de la puesta en garantía en cuanto fue determinante en el caso de las diversas prestaciones a cargo de la fiduciaria y de su causante. (STS de 25 de febrero de 1988, ha lugar al recurso de casación).

HECHOS.—La actora es dueña en pleno dominio de la finca que en la escritura pública de la misma fecha del documento privado se cedió a la recurrente sólo «instrumentalmente», como expresa dicho documento. Con esta base se declara que las escrituras públicas de 13 de noviembre de 1976 y 16 de diciembre de 1977 son nulas de pleno derecho, por encerrar un negocio jurídico usuario, simulado, nulo e ineficaz, acordándose la nulidad y la cancelación de los asientos producidos en el Registro de la Propiedad.

Es de aplicación a este recurso la doctrina reiteradamente establecida, según la cual el artículo segundo de la Ley de Usura, a tenor del cual los Tribunales resolverán en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes, les otorga tan absoluta libertad como que pueden formar su convicción sin necesidad de prueba alguna, cuanto más apreciar libremente las alegaciones de las partes y las pruebas producidas, especialísima facultad discrecional para resolver en cada caso, que no se halla circunscrita o limitada a los juzgadores de la instancia, sino que también la tiene este Tribunal Supremo.

NOTA.—El profesor Jordanato Barea nos definió hace tiempo con precisión el concepto de negocio fiduciario, el cual consiste en la transmisión definitiva de una cosa o de un derecho para un fin de administración o garantía que no exige esa transmisión definitiva.

El fiduciante coloca al fiduciario (adquirente) en una situación que hace posible el abuso. El acto traslativo le confiere una titularidad definitiva «erga omnes»; aunque el fiduciario está personalmente obligado frente al fiduciante a devolver el bien transmitido una vez alcanzado el fin propuesto, su posición jurídica real le proporciona siempre la oportunidad de abusar enajenando la «res fiduciaria» o contraviniendo de otro modo el «pactum fiduciae».

En el caso de autos, el Tribunal Supremo entiende que el fiduciante «debe observar su obligación de respetar y mantener la situación anómala creada, lo que determina la validez entre las partes de la puesta en garantía...»

Es porque dicho negocio se caracteriza por confluir en él (como ha señalado la doctrina legal reiteradas veces) dos contratos independientes: uno real de transmisión del dominio (con su correspondiente atribución patrimonial «erga omnes») y otro obligacional, válido para «inter partes», que constriñe al adquirente para que actúe dentro de lo convenido y en forma que no impida el rescate por el transmitente.

En conclusión podemos coincidir con el Supremo que el presente negocio es válido, real y existente, y que en modo alguno constituye un negocio simulado, sino un negocio complejo, y que como ha reconocido la jurisprudencia reiteradas veces (SS. de 14 de marzo de 1964; 22 de noviembre de 1935; 7 de enero, 10 de marzo y 25 de mayo de 1944; 28 de enero de 1946; 9 de diciembre de 1981; 19 de mayo y 2 de junio de 1982; 6 de abril de 1987) está formado por dos contratos o convenciones que pueden estimarse como complementarios, independientes o yuxtapuestos, con unidad intencional que aspira a la consecución de un fin jurídico de aseguramiento o garantía.

Por tanto, se trata, como explica la mejor doctrina legal y científica, de un negocio indirecto que se concluye utilizando las partes un tipo de contrato regulado por el ordenamiento jurídico que adoptan externamente, con fin distinto del expresado y por ello con la consciente discrepancia entre lo pactado y la intención práctica perseguida, pudiendo añadir que el reintegro de la cosa transmitida no se confía como en el retracto convencional que tan a menudo envuelve un préstamo, al ejercicio de una acción real que se confiere al vendedor para resolver la venta, una vez devuelta la suma prestada, sino a una obligación de carácter personal que asume el comprador, si bien sujeta a la condición suspensiva de que se le devuelva la cantidad que entregó antes o al tiempo de perfeccionarse el negocio jurídico concertado (véase «a fortiori» también la S. de 10 de noviembre de 1958). (F.L.L.Y.)

11. Mora. Prestación ilíquida.—Es unánime y reiterada la doctrina que viene manteniendo esta Sala en punto a aplicar el principio «in illiquidis non fit mora» a la cuestión de los intereses moratorios derivados de la aplicación de los artículos 1.100, 1.108 y concordantes del Código civil, cuyo principio centra su significación en que los meritados intereses resultan inconciliables con la reclamación de cualquier prestación desprovista de liquidez, como aconteció en el caso de autos, ya que en él, el montante cuantitativo de la reclamación de pago instada por la Sociedad actora, actual recurrida, quedó definitivamente fijado en la sen-

tencia, como resultado de deducir de la suma inicialmente convenida, 3.525.000 pesetas, la correspondiente a la penalización por el retraso en la entrega de las «entidades» cedidas a razón de 15.000 pesetas diarias, con lo cual la condena al abono de intereses habrá de computarse desde la fecha de la sentencia, y no desde la de 28 de junio de 1981, que correspondía a la interpelación judicial, conclusión la expuesta que está en la línea de la doctrina jurisprudencial y del contenido de los artículos 921 del texto procesal y 1.109 del civil a «*contrarius sensus*». (STS de 20 de febrero de 1988, ha lugar).

HECHOS.—En virtud de transacción celebrada entre los litigantes para liquidar los mutuos derechos y obligaciones dimanantes de la resolución de un contrato, se declara a cargo del demandado una deuda que había de hacerse efectiva al entregar el actor tres viviendas y seis plazas de aparcamiento en una finca urbana. Se fijó como fecha de entrega de dichas entidades el 30 de junio de 1979 y se señaló una penalización de 15.000 pesetas por cada día de retraso en la entrega, lo que efectivamente tuvo lugar. La Sentencia de Instancia condena al pago de la cantidad convenida, deducida la correspondiente a la penalización, más los intereses legales desde la interpelación judicial, a liquidar en fase de ejecución de sentencia. La Audiencia Territorial revocó parcialmente en cuanto al principal, pero mantuvo lo referente a los intereses. El recurso se basa en falta de liquidez de la deuda, y se pide que el momento inicial de cómputo de los intereses sea el de la fecha de la sentencia que estableció la liquidez definitiva. Prospera el Recurso de casación (I.G.P.)

12. Compensación de deudas.—Puede ser judicial, por lo general por vía reconvenzional, sin necesidad de que lo soliciten las partes, tan sólo desde el momento en que existen las dos deudas, quedando extinguidas «*ipso iure*» totalmente si son iguales y sobre la cantidad concurrente si son desiguales.

Condonación.—A diferencia de la compensación, la condonación debe ser alegada por quien se va a beneficiar de la misma tras la prueba de su existencia, pues si bien es cierto que lo puede ser expresa o tácitamente, siempre requiere un «*animus donandi*», que tendrá que ser demostrado de forma directa o por presunciones.

Obligaciones recíprocas.—Si bien el principio general es el de su simultaneidad, existe la excepción de lo que resulte por ley o por el propio contrato. (STS de 21 de noviembre de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—Con desestimación de la excepción de incompetencia de jurisdicción, acogida por el Juzgado, por razón de territorio y entrando a conocer del fondo del asunto planteado, la Audiencia Territorial estima en parte la demanda de reclamación de pago final del precio, en relación a la construcción del nuevo edificio para Juzgado de Eibar, por lo que la demanda debe abonar una determinada suma de dinero. No prospera el recurso de casación.

13. Resolución del contrato.—El Tribunal Supremo declara que no hay error en la apreciación de la prueba porque los documentos aportados por el demanda-

do acreditan con carácter de tales la realización de las obras por quienes las suscriben, pero en modo alguno se desprende de los mismos la deficiencia de unas instalaciones que, en su caso, habría de probarse mediante una prueba pericial, carácter de la que notoriamente carecen tales documentos.

Añade el Tribunal Supremo, a mayor abundamiento, que se trata de una cuestión de carácter evidentemente jurídico, como es la calificación que hizo la sentencia de instancia de novación extintiva, y que tanto la función de interpretación como la calificación de los contratos, están atribuidas a los órganos judiciales de instancia.

Se discutía si el Tribunal debía haber moderado la pena, habida cuenta que el incumplimiento no fue total; pero concluye el Tribunal Supremo que la moderación implica un juicio de equidad no revisable en casación y que, además, lo pagado no llega ni a una décima parte del precio. (STS de 27 de febrero de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—Vendida una finca por 32.000.000 de pesetas con condición resolutoria para el caso de impago del precio y satisfechas solamente 2.600.000 pesetas, se procede a la resolución del contrato. El comprador se opone, alegando incumplimiento por los vendedores, ya que entre las partes había mediado un primer contrato de compraventa de una finca mayor, de la que era parte la que fue objeto del segundo contrato que ahora se pretende resolver. El comprador alegaba que en aquella finca primitiva tuvo que hacer obras para aprovechar la parte de la misma que se calificaba de regadío y aducía que el segundo contrato era una novación meramente modificativa del primero.

NOTA.—La parte recurrente aduce sin éxito el juego de la «exceptio non adimpleti contractus», ya que a su juicio no pueden los vendedores que han incumplido con su obligación de entregar (entre otras cosas, 100 hectáreas de riego con la instalación adecuada, para efectuarlo) pedir la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones de pago del comprador, y ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.100, párrafo último, del Código civil.

La aplicación de dicho precepto se traduce en que ninguno de los obligados tiene que cumplir mientras no cumpla el otro, y al resultar dicha obligación recíproca, ambos están obligados a cumplir de forma simultánea.

Como explican los anotadores de Ennecerus aunque el Código civil no mencione expresamente dicha excepción, basta tener presente la consecuencia normal apuntada del artículo 1.100 «in fine» para afirmar que en ella está latente la referida «exceptio».

El profesor Espín nos ha resumido con gran precisión los requisitos de ejercicio de la excepción de incumplimiento:

- 1.º Existencia de un contrato sinalagmático.
- 2.º Falta de cumplimiento de la parte a que se opone.
- 3.º Alegación no contraria a la buena fe.

En el caso de autos no procede el juego de la «exceptio», precisamente porque el segundo requisito para el ejercicio de la excepción no se cumple en el supuesto. En otras palabras, no ha habido incumplimiento por parte

del vendedor. A este respecto explicita el Tribunal Supremo, que no cabe estimar el motivo, porque en la prueba de confesión prestada por el mismo, de que contrató conociendo y dando su conformidad a las aludidas instalaciones de riego, llega a la conclusión de que las nuevas instalaciones no resultan ser obra obligada por defecto de las antiguas, sino también porque, lógicamente, de los documentos aportados se acredita la realización de las obras, pero en modo alguno se desprende de los mismo la deficiencia de unas instalaciones. (F.L.L.Y.)

14. Inidoneidad del local arrendado para el destino pactado: carencia de causa.—La inidoneidad del local afectado por el vínculo arrendaticio para el destino expresamente pactado, produce carencia de causa en el arrendamiento, requerida con base en lo dispuesto en el artículo 1.274 del Código civil, caracterizada por el fin que se persigue en cada contrato, ajeno a la mera intención o subjetividad, determinado por móviles o motivos con trascendencia jurídica cuando se incorporan a la declaración de voluntad a modo de causa impulsiva reconocida por ambas partes contratantes, exteriorizados y relevantes, que es precisamente la situación que se da en el arrendamiento en cuestión.

Resolución del contrato: requisitos.—Se cumplen los requisitos que exige la jurisprudencia para que prospere la acción del artículo 1.124 del Código civil, en cuanto existe una obligación exigible, reciprocidad de obligación, incumplimiento del arrendador, ejercicio de la acción por el perjudicado, voluntad del arrendatario de acogerse a la opción que concede el referido artículo 1.124, voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento y obligación no accesoria o complementaria, sino, por el contrario, principal. (STS de 21 de noviembre de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—En la demanda se solicita la resolución de un contrato de arrendamiento, con indemnización de daños y perjuicios, por no poder ser destinado el local arrendado al destino pactado de escuela y comercialización de informática, por impedirlo determinadas disposiciones administrativas.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial estimó el recurso interpuesto. No prospera el recurso de casación.

15. Venta de parcela por ayuntamiento. Condición de destinarla a instalación de industria con empleo de mano de obra local al 50 por 100. Incumplimiento por el primero y el segundo comprador. Resolución del contrato.—Los móviles o motivos subjetivos de las partes pueden tener, como admite autorizada doctrina científica, repercusión jurídica, siempre que sean reconocidos por ambos contratantes, que los elevan a condición determinante del pacto concertado, reconocimiento que ha de constar debidamente documentado; en el presente caso, asumidas expresamente por los demandados las obligaciones que a los compradores les imponía el pliego de condiciones bajo el que se había celebrado la subasta de la finca litigiosa, tales obligaciones, al haber sido elevadas a una de las condiciones determinantes de la enajenación realizada, constituían una contraprestación que no puede calificarse, cual lo hace la sentencia recurrida, como «obligación accesoria», al estimar que en la convención que nos ocupa sólo tiene el

carácter de obligación principal la de pago del precio, todo lo que determina que al verificarse una interpretación ilógica de las merítadas cláusulas contractuales incidiera en la infracción de lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 1.281 del Código civil y, por ende, en los demás preceptos que se acusan como vulnerados, entre ellos el 1.124 del propio cuerpo legal. (STS de 30 de septiembre de 1988, ha lugar).

NOTA.—El caso aquí resuelto constituye un ejemplo de la política de desarrollo industrial de las pequeñas localidades (en concreto, un pueblo cercano a Zaragoza) para la que utilizan los mecanismos que ofrece el Código civil. Se había sacado a subasta una parcela propiedad del Ayuntamiento, figurando en el pliego de condiciones que el adquirente se comprometía a dedicar la misma a la instalación de una industria, procediendo a realizar sobre la misma las obras que lo hicieran permisible dentro del término de dos años a partir de la fecha del otorgamiento de la escritura, y debiendo emplear en la industria que se instalase un 50 por 100 de mano de obra asalariada de personas que fueran vecinas del pueblo. El primer adquirente lo enajenó, a su vez, con idéntico condicionamiento. En primera instancia se resolvió la venta, mientras que la Audiencia Territorial revocó la sentencia. El Tribunal Supremo estima el recurso del Ayuntamiento. El segundo comprador se encontraba en suspensión de pagos y ello explica el interés del Ayuntamiento por excluir la parcela del patrimonio del suspenso.

El argumento de la sentencia revocada de que por tratarse de una determinación accesoria de la voluntad contractual, no constituía una obligación principal cuyo incumplimiento desencadenase el ejercicio de la acción del artículo 1.124, parece inconsistente, pues cualquier Manual enseña que tales cláusulas o determinaciones accesorias se convierten en principales al ser asumidas por las partes contratantes. Surge, no obstante, la duda de si esa obligación consistente, fundamentalmente, en adjudicar a la parcela un destino industrial y emplear mano de obra local al 50 por 100 se califica correctamente de condición o merece más bien el título de modo o carga. El contenido es claramente un «faeere» (obras de acondicionamiento industrial y contratación por mitad de vecinos) en un plazo bien delimitado (dos años). De ser condición la sentencia extractada no aclara si se incluye entre las suspensivas o —lo que parece en atención a las circunstancias— de resolutoria. En todo caso, no resulta «prima facie» que el 1.124 esté imaginado para esta clase de incumplimientos, y en ningún momento habla la sentencia, por ejemplo, de voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, ni de la necesidad de requerimiento. Como existe una laguna en el caso de incumplimiento de obligaciones condicionales, los Tribunales acuden a la aplicación analógica del 1.124, lo que no está exento de problemas. La solución, por lo demás, salvo de estas imprecisiones de técnica jurídica, parece adecuada. La frustración del fin del contrato era evidente (G.G.C.)

16. Resolución del contrato de compraventa en virtud del artículo 1.504 del Código civil.—Es preciso para que tenga éxito la resolución del contrato con base en el artículo 1.504 del Código civil una voluntad manifiesta de incumplir,

sin que se pueda exigir una aplicación literal de una voluntad deliberadamente rebelde, que sería tanto como exigir dolo en el incumplimiento, sino que más razonablemente es suficiente apreciar incumplimiento, como ha ocurrido en el supuesto ahora contemplado, cuando se frustra por la conducta de la parte el fin contractual, o cuando se obligue al acreedor a acudir a la vía judicial para obtener el cumplimiento, ante el largo tiempo de inactividad en el pago del comprador y adeudándose una suma importante con relación al total precio del inmueble vendido. En consecuencia, habiéndose cumplido oportunamente el requerimiento de pago que exige el artículo 1.504 del Código civil, por medio de acta notarial, no puede concederse al comprador nuevo término, por lo que vista su inactividad y larga pasividad ha de acordarse la resolución del contrato; resolver en otro sentido sería dejar el contrato al arbitrio del comprador, lo que prohíbe el artículo 1.256 del Código civil. (STS de 12 de mayo de 1988, ha lugar).

HECHOS.—En la demanda se solicitó la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la obligación de pago. La Audiencia Territorial no consideró procedente la resolución, absolviendo al demandado, revocando la sentencia del Juez de Primera Instancia, que había acogido la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. Prospera el recurso de casación.

17. Compraventa de solar pactándose la limitación de no edificar.—En el recurso de casación, el demandado alegaba infracción de los preceptos del Código sobre interpretación de los contratos, pues al tratarse del establecimiento de un gravamen, no cabía la interpretación extensiva, y que la oscuridad no debe favorecer al causante de la misma. En consecuencia, considera que no se infringían las limitaciones, pues las terrazas tienen la anchura de tres metros permitida y el cerrado de las mismas, mediante estructura metálica y cristales, no está prohibido, ya que al hablar de terrazas no especifica si abiertas o cerradas, y las sentencias dictadas en materia de arrendamientos urbanos expresan que techar o cerrar una galería o terraza no es ganar un espacio, sino limitarlo.

En otro orden de cosas, el Tribunal Supremo declara que no puede entenderse que la interpretación de la Audiencia sea extensiva, ni que haya oscuridad provada por el actor-vendedor, pues las limitaciones se establecen en beneficio de todos los adquirientes de solares, pudiendo afirmarse que son mutuamente predios dominantes y sirvientes, aspecto puramente declarativo, consistente en la búsqueda del sentido de la norma. (STS de 25 de febrero de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—En un contrato de compraventa de un solar, se había pactado la limitación de no edificar ni hacer plantaciones en una franja de doce metros, con el fin de no impedir las vistas a los demás solares; se especificaba que hasta nueve metros se podía utilizar para jardín y hasta tres, para terraza adjunta a la edificación. El demandado hizo obras consistentes en, por una parte el cerramiento con estructura metálica y cristales, de la terraza adjunta a la edificación, y por otra, en la construcción en la zona de nueve metros de una terraza cubierta con su toldo de láminas graduables y con cierre metálico y cristales en uno de los lados.

La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado y declaró improcedentes las obras ejecutadas por el demandado. (F.L.L.Y.)

18. Donación con carga modal.—Por argumentación «a simili» con el 798 del Código civil —modo testamentario— extensible en su aplicación al supuesto de donación modal, permite que cuando la institución no pueda tener efecto en los mismos términos ordenados por el testador se cumpla en los más análogos y conformes a su voluntad. Pues bien de la combinación de tales preceptos (arts. 647 y 798 Cc.) resulta que dentro de las finalidades previstas en la repetida donación el uso como residencia oficial del palacio «X» ha pasado a ser el prevalente y determinante generador al propio tiempo de una manifiesta y patente incompatibilidad con el cumplimiento de la segunda finalidad constitutiva de la carga o modo cualificado. De lo cual resulta que, transcurridos seis meses consecutivos sin que aquellos bienes se les de su destino propio, la repetida donación quedó resultta, naciendo el derecho a exigir del donatario la reversión de los objetos donados al patrimonio del actor.

Que fue voluntad de las partes elevar el incumplimiento del destino señalado a supuesto de hecho productor «ipso inre» de la extinción de la relación sin configurar como mero poder jurídico para obtener la revocación del artículo 647 del Código civil, y siendo ello así que al operar con eficacia «ex tune a simili» con la condición resolutoria destruye el título adquisitivo desde el inicio ocasionando la pérdida inmediata del dominio que hasta aquel instante ostentó el donatario sobre los bienes. (STS de 26 de mayo de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—En la Escritura Pública de Donación y Constitución de Fundación «X» estipularon los comparecientes que los bienes donados se destinaran a perpetuidad a los fines que se indican en los Estatutos de la Fundación, constituyendo el cambio de destino o su no utilización por un período superior a seis meses consecutivos, causa de reversión de dichos bienes que se pasarán de nuevo al patrimonio de la donante y si ésta hubiera fallecido, al de sus herederos. Asimismo, el cambio de destino de los bienes producirá de derecho la revocación de la donación en los términos prevenidos en la escritura de donación revertiendo los bienes a las personas que en ella se señalan. El móvil que guió a la donante fue el de crear con los bienes donados un museo de arte para provecho del pueblo de Baleares, destinando su casa-palacio a la mentada instalación. Es un hecho reconocido por las partes litigantes que debido a que el inmueble es residencia «oficial», inevitables razones de seguridad imponen el cierre permanente del museo al público, forzando así su incumplimiento modal.

NOTA.—Parece claro colegirse del pleito objeto de estudio que lo que realmente ha habido en la donación de autos es un incumplimiento de la obligación como condición resolutoria que produce «ipso inre» la resolución «ex tune»; pero no un incumplimiento de la carga modal, porque las partes establecieron el incumplimiento como condición resolutoria de suerte que éste funciona como tal condición automáticamente y no «stricto sensu» una revocación de una carga modal, en lo que «a contrario», lo que existe es una facultad de resolver, es decir, que el donante está autorizado para pedirla cuando el donante jurisprudencial —ésta entre otras, 18 de diciembre de 1956, 23 de noviembre de 1964, 8 de mayo de 1965, 24 de febrero de 1966, 29 de septiembre de 1982, etc.—, como asimismo nuestra mejor doctrina (por todos, Albaladejo).

Lo que decíamos se confirma en el caso objeto de nuestro pleito, en donde se da por cierto y probado que la voluntad de los contratantes, Ley Rectora de la relación jurídica contractual en todo aquello que no se oponga a normas de derecho necesario fue la de configurar el cambio de destino o la no utilización continuada de los bienes, no como un presupuesto de un derecho potestativo a obtener la revocación, sino como un evento determinante «per se» de la automática pérdida de eficacia sobrevenida del negocio, esto es, una auténtica condición resolutoria, por lo que el incumplimiento de aquel modo cualificado impuesto por el donante provoca el efecto previsto en el artículo 1.124 del Código civil. (F.LL.Y.)

19. Responsabilidad decenal por vicios de construcción.—La aplicabilidad del artículo 1.591 del Código civil se apoya en la existencia de ruina, por no ser útil lo edificado para su destino. La doctrina de esta Sala declara que la aplicación del artículo 1.591 alcanza al promotor-constructor, para quien la ruina potencial tiene el alcance de un total incumplimiento contractual cuando lo construido es inservible para su fin.

Legitimación de los sucesivos adquirentes.—La responsabilidad exigible a los técnicos en dirección, aunque en principio origina la legitimación para exigirla en el constructor, no excluye la de los sucesivos adquirentes de la edificación, siempre que actúen dentro del decenio del artículo 1.591.

Solidaridad.—Cuando no se puede establecer una conducta como exclusivamente causal de la ruina, ni cuantificar su influencia en el resultado, la condena a constructor y técnicos ha de ser solidaria.

Autonomía de la acción de responsabilidad decenal frente a la de saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida.—El concurso de los requisitos que permiten ejercitar la acción de ruina, la identifican y definen frente a la que corresponde a vicios ocultos contemplada en el artículo 1.484 del Código civil, por deficiencias de menor entidad y consecuencias para la utilidad de lo construido. (STS de 16 de febrero de 1985).

HECHOS.—La sentencia impugnada condena solidariamente al promotor, al arquitecto y al aparejador, al pago de la cantidad que importó la reparación de una solera, mal dirigida y ejecutada, en la nave industrial que adquirió la actora, que por sus deficiencias llegó a ser inservible para el uso contemplado en el contrato (reparación de vehículos pesados), que constituía su finalidad. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—No creo que el criterio de la gravedad del vicio sea decisivo para diferenciar la acción de responsabilidad decenal, propia del contrato de obra, y la de saneamiento por vicios en la cosa vendida, ya que el artículo 1.484 parte del presupuesto de la gravedad del vicio oculto.

Consúltese la Sentencia de 16 de septiembre de 1988, que anoto en este fascículo del «Anuario de Derecho Civil». (A.C.S.)

20. Principio de relatividad del contrato. La consideración de los adquirentes de las viviendas como terceros.—La tesis de que, al haberse vendido locales y viviendas, son los adquirentes de éstas los únicos legitimados para postular las

obras de reparación del inmueble, es absolutamente imprósperable y carente de todo fundamento, si se tiene en cuenta el artículo 1.527, consagrador del principio general de que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgaron y sus herederos, de tal modo que los compradores de las viviendas y locales basan su título en un contrato de compraventa que las liga con la inmobiliaria, al paso que ésta viene ligada por un contrato de obra con la actual recurrente, al postular su condena de reparación del inmueble construido, contratos de tan distinta y dispar naturaleza que no permiten la subrogación en los términos pretendidos y donde los adquirientes conservan su carácter de terceros a la entidad recurrente. (STS de 16 de septiembre de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—Una empresa constructora demandó a otra y a la compañía de seguros por deficiente construcción de un edificio, solicitando que se declarase la obligación de hacer a su costa las reparaciones necesarias.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron la demanda. En el único motivo del recurso de casación se alega que el fallo infringe el artículo 1.212 del Código civil, ya que la venta de lo construido a terceros transfirió a éstos el derecho contractual a exigir la reparación de los defectos. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Esta sentencia se aparta de una reiterada doctrina jurisprudencial que ha admitido la legitimación de los sucesivos adquirentes de las viviendas y locales con vicios de construcción para dirigirse directamente contra el contratista, el arquitecto y los técnicos que ha contratado el promotor para la construcción del inmueble, por ser causahabientes a título particular (art. 1.257 del Cc.) y subrogarse en los derechos del promotor (Vid. Cabanillas, *La legitimación del adquirente del edificio para ejercitar la acción de responsabilidad decenal*, «ADC», 1988, pp. 667 y ss).

Hay que tener en cuenta que, en la actualidad, nuestra jurisprudencia, en numerosas sentencias, afirma la responsabilidad solidaria del promotor, del contratista, del arquitecto y de los técnicos que han intervenido en la obra, frente a los adquirentes de las viviendas y locales con vicios de construcción. (A.C.S.)

21. Responsabilidad decenal por ruina. Solidaridad.—Es doctrina legal sancionadora la de que la responsabilidad en los supuestos de la ruina de las edificaciones atribuible a los intervinientes en la construcción de las mismas, sólo procede establecerla con carácter solidario cuando no sea posible individualizar la atribuible a cada partícipe. (STS de 25 de noviembre de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—El presidente de una comunidad de propietarios demandó a la sociedad promotora, a los arquitectos y al aparejador por presentar el inmueble construido graves defectos de construcción. La sentencia del Juzgado estimó en parte la demanda, condenando exclusivamente a la entidad promotora a indemnizar al demandante. La Audiencia Territorial estimó el recurso de apelación, condenando solidariamente a todos los demandados. No prospera el recurso de casación.

22. Responsabilidad por vicios de construcción. Indemnización de daños y perjuicios.—La sentencia de apelación en ningún modo ha dado lugar a más de

lo pedido en la demanda, sino que, acertadamente, ha establecido un módulo de indemnización ajustado a la realidad de la progresiva devaluación de la moneda, en una obligación que se traduce en pago de dinero, con lo que no ha hecho más que aplicar un criterio que ha sido mantenido por la jurisprudencia de esta Sala, criterio que no supone incongruencia, en una pretensión de resarcimiento, cuyos límites iniciales no se traspasan.

Acto que implican renuncia.—Han de ser inequívocos, reveladores de la dejación de un derecho, significación que no cabe atribuir a una primaria averiguación de las causas de la ruina, cuando, por no ser técnico el actor o por otras razones probadas, no consta que las conociera.

Responsabilidad necesaria solidaria de los constructores.—En el supuesto de ruina funcional, cuando no es posible determinar cuantitativamente la parte de la culpa que corresponde a cada una de las personas que han intervenido en la ejecución de la obra, rige el principio de solidaridad. (STS de 7 de julio de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—La sentencia impugnada, condena a los demandados, constructor y arquitecto y aparejador, solidariamente, a que paguen a la Comunidad de Propietarios actora, los costos de reparación de los defectos de construcción del edificio, consistentes en grietas y humedades, que son debidos a falta de la debida diligencia en el planteamiento, dirección, vigilancia y ejecución de la obra. No prospera el recurso de casación.

23. Responsabilidad solidaria por vicios de construcción.—Si la participación responsable no es posible discriminarla o separarla con nitidez, esa responsabilidad puede ser reclamada solidariamente.

Litisorciorio pasivo necesario.—Por virtud del vínculo solidario, la situación procesal de litisorciorio pasivo necesario ya no puede darse, por carecer de sus presupuestos. (STS de 14 de julio de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—Una cooperativa de viviendas y una comunidad de propietarios demandaron al contratista y al arquitecto por presentar las edificaciones construidas graves defectos de construcción.

El Juez de Primera Instancia rechazó la demanda al admitir la excepción de litisorciorio pasivo necesario. La Audiencia Territorial revocó este fallo. No prospera el recurso de casación.

24. Naturaleza jurídica del contrato del arquitecto.—El contrato del arquitecto, que incluye variedades del de obras y del de servicios, merece esta última calificación cuando lo convenido fuere la prestación de un trabajo o actividad en sí misma considerada y con independencia del resultado; mientras que si lo pactado es fundamentalmente un resultado, nos hallamos en presencia de un arrendamiento de obra (SS. de 19 de junio de 1982; 29 de septiembre de 1983; 29 de junio de 1984; 27 de octubre de 1986; 10 de febrero, 29 de mayo y 30 de mayo de 1987), siendo ésta la calificación jurídica que corresponde cuando lo encargado al arquitecto fue la realización de un proyecto de edificación, en cuanto el objeto viene constituido por el resultado prometido por el profesional. (STS de 25 de mayo de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—La demandada dirigió al Colegio Oficial de Arquitectos de Valencia y Murcia una carta en la que interesaba se requiriera al arquitecto contratado para que presentara el trabajo que hubiera realizado y al propio tiempo interesaba que se valorara el mismo, manifestando su voluntad de abonar los honorarios correspondientes. El arquitecto presentó el trabajo realizado, señalando los honorarios. La demandada se negó a pagarlos, alegando en el proceso falta de legitimación pasiva y que el proyecto no reunía los requisitos precisos para la realización de la obra proyectada.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda de reclamación de honorarios. La Audiencia Territorial revocó esta sentencia. No prospera el recurso de casación.

25. Contrato del arquitecto. Derecho a la percepción de los honorarios aunque la obra no puede realizarse por razones urbanísticas.—Si bien es cierto que el Gobernador civil comunicó al Ayuntamiento que el proyecto no se ajustaba a las normas de edificabilidad de la zona, con arreglo a las cuales en la parcela no se podían construir más de trescientas cuatro plazas conforme al plan general, razón por la que el Ayuntamiento y las sociedades adjudicatarias dejaron sin efecto lo acordado, recibiendo éstas el precio de la adjudicación y la fianza definitiva, así como una indemnización, no existe razón alguna para no satisfacer a los arquitectos sus honorarios, ya que no hicieron más que cumplir un pliego de condiciones al que las partes (el Ayuntamiento y las sociedades adjudicatarias) se ajustaron. (STS de 17 de junio de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—El pleno de un Ayuntamiento aprobó los pliegos de condiciones económicas y facultativas para la subasta de una parcela, donde figuraba la obligación del adjudicatario de construir cuatro mil plazas hoteleras. La parcela fue adquirida por dos sociedades, que encargaron a dos arquitectos la redacción del proyecto, abonándoseles los honorarios. El Gobernador civil comunicó al Ayuntamiento que el proyecto no se ajustaba a las normas de edificabilidad de la zona, ya que en la parcela no se podían construir más de trescientas cuatro plazas hoteleras. Por ello, el Ayuntamiento acordó invalidar los acuerdos de aprobación del pliego de condiciones de la subasta y adjudicación de la parcela, reconociendo a las sociedades el derecho a la devolución del precio de adjudicación y a una indemnización. Una de las sociedades reclamó a los arquitectos la devolución del importe de los honorarios percibidos, a lo que se opusieron los arquitectos.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda de la sociedad, que interpuso recurso de casación, alegando, entre otras cosas, que la realización de un proyecto imposible de ejecutar determina la inexibilidad de la contraprestación. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Es importante subrayar que el Tribunal Supremo tiene en cuenta el hecho de que la documentación técnica fuese derechamente opuesta al plan general, y que ello fuese conocido por el Ayuntamiento y las sociedades adjudicatarias.

En el recurso de casación, la sociedad demandante cita la sentencia de 19 de junio de 1982 para justificar que los arquitectos no tienen derecho a los honorarios profesionales, siendo el proyecto de imposible realización.

La sentencia de 19 de julio de 1982 desestimó la pretensión del arquitecto proyectista de reclamación de honorarios profesionales, partiendo de que el pago de los honorarios estaba condicionado a la obtención de la licencia de obra, que fue denegada. No prosperó la muy razonable argumentación del arquitecto de que, si el proyecto en cuestión no era viable, ello no implicaba que no pudiera modificarse, adaptándolo, dentro de la prestación de tracto sucesivo inherente al arrendamiento de servicios, a la normativa municipal. El Tribunal Supremo, sin embargo, considera que esto no es posible, por ser una prestación de resultado, propia del contrato de obra. (A.C.S.)

26. Depósito mercantil. Conservación de carne en frigorífico. Obligación de custodia. Grado de diligencia. Acción subrogatoria del asegurador que paga los daños.—El depósito mercantil, como remunerado, impone una obligación de guarda, que, de accesoria a la retribución, pasa a ser obligación específica y característica del contrato, cuya causa es la custodia (S. de 5 de mayo de 1975), como deber especialmente cualificado, por lo que el artículo 306 del Código de Comercio impone un mayor rigor al depositario en el cumplimiento de tal deber (S. de 26 de mayo de 1986).

Caso fortuito. No concurrencia.—Es todo suceso no culposo, imposible de prever, o que previsto sea inevitable, y por tanto realizado sin culpa alguna del agente, por lo que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el daño, sin que en él intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente, circunstancia que no concurre en los hechos que la sentencia impugnada declara probados, a saber, que hubo negligencia en la entidad depositaria, que utilizó en la cámara frigorífica una válvula no adecuada, la que hace funcionar desprovista de la carcasa de protección, omitiendo periódicas revisiones de la instalación para precaver eventos semejantes.

Prueba pericial.—No puede confundirse con la documental, pues son medios de prueba distintos y, por tanto, no es subsumible aquélla en la hipótesis contemplada por el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la prueba pericial es de apreciación por el juzgador según las reglas de la sana crítica, sin estar obligado a sujetarse a su dictamen, lo que impide que pueda denunciarse error en su apreciación, que es discrecional, según las reglas de la sana crítica, a las que se refiere el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reglas no constantes ni previstas en ninguna norma valorativa de prueba, careciendo de eficacia fundar en ella la casación, lo que equivale declarar la libre valoración de este medio de prueba, llegándose a la conclusión de que esta prueba tiene el único valor de «auxiliar al Juez, ilustrándole»; en el presente caso, el recurso se basa en el contenido de un dictamen pericial, mientras que la sentencia se apoya en otro y en los informes del Comisariado Español Marítimo y del Instituto del Frío, que aunque fueron emitidos fuera del proceso son de libre valoración del Juez, ya se les considere prueba documental o testifical; por todo ello permanece incólume la base fáctica de la sentencia recurrida.

Onus Probandi.—El artículo 1.214 del Código civil conforma un principio general sobre atribución de la carga probatoria, de carácter esencialmente genérico y sin regla alguna encaminada a valorar o dar eficacia a los diversos medios de prueba, razón por la que no puede servir de base su supuesta violación a un motivo casacional por infracción de Ley; de otra parte, dicho artículo, en su aparente sencillez y acierto, lo que realmente contiene es la doctrina del «onus probandi», que al establecer las consecuencias perjudiciales de la carga de la prueba, sólo entra en juego cuando se carece de ella, pero existiendo en el proceso, como ocurre en el presente caso, nada importa quien la haya aportado.

Error de hecho. Defectos formales del recurso.—Al no citarse un solo documento para fundar el error de hecho, se incumple la exigencia del artículo 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; además, repetidamente ha declarado el Tribunal Supremo que por mucha que sea la flexibilidad que después de la reforma de 6 de agosto de 1984, se haya introducido en el mencionado precepto en relación con el rigor formal de la casación, no puede llegarse a que en este recurso extraordinario el Tribunal reconsidere determinados elementos de convicción obrantes en el proceso, y ya ponderados para con una nueva interpretación de los mismos, injustificada por no haber incidido en ilegalidad o notoria falta de lógica la sentencia de instancia, sentar conclusiones fácticas contrarias a las de la sentencia combatida y acomodadas a la tesis de la parte recurrente (STS de 8 de julio de 1988, no ha lugar).

NOTA.—Se desestima la demanda en primera instancia, pero en apelación se da lugar a la reclamación de la Compañía aseguradora que había abonado los daños causados. El recurso se apoya fundamentalmente en un informe pericial que sostiene la teoría del caso fortuito en la causación de los daños producidos a la carne conservada en el frigorífico. La sentencia (Pte. Sr. Fernández Cid) hace un notable estudio del valor de la prueba pericial que auxilia, pero no vincula al Juez, por lo que no sirve para fundar un motivo de casación por error de hecho; de paso se reitera la doctrina jurisprudencial a propósito de la flexibilización introducida en la interposición de recursos de casación por la reforma de 1984. (G.G.C.)

27. Indefensión.—La indefensión sólo puede producirse por una negativa expresa o tácita a resolver conforme a Derecho.

Incongruencia en el fallo.—La incongruencia en el fallo, para que sea tal, ha de ser por contradicción en la misma parte dispositiva, no en relación o contraste con el de otra resolución y de distinto órgano judicial.

«Reformatio in peius».—Tal figura proscribire la agravación de la situación del recurrente en una instancia, grado o recurso superior, no solamente cuando se apela, recurre o se adhiere a la apelación la contraparte, sino en otros varios casos, como es el aquí contemplado, por una razón de lógica procesal; en efecto, al rechazar la demanda en la instancia el juzgador de primer grado y recurrir en apelación el actor, obviamente está combatiendo esa sentencia apelada, porque ha rehusado entrar en el conocimiento de la cuestión de fondo, con lo que está expresamente propugnando su conocimiento por el Tribunal Superior y por imperativo procesal queda expedita la vía del pronunciamiento que corresponda en

justicia a dicho Tribunal, y admitiendo con ello el recurrente la eventualidad de que sean rechazadas de plano y en profundidad las pretensiones de la demanda, lo que quiere decir que de adoptarse la tesis del recurrente en este caso, el órgano judicial superior ser vería constreñido a fallar únicamente en el sentido favorable a la actora apelante, lo que induce al absurdo.

Extinción de arrendamiento.—El contrato de arrendamiento fue dejado sin efecto al ser vendida la finca ubicación del negocio a la entidad mercantil demandada y recurrida por más que los pactos entre arrendador y arrendatario al efecto no consten con pormenorizado detalle, ya que consta la extinción del mismo por prueba que no ha sido desvirtuada. No consta fuera objeto de consentimiento o aprobación por el arrendador, hoy fallecido, el contrato de sociedad civil entre el arrendatario y la ahora recurrente, por lo que la relación negocial arrendaticia se trabó *intuitu personae* entre los citados A y B, de donde se infiere que el contrato societario formalizado entre B y la recurrente es materia extraña a A y su derecho —habiente X como compradora de la finca en que está situado el negocio arrendado, respecto de la cual y en lo atinente a tal negocio rige el aforismo *res inter alios acta nobis, nec nocet, nec prodest* y consecuentemente la extinción del arrendamiento llevado a cabo por el arrendatario con el arrendador, no afecta para nada a la hoy recurrente, que tan sólo está vinculada con B y contra el cual únicamente podría ejercitar los derechos de que se crea asistida.

Lo que además está previsto en el artículo 1.571 del Código civil, por el que se rige el arrendamiento de industria, en el sentido de que, de todas formas, la entidad recurrida al adquirir la finca tenía derecho a la extinción contractual arrendaticia de referencia, que, en efecto, tuvo lugar a raíz de su adquisición. (STS de 15 de marzo de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Con idéntica fecha se celebraron sucesivamente dos contratos. El primero —arrendamiento de industria— entre A (propietario de la misma) y B. El segundo —sociedad civil irregular— entre B y C, en orden a la explotación conjunta de la industria arrendada por B. Meses más tarde A vende la industria y las fincas en que ésta se ubica a la empresa X, que, dando por terminado el arrendamiento, continúa con la explotación del negocio, a la sazón, un aparcamiento de automóvil, lavado y engrase. C demanda a la empresa X. El Juez de Primera Instancia no estimó la demanda por falta de personalidad de la actora. La Audiencia Territorial, desestimando la mencionada excepción y entrando en el fondo, absolvió a la demandada. El recurso de casación no prosperó. (R.G.S.)

28. Interpretación de las cláusulas contractuales y valoración de otras pruebas.—El arrendatario plantea el recurso de casación basándose en que el aprovechamiento de la finca es rústico y no pecuario.

El segundo Fundamento de Derecho se apoya en el capítulo IV, título II, libro IV del Código civil, que comprende de los artículos 1.281 al 1.289. Concretamente, el artículo 1.281 dice que si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. En el contrato privado suscrito entre arrendador y arrendatario se reitera con insistencia en sus diversas estipulaciones que se trata de un arrendamiento pecuario, lo cual aparece, además, corroborado por la restante prueba

practicada, que fue valorada en su conjunto por la Sala de Instancia y en la que se constata que las fincas arrendadas no han sido destinadas, en ningún momento de la vida del contrato, por el arrendatario, aquí recurrente, que es de profesión ganadero, al cultivo agrícola, sino exclusivamente al pasto para el ganado de su propiedad.

Duración de los arrendamientos de fincas rústicas destinadas a aprovechamiento ganadero.—Según la disposición transitoria primera de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, los contratos existentes a la entrada en vigor de esta Ley se regirán en cuanto a su duración por lo establecido en la legislación anterior. El contrato de arrendamiento de fincas rústicas para aprovechamiento ganadero se concertó el 1 de octubre de 1972 con una duración de seis años y posteriormente se prorrogó por acuerdo de las partes por un año más. Al contrato le es de aplicación lo dispuesto por el artículo 9.6.1 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959, que establece que para aquellas fincas cuyo principal aprovechamiento sea ganadero, cualquiera que sea la cuantía de la renta, el plazo mínimo de duración del contrato será de tres años, y transcurrido el plazo contractual el propietario podrá arrendar nuevamente la finca a quien tenga por conveniente o explotarla en la forma que desee, siempre que ésta no sea contraria a las disposiciones entonces vigentes. No siendo de aplicación el párrafo 1.º del apartado a) del artículo 2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 28 de junio de 1940, coincidente con el párrafo 1.º del apartado a) del artículo 9 y con el apartado 1 del artículo 10 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959. No teniendo, consiguientemente, el arrendatario derecho a prorrogar el contrato, porque este derecho de prórroga no se aplica a los arrendamientos de fincas rústicas cuyo principal aprovechamiento sea el ganadero. (STS de 15 de julio de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Estamos ante un caso en el que el arrendador plantea una demanda para que se declare resuelto un contrato de arrendamiento de varias fincas rústicas para destinarlas a una actividad ganadera. El plazo inicial pactado fue de seis años y posteriormente se acordó prorrogarlo por un año más.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia Territorial confirmó tal sentencia. (J.A.C.G.)

29. Exclusión de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980.—A tenor de lo dispuesto en el artículo 6 de la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos quedan exceptuados de los preceptos del presente texto legal los arrendamientos entre parientes en línea recta, o entre colaterales hasta el segundo grado, ya lo sean por consanguinidad, por afinidad o por adopción, salvo que se otorguen por escrito con sumisión expresa a esta Ley. Esto mismo se establecía en el apartado 3 del artículo 1 del derogado Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959, bajo cuya vigencia se concertó el contrato verbal que da origen al litigio objeto de este comentario. Entre arrendador y arrendatario existe un parentesco de tercer grado en línea colateral porque el arrendador era tío carnal del arrendatario por ser hermano de la madre de éste, con lo cual no le alcanza la exclusión del citado artículo 6 de la Ley de Arrendamientos Rústicos.

Aplicación de la vigente Ley de Arrendamientos a contratos concertados con anterioridad a su entrada en vigor.—Como ha reiterado el Tribunal Supremo (SS. de 12 de marzo y 9 de abril de 1984, 11 de junio de 1985, 11 de julio y 29 de abril de 1986), en virtud de la retroactividad de grado medio que proclama la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980, ésta ha de aplicarse a los efectos de la relación que nazca después de estar ya vigente dicha nueva Ley, cuales son los derechos de retracto derivados de transmisiones efectuadas ya vigente la misma, aunque el contrato de arrendamiento sea de fecha anterior, siendo éste el presente supuesto litigioso, pues la compraventa de la que el demandante pretende derivar su derecho de retracto fue efectuada mediante escritura pública de fecha 14 de septiembre de 1984, cuando ya se hallaba vigente la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980.

El requisito de la profesionalidad para que el arrendatario pueda ejercitar el derecho de retracto.—Para poder ejercitar el derecho de retracto de acuerdo con la Ley vigente de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980, es requisito inexcusable poseer la condición de profesional de la agricultura, conforme exige el párrafo 2.º del apartado 2 del artículo 93 de la citada Ley, pues la carencia de la expresada condición priva del carácter de retrayente o de legitimación activa *ad causam* para ejercitar la acción de retracto, según tiene declarado el Tribunal Supremo (SS. de 17 de enero, 10 de marzo y 19 de mayo de 1986). Tanto la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, como la de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial correspondiente consideran probado que, en la expresada fecha de celebración de la venta de la que el demandante pretendía derivar su derecho de retracto, el mismo carecía de la condición de profesional de la agricultura, cuyo hecho probado ha de ser mantenido incólume. (STS de 6 de mayo de 1988, ha lugar.)

HECHOS.—Se plantea un supuesto de ejercicio del derecho de retracto por parte del arrendatario de varias fincas rústicas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la acción de retracto ejercitada fundamentalmente porque el retrayente no tenía la condición de profesional de la agricultura. La Sala correspondiente de la Audiencia Territorial estimó la demanda y declara haber lugar al retracto, por entender que la condición de profesional de la agricultura que establece la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos no es aplicable al caso de autos, por hallarse sometido el contrato de arrendamiento, por razón de la fecha de su concertación, a la legislación arrendaticia anterior y no a la Ley de 1980. (J.A.C.G.)

30. Arrendamiento rústico concertado por usufructuario.—Ya el Código civil en el artículo 480 dispone que podrá el usufructuario aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito; pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola. El derecho de usufructo, al ser vitalicio, se extingue por la muerte de la usufructuaria de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 513 del Código civil. Por su parte, la

Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, que es la directamente aplicable al caso que nos ocupa, sigue los pasos del Código civil, dado que el artículo 13 dispone que los arrendamientos otorgados por usufructuarios, superficiarios, enfitentas y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre la finca se resolverán al extinguirse el derecho del arrendador, subsistiendo el arrendamiento durante el correspondiente año agrícola; también podrán subsistir durante el tiempo concertado en el contrato, cuando éste excediere de la duración de aquellos derechos, si en su otorgamiento hubiere concurrido el propietario.

Está claro que al no haber concurrido el propietario en el otorgamiento del contrato, éste se extingue a la finalización del usufructo.

El Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones se ha pronunciado tanto para los arrendamientos rústicos (SS. de 7 de enero de 1943, 14 de noviembre de 1949, 9 de julio de 1951, 15 de mayo y 24 de junio de 1952) como para los arrendamientos urbanos (SS. de 6 de diciembre de 1955, 27 de abril y 31 de mayo de 1957, 9 de febrero, 2 de mayo y 27 de junio de 1958, 5 de febrero y 23 de abril de 1959, 28 de octubre y 30 de diciembre del propio año, o 19 de abril de 1960) en el sentido de que el contrato de arrendamiento otorgado por usufructuario queda resuelto de derecho por fallecimiento de éste o cesación del usufructo: No cabe, pues, invocar el artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, que regula la duración del arrendamiento.

El propietario sólo puede pedir la resolución del contrato en lo referido a la parte que a él se le adjudica al dividir la finca.—La finca inicial arrendada se dividió el 4 de marzo de 1985 en dos fincas independientes, adjudicándose al demandante una parte de ella como consta en la escritura pública correspondiente, sólo se postula la resolución del contrato respecto a la finca perfectamente individualizada y correspondiente al demandante, no respecto a la otra finca resultante de la división de la finca inicial, y se fija la cuantía de la renta arrendaticia correspondiente a la finca objeto del litigio en proporción a su extensión. (STS de 3 de mayo de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—La cuestión litigiosa es un contrato de arrendamiento rústico suscrito por la usufructuaria de una finca rústica. Consolidado el pleno dominio por fallecimiento de la usufructuaria, los propietarios dividen la finca en otras dos, adjudicándose cada uno de ellos una finca. El propietario de una de las fincas resultante plantea una demanda de resolución del contrato de arrendamiento en lo que concierne a la parte a él adjudicada.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia Territorial confirmó tal sentencia. (J.A.C.G.)

31. Necesidad de intervención del Consejo Rector.—En el caso que se comenta, la Asamblea General, directamente, sin intervención del Consejo Rector, acuerda la expulsión de unos cooperativistas. En la notificación que de tal acuerdo se hace a los expedientados, se pone en su conocimiento que tienen un plazo de cuarenta días desde la recepción del escrito en que ello se les comunica para recurrir ante la propia Asamblea General de esta Sociedad Cooperativa. Los demandados, en su escrito de contestación a la demanda, ponen de relieve el defecto formal que dicha tramitación supone.

Es obvio que conforme al artículo 11.2 de la Ley General de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974, la expulsión de un socio sólo podrá acordarla el Consejo Rector por falta grave. El interesado podrá recurrir ante la Asamblea General, que resolverá por votación secreta, mediante escrito y, en su caso, ante la jurisdicción ordinaria.

Distinción de competencias atribuidas al Consejo Rector y a la Asamblea General.—Es evidente, por tanto, que la Ley citada distingue, en orden a la expulsión de los socios cooperativistas, entre lo que pudiera denominarse con terminología procesal una competencia objetiva, para conocer en primera instancia de dichos expedientes, la cual tanto el citado artículo 11.2 de la Ley como el artículo 27 del Reglamento de dicha Ley de 16 de noviembre de 1978 atribuyen específica y exclusivamente al Consejo Rector, y otra funcional, para conocer de los recursos contra las resoluciones dictadas por éste en indicados expedientes, que en los mismos preceptos se confiere al estamento supremo de dichos entes, o sea, a la Asamblea General.

Garantía de los derechos del socio.—Hay que señalar que el artículo 11.2 de la Ley General de Cooperativas de 1974 es un precepto que por su carácter fundamentalmente procesal constituye la garantía de los derechos del socio de los entes cooperativos ante o frente a éstos, vinculando, por tanto, a sus órganos directivos; su incumplimiento pone en entredicho el derecho de defensa que tienen los socios expedientados, desde el momento en que, cual acontece en este concreto supuesto, es el mismo órgano, la Asamblea General, quien instruye el expediente, dicta el acuerdo y, por último, entiende de la impugnación del mismo, lo cual implica un poner en peligro la teleología del artículo 24.1 de la Constitución Española, lo que no es admisible. (STS de 28 de mayo de 1988, ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía contra una Sociedad Cooperativa Limitada de Trabajo Asociado sobre nulidad de acuerdos referentes a la expulsión de socios, y en el caso de que se confirme la validez de tales acuerdos, se obligue a la Sociedad Cooperativa a rendir cuentas a los demandantes desde la constitución de dicha Sociedad Cooperativa a la fecha de firmeza de esta sentencia.

El Juzgado de Primera Instancia condenó a la Sociedad Cooperativa a practicar con los socios demandantes la liquidación de las participaciones de éstos en el haber social, debidamente justificada con la exhibición de los documentos que acrediten los gastos e ingresos, y a pagarles el 70 por 100 de la misma en el plazo máximo de tres años a partir de la fecha de baja, percibiendo entre tanto el interés básico del Banco de España, incrementado en dos puntos, y, asimismo, se condena a un demandante a rendir cuentas a la demandada de su gestión durante el tiempo en que perteneció a la misma. La Audiencia Territorial revocó en parte la sentencia y sin entrar en el conocimiento de la acción subsidiariamente ejercitada confirma el resto de sus pronunciamientos. (J.A.C.G.)

32. Culpa extracontractual. Lesiones en accidente de caza. Prueba por presunciones.—En la prueba por presunciones se da un enlace preciso y directo entre los hechos declarados como ciertos por la sentencia recurrida y los que ella dedu-

ce como derivación racional de aquéllos, y, en el presente caso, no habiéndose combatido los primeros, ello quiere decir que se aceptan por los recurrentes y queda circunscrito el ámbito dialéctico del tema planteado a la censura de ese juicio lógico formulado por el Tribunal, que únicamente prosperará si falta notoriamente el enlace preciso y directo de que nos habla el artículo 1.253 del Código civil.

Disparos realizados por partida de caza. Prueba directa.—Los hoy recurrentes, formando una partida que practicaba el deporte cinegético en el mismo paraje donde, a la sazón, jugaban los niños en cuyo grupo se encontraba el hijo del recurrido, cerca de su propia casa, y encontrándose a una distancia aquéllos de éstos entre los 40 y 100 metros, sin que transitaran por aquellos pagos otras partidas de caza y habiendo efectuado disparos, huyeron del lugar de los hechos al tener conocimiento del percance sufrido por los niños, de cuyos hechos no cabe sino establecer por elemental percepción intelectual que los recurrentes fueron los autores materiales de los disparos que impactaron en el grupo de niños y, concretamente, en el que es objeto de la presente *litis*, y ello con grave negligencia dado el lugar en que ejercitaban la caza, y de ahí que el Juzgado de Primera Instancia diga que no es la prueba de presunciones la utilizada al efecto, sino la directa que se acredita por la trascendente nitidez y claridad de los hechos percibidos de los instrumentos de prueba que proliza y certeramente analiza en su sentencia.

Doctrina general sobre carga de la prueba en materia de culpa extracontractual. Inversión de la carga de la prueba.—En la materia de la responsabilidad derivada del artículo 1.902 del Código civil la carga de la prueba no gravita sobre quien ejercita la acción dimanante de un derecho subjetivo subyacente en una relación equilibrada, del mismo nivel ontológico, sino que aquí la acción se dispara a consecuencia de una actividad más o menos lícita de una de las partes que se proyecta sobre la otra, a la que produce un daño o perjuicio sin una recíproca actividad concurrente, pues precisamente cuando se produce en alguna medida esa actividad por parte de quien sufrió el daño, actúa la denominada compensación de culpas como correctivo a la reconducción íntegra de las consecuencias del daño al patrimonio de quien lo produjo; cuando esa actividad se ha producido, ha de ser el agente activo el que, por elemental criterio nivelador de derechos e intereses, ha de acreditar el resultado inocuo de la misma para que libre su patrimonio de la responsabilidad inherente, y ello tanto sea por actividad unilateral, como por la posesión de cosas que entrañan algún riesgo, máxime si procura lucro o alguna ventaja al poseedor, todo lo cual comporta lo que se denomina inversión de la carga de la prueba como *traducción procesal de lo que en términos sustantivos culpabilísticos se intitula como teoría del riesgo o de la culpa objetiva*, pues a esto se reduce la doctrina de esta Sala cuando dice que «en la culpa extracontractual debe presumirse la existencia de negligencia en el causante del daño, salvo cuando, aparte de fuerza mayor, el autor de la acción u omisión acredite haber actuado con el cuidado que requieren las circunstancias del lugar, tiempo y modo» (SS. de 6 de octubre de 1981, 10 de mayo de 1982, 11 de abril de 1984 y 18 de febrero de 1987).

Responsabilidad del grupo cuando no se prueba el autor de los disparos.— Cuando no se demuestren o no se den los suficientes elementos conducentes a diferenciar la concreta responsabilidad de cada uno de los agentes integradores de la pluralidad de sujetos de donde provenga el daño, se establece la responsabilidad solidaria de todos ellos por la actividad común o concurrente a su acaecimiento.

Presunción de inocencia. No procede.— La responsabilidad atribuida está sustentada en hechos procesalmente incontestados que no es lícito ahora desconocer, máxime cuando la presunción de inocencia no es un derecho constitucional de una intangibilidad a ultranza, sino que quiebra ante la realidad de los hechos, a no querer investir a tal derecho de una especie de patente de inmunidad que lesione eventualmente los derechos de todos los demás, constitucionalmente también protegidos por el de la tutela judicial efectiva, que tanto opera en el ámbito del agente como no menos, sino más, en el de la víctima, y el de la seguridad jurídica. (STS de 8 de julio de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—El sector de los accidentes cinagéticos constituye, a efectos de la responsabilidad por daños, un ámbito precisamente delimitado por el Título V de la Ley de 4 de abril de 1970, cuyo artículo 33.5 establece que «todo cazador estará obligado a indemnizar los daños que causare con motivo del ejercicio de la caza, excepto cuando el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor». Texto legal que casi reproduce literalmente el que regula los accidentes de circulación; analogía que se reafirma a la vista del artículo 36.6 a) del Reglamento, a cuyo tenor «no se considerarán como casos de fuerza mayor los defectos, roturas o fallos de las armas de caza y sus mecanismos o de las municiones». Todo ello permite calificar a este supuesto de responsabilidad por riesgo. Extrañamente, ni en el recurso ni en la argumentación del Tribunal Supremo se hace referencia explícita a la Ley de Caza, si bien se transcribe el texto de alguno de sus preceptos.

Concretamente, dice el artículo 33.5 de la Ley que «en la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza», norma que sustancialmente se reproduce al final del Fundamento de Derecho número 3. La excepción que ello implica en el principio de personalidad de la acción culposa tiene —dice Santos Briz, *La responsabilidad civil* (2), Madrid, 1977, p. 269— «un fundamento de solidaridad que acarrea la consecuencia de personalizar la responsabilidad en todos y cada uno de los miembros del grupo a través de su representación única, ya transitoria, ya permanente». La sentencia hace, por tanto, una correcta aplicación de una norma que, sorprendentemente, no cita.

Probablemente resulta excesiva la doctrina sobre inversión de la carga de la prueba, que la sentencia (Pte. Malpica González-Elipse) generaliza a todos los supuestos de culpa extracontractual, cosa harto discutible, pues no faltan sentencias en que se argumenta sobre la base de la doctrina tradicional sobre los requisitos del artículo 1.902, pero que, sin duda, es absolutamente correcta aplicada a los accidentes de caza. En el caso concreto parece claro que los Tribunales de Instancia aplicaron la prueba directa sobre unos hechos que revelan una conducta, no sólo dudosa, sino de mala

fe, de los demandados (huyen del lugar de los hechos al conocer el accidente y permanecen en rebeldía durante parte de la primera instancia). Hablar de prueba de presunciones sólo puede hacerse en sentido no técnico (la conducta descrita hace presumir una confesión de culpabilidad).

Por último, en relación con la alegación de la presunción de inocencia, puede advertirse cierto «fastidio» o «molestia» del Tribunal Supremo por su clara improcedencia en el presente caso. Tal alegación puede convertirse, en este tipo de pleitos, en una cláusula de estilo sin posibilidad de que sea tenida en cuenta.

El *quantum* de la indemnización reclamada por la pérdida de un ojo derecho con secuela de posible pérdida de visión del izquierdo se fija en 12 millones en la demanda, condenándose en primera instancia a 10 millones y rebajándose a ocho en apelación, cuantía que queda firme al rechazarse el recurso interpuesto por los cazadores condenados. Cifra que parece más bien moderada para las circunstancias del caso. (G.G.C.)

33. Culpa extracontractual. Responsabilidad por riesgo. Doctrina general.—En tesis de la llamada culpa extracontractual, tan parca en regulación legislativa y tan rica en jurisprudencia constante y evolutiva en torno al artículo 1.902 del Código civil, se ha configurado un cuerpo de doctrina en que, a propósito de la culpabilidad del agente causante del daño, desde aquellas remotas sentencias que exigían siempre y en todo caso una culpa leve, o al menos lata, pasando por la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, se ha llegado en tiempos recientes a formular unas conclusiones más acordes con la jurisprudencia de intereses y con los tiempos modernos, con su complicada tecnología, pasando a exigirse la racional y ordinaria cautela que ha de acompañar a todos los actos de los que puedan derivarse daños para terceros, plasmándose así la que en apretada síntesis, y como caracteriológica, se ha denominado teoría del riesgo, que atribuye una responsabilidad civil ante el acaecimiento dañoso.

Daños por explosión en cocedero de marisco. Prueba. Mal funcionamiento de las instalaciones.—La sentencia de Primera Instancia afirma que el demandado no había probado que la explosión fuera provocada por agentes extraños a la explotación, y tras declarar que en la industria se utilizaban gases inflamables y que los utilizados en la refrigeración también podían producir riesgos, destaca la peligrosidad de las materias orgánicas de desecho sometidas al proceso natural de descomposición, con emisión de componentes amoniacales peligrosos, y concluir que no se habían agotado todas las diligencias que exigía la naturaleza de las cosas y que correspondía a las circunstancias de tiempo y lugar, en relación con el riesgo que la industria establecida suponía para los demás usuarios del inmueble; abundándose en la sentencia de apelación en que los daños se originaron por explosión debida a defectos de elementos instalados en la empresa o existentes en ella.

Caso fortuito. Falta de prueba.—Se sienta la categórica afirmación de que el elemento dañoso no tuvo su origen en la colocación y ulterior funcionamiento de un artefacto explosivo.

Principio constitucional de presunción de inocencia. No se infringe cuando ha existido extensa actividad probatoria.—Una correcta interpretación del principio de presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, obliga a entender que se trata de un derecho fundamental que no puede quedar reducido al campo de las presuntas conductas delictivas, sino que ha de extenderse también a conductas administrativas o civiles de las que no sólo resulte una sanción, sino también una limitación de derechos; en su contenido, significa que toda condena debe ir precedida de una actividad probatoria que, si por una parte impide que se condene sin pruebas, por otra se entiende que las tenidas en cuenta han de ser tales y constitucionalmente legítimas; el detenido estudio de las presentes actuaciones demuestra una rica actividad probatoria cuya valoración corresponde al Tribunal de Instancia, por lo que se ha infringido tal presunción de inocencia. (STS de 5 de mayo de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—Pese a los términos generales con que se formula la doctrina extractada sobre responsabilidad por riesgo, se hace preciso reducir su alcance poniéndola en relación con los supuestos de hecho. Deriva de ella que, para la Sala Primera, la actividad desarrollada en el bajo de un edificio de viviendas, dedicada a cocedero de mariscos, origina responsabilidad por riesgo en cuanto a los daños que una eventual explosión puede causar. Pero si en el plano del principio la cuestión se presenta clara, en el plano de la prueba la doctrina jurisprudencial no se presenta tan nitida. En efecto, el dueño o titular de la explotación productora de riesgos puede demostrar la causa extraña productora del siniestro. En el presente caso se intentó introducir un posible atentado terrorista; pero ni en razón a la localización geográfica (ciudad de Córdoba) ni a los elementos probatorios aportados, se encuentra apoyo fáctico para sostener tal hipótesis causal. La argumentación de la sentencia no se queda en la mera declaración del riesgo, sino que, reproduciendo afirmación de la sentencia recaída en segunda instancia, concluye que hubo omisión de la diligencia debida en razón a las circunstancias de tiempo y lugar, es decir, negligencia. Dijérase que cuesta al Tribunal Supremo abandonar el principio culpabilístico, pudiendo pensarse que la invocación de otros criterios atributivos de responsabilidad tratan simplemente de reforzar o apuntalar las deficiencias de la prueba de la culpa.

La argumentación que esta sentencia del principio constitucional de presunción de inocencia resulta más «sosegada» y, por ello, más convincente que la utilizada en sentencia de 8 de julio de 1988 en un caso de daños en el ejercicio de la caza en grupo, sin que constara la autoría individual, por lo que se condenó solidariamente a los componentes de aquél. (G.G.C.)

34. Culpa extracontractual. Daños por colisión de vehículos. Sentencia penal absolutoria. No produce cosa juzgada en el orden civil.—Es doctrina constante que las resoluciones dictadas por los tribunales de lo penal no producen la excepción de cosa juzgada en el orden civil, no estándose en el caso del artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al no haberse declarado por sentencia firme la inexistencia del hecho de que la civil hubiera podido nacer; el auto ejecutivo que fija las indemnizaciones carece de toda relación con la presunción de cosa

juzgada, y no es obstativo a que en el procedimiento civil, al variar los supuestos de imputación de responsabilidad, pueda adoptarse soluciones distintas.

Culpa recíproca de ambos conductores.—Desde el momento que el Tribunal *a quo* estableció la actuación negligente de uno y otro conductor, como causalidad eficiente de los perjuicios sufridos por el actor, usuario y acompañante de uno de aquéllos, es evidente que las respectivas aseguradoras de los vehículos venían obligadas a la cobertura de tales daños, dentro de los límites del Seguro Obligatorio.

Reclamación de los daños en juicio ordinario.—No cabe sostener que la pretensión indemnizatoria haya de someterse forzosamente al juicio ejecutivo, ya que el procedimiento ordinario declarativo que corresponda a la cuantía de aquella está siempre abierto al perjudicado, cualquiera que sea el fundamento de su pretensión, sin que el artículo 9 del Texto Refundido de 1968 suponga obstáculo al respecto, puesto que, atendiendo a principios procesales superiores, debe permitirse la preferencia del interesado por los cauces definitivos del procedimiento declarativo, sobre el judicial sumario concebido en su beneficio; por otro lado, la elección del declarativo encuentra plena justificación cuando se reclama, además de los daños integrados en el Seguro Obligatorio, otros no amparados en el mismo. (STS de 17 de mayo de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—Sobre los problemas que plantea la existencia de daños recíprocos puede verse ampliamente Santos Briz, *Comentarios Albaladejo*, tomo XXIV (Madrid, 1984), pp. 461-485, si bien aquí no reclama uno de los causantes de la colisión, sino un acompañante. (G.G.C.)

35. Contrato de asistencia médica. Carácter civil de la relación entre el INSALUD y los particulares.—Como declaró la sentencia de 20 de febrero de 1981, es diferente la relación entre la Seguridad Social y el personal a su servicio y la que existe entre la misma Seguridad Social y el beneficiario de sus diversas prestaciones, entre ellas las atenciones médico-sanitarias, siendo el paciente un particular que ve afectados sus bienes más personales y privados que pueden sufrir daños por culpa o negligencia de quienes le atienden, lo que genera una responsabilidad civil para cuya efectividad habrá de ejercitarse la acción del artículo 1.902 y, en su caso, del 1.903 del Código civil.

Incompetencia de jurisdicción. Improcedencia. Artículo 41 Ley de RJA. Actuación del Estado en relaciones de Derecho privado. Competencia de la jurisdicción ordinaria.—La actuación de la entidad pública recurrente en el caso debatido no tuvo lugar en virtud de sus facultades soberanas como parte de la Administración del Estado, sino como entidad privada que había de procurar la curación de un lesionado o enfermo, que fue llevado a los centros dependientes del INSALUD con el mismo fin; se está fuera de relaciones de Derecho público, entrando más bien el supuesto en el artículo 41 de la Ley de RJA, cuando el Estado actúa en relaciones de Derecho privado, en cuyo caso responderá ante los Tribunales ordinarios directamente por los daños y perjuicios causados por sus funcionarios, Autoridades o agentes, aunque se considere la actuación de los mismos como actos propios de la Administración.

Artículo 1.903, párrafo 5.º Norma anacrónica—Según es admitido por la generalidad de la doctrina, el párrafo 5.º del artículo 1.903 del Código civil es una norma anacrónica ante la vigente legislación que permite exigir responsabilidad al Estado y Corporaciones o Entidades Públicas por toda lesión que sufran los particulares en sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Culpa «in vigilando» o «in eligendo» del INSALUD. Cangrena gaseosa en reducción de fractura.—El daño sufrido por la recurrida se debió a la actuación de los servicios sanitarios de la entidad demandada, pues la existencia de gangrena gaseosa era una complicación, si bien rara, pero posible y previsible en toda fractura abierta, sobre todo en heridas causadas en medios rurales; los facultativos al servicio de la demandada no observaron todas las precauciones precisas, ni dieron el tratamiento adecuado para prevenir el daño, ya que no fue total y absoluta la limpieza de la herida, o el tratamiento posterior, pues no se acredita que inmediatamente del tratamiento se hiciesen los análisis correspondientes para comprobar la existencia de gérmenes, sino después, cuando ya era tarde por haberse manifestado la infección por edema y necrosis; lo que revela en los autores materiales del daño una culpa *in operando*, suficiente para imponer, al amparo del artículo 1.903, párrafo 4.º, y constante jurisprudencia de esta Sala, la condigna responsabilidad civil por culpa *in vigilando* o *in eligendo* a la entidad, ya sea pública o privada, de quien aquellos causantes materiales del daño dependían, relación de dependencia que no se ha discutido, sino dado por supuesto y admitida a lo largo de esta litis. (STS de 21 de septiembre de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—En primera instancia se estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción, pero en apelación se declaró la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer del pleito, y se condenó al INSALUD a una indemnización de 7.500.000 pesetas por la amputación de la pierna izquierda a la altura del muslo, quedándole una invalidez permanente que, con la prótesis adecuada, permite la deambulacion. Indemnización no excesiva, tratándose de una mujer de dieciocho años.

Es de aprobar la declaración de competencia de la jurisdicción civil que hace la sentencia (Pte. Santos Briz), siguiendo una reiterada doctrina jurisprudencial. Resulta clarificadora la distinción de las relaciones internas entre el INSALUD y el personal a su servicio —de naturaleza administrativa o laboral— y las relaciones externas con el público que solicita la asistencia médico-sanitaria, aunque tengan su origen en el régimen obligatorio de la Seguridad Social. Si acaso podría precisarse la razón por la cual se acude preferentemente al régimen de la culpa extracontractual en vez de apoyarse en el contrato de prestación de servicios que cada acto médico origina, y que se celebra entre la entidad y el paciente, o sus familiares. Acaso su última *ratio* estribe en la dificultad de precisar los sujetos que intervienen en el arrendamiento de servicios, mientras que para el perjudicado resulta más fácil individualizar a los causantes del daño, así como probar su vinculación con la entidad sanitaria.

Como anotación marginal cabe expresar sorpresa por el hecho de que todavía se alegue como infringido el párrafo 5.º del artículo 1.903 invocando jurisprudencia ¡de 1911! (G.G.C.)

36. Culpa extracontractual. Principios generales. Accidentes de circulación. Interpretación conforme a la realidad social.—De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código civil, la interpretación de las normas debe hacerse, no sólo conforme a los antecedentes históricos y legislativos, sino también a la realidad social del tiempo en que se aplican, lo cual, además de estar declarado de modo reiterado por la doctrina de esta Sala, es de muy especial aplicación en todo cuanto se relaciona con ciertos temas de cada día mayor actualidad y frecuencia, a la vez que influidos por los nuevos adelantos de la ciencia, cual acontece con los de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, así como objetiva o por riesgo, dado que en tales supuestos la aparición de nuevos a la vez que más rápidos y peligrosos medios de locomoción, sustancias nucleares, etc., obligan a quienes tienen a su cargo la Administración de Justicia, no sólo a velar por la seguridad jurídica, esencial en todo Estado de Derecho, sino también y en relación con lo mismo, a suavizar, dentro de ciertos límites, la prueba de la culpabilidad y subsiguiente responsabilidad por razón de la mayor o menor peligrosidad de esos nuevos instrumentos, sustancias, etc., que la sociedad actual pone a disposición de sus miembros, máxime, y por lo que a la automovilística se refiere, si se tiene en cuenta que ni el artículo 1 de la Ley de 1968 regula una responsabilidad estrictamente objetiva o por riesgo, ni dicha Ley y los artículos 1.902 a 1.910 del Código civil son incompatibles.

La jurisprudencia como motivo de casación. Similitud de circunstancias.—Los temas de responsabilidad automovilística en casos como el aquí contemplado y los que al mismo se asemejen, exigen, para la formación de una doctrina jurisprudencial y a los efectos del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que las resoluciones a ellos referidas deban ser tenidas en cuenta, no con criterios generales en lo que a la responsabilidad civil se refiere, sino de similitud de circunstancias.

Colisión de vehículos con resultado de muerte. Responsabilidad del dueño del vehículo. La autorización habitual concedida al hijo conlleva la formalización de una relación de carácter cuasi-negocial.—La complejidad de la vida societaria va creando «compromisos sociales» caracterizados, porque de ellos pueden derivar, tanto relaciones contractuales, extracontractuales e incluso de responsabilidad de este último tipo, más o menos típicas, como quedar fuera de la esfera de lo jurídico; en el caso aquí contemplado, la autorización habitual concedida por el padre conlleva, al responder a una petición, a la formalización de una relación de carácter cuasi-negocial entre el titular del vehículo y el hijo, aunque sea a título gratuito.

Relación de causalidad.—Constituye el necesario encadenamiento de hechos básicos para que el resultado resarcible se produzca, haciéndose precisa una conducta de la suficiente importancia para que pueda considerarse como desencade-

nante del mismo, dando lugar a lo que por la doctrina científica civilista se viene denominando «causa eficiente», reconocida y declarada también por esta Sala (Sentencias de 15 de abril de 1964, 2 de abril de 1976, 24 de abril de 1979, 27 de noviembre de 1981 y 11 de marzo de 1988); no es, por tanto, preciso que el daño originado sea consecuencia directa de dicha causa, siendo suficiente con que la misma fuere necesaria para la producción del evento cuyo resarcimiento se pretende; en el presente caso, las dos conductas, a saber, la autorización habitual para conducir el vehículo de su propiedad por el padre del interfecto y la conducción imprudente del mismo, fueron origen mediato e inmediato del evento dañoso, a título de concausas productoras del resultado indemnizable. (STS de 23 de septiembre de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—Concurre en el supuesto de hecho un especial dramatismo, dado que, por efecto de la colisión —imputable a una clara negligencia del conductor de uno de los vehículos—, fallecieron los cinco ocupantes del mismo y otros dos del vehículo colisionado. La cuantía de las indemnizaciones otorgadas era realmente modesta, no llegando a 2.000.000 de pesetas en favor de los padres de uno de los fallecidos. Sin embargo, había un interesante problema jurídico que la sentencia (Pte. Martín-Granixo) resuelve con criterio progresivo. El conductor causante de la catástrofe conducía un vehículo propiedad de su padre, siendo mayor de edad y contando con la autorización habitual del mismo. Dado el fallecimiento del conductor causante del daño, y su posible insolvencia, el tema básico era implicar en el proceso al padre como responsable civil. El párrafo 2.º del artículo 1.903 no era aplicable por no tratarse de un hijo sujeto a la guarda; tampoco el párrafo 4.º, por no existir propiamente una relación de dependencia. Había jurisprudencia contraria con la sentencia de la Sala Segunda de 24 de septiembre de 1966, que excluye la responsabilidad civil del padre cuando el delito se comete por el hijo conduciendo un automóvil propiedad de su padre, aunque éste le haya autorizado para conducirlo, si en el caso concreto no lo hacía por orden y cuenta de su padre, sino pura y simplemente para darse un paseo, es decir, exclusivamente en provecho propio. Repárese que, de no haber fallecido el conductor, es probable que hubiera sido sancionado en vía penal en atención a las circunstancias del hecho. El Tribunal Supremo sorteja los obstáculos legales ampliando analógicamente la relación de dependencia del citado párrafo 4.º del artículo 1.903, incluyendo en ella una relación cuasi-negocial derivada de la autorización solicitada por el hijo y otorgada de modo habitual por el padre, incluso sin remuneración. La categoría de los «compromisos sociales» permite incluir el caso de la autorización concedida al amigo y, por supuesto, la que media entre novios formales, según una antigua sentencia de la Sala Primera.

No deja de ser ingeniosa la aplicación que hace esta sentencia del concepto ya habitual de relación de causalidad, al sostener que han sido concausas del accidente tanto el padre al autorizar a su hijo para conducir, como el hijo al conducir negligentemente. De tener autonomía esa «relación cuasi-negocial» de que habla la sentencia no era preciso implicar di-

rectamente al padre en la causación del daño; su responsabilidad se fundaría en una *culpa in eligendo*.

Debe señalarse el esfuerzo argumental para demostrar la línea de continuidad entre la legislación de accidentes de circulación y el artículo 1.902, continuidad que no existe —sino más bien ruptura— en el plano de los principios, aunque sí se produce, de hecho, por la reiterada apelación del Tribunal Supremo a los principios culpabilísticos para «reforzar» las declaraciones de responsabilidad según la Ley especial. (G.G.C.)

4. DERECHOS REALES

37. Sobre invalidez de la Junta Ordinaria de la Comunidad y nulidad de los acuerdos adoptados. Impugnación (artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal).—La existencia o inexistencia de un Libro de Actas resulta indiferente para las cuestiones relacionadas con la validez o nulidad de la Junta, del Acta correspondiente y de los acuerdos adoptados (en el caso, el testimonio notarial por xerocopia de 23 de enero de 1984, es demostrativo de la existencia del libro en cuestión).

Asimismo, no cabe apreciar vulneración de las Disposiciones del artículo 16, toda vez que en sus distintas normas se alude reiteradamente a aquellas cuotas, por cuya razón, la falta de especificación, en su caso, del cómputo de las votaciones por propietarios individualizados, no podría suponer un defecto de entidad suficiente para invalidar la Junta.

En otro orden de cosas, en cuanto a la representación a la Junta basta un escrito firmado por el propietario. Ahora bien, dejando al margen el derecho de los propietarios a tener a su disposición los documentos acreditativos de las representaciones otorgadas, es lo cierto que en la Ley reguladora no se impone la obligatoriedad de que los mismos se incorporen al Acta o se transcriban en ella.

Lo acabado de decir, lleva a situar la resolución del problema planteado al juego de las normas del artículo 16, cuya norma 1.^a no es de aplicación al referirse a las reglas contenidas en el título constitutivo o en los Estatutos y si lo sería, por el contrario, la segunda de ellas, al versar sobre la validez «de los demás acuerdos»; pero dado que los acuerdos se aprobaron mayoritariamente, habría de estarse a la norma 3.^a y requerir por ende a los disidentes la prueba del grave e indebido perjuicio que se les haya ocasionado por aquellos acuerdos. (STS de 25 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—J. E. P. y otros, actuando en el concepto de propietarios de determinadas fincas o apartamentos pertenecientes al inmueble C. R., ejercitaron acción de impugnación del artículo 16, norma 4.^a, de la Ley de Propiedad Horizontal, promoviendo juicio declarativo ordinario de mayor cuantía contra la Comunidad de Propietarios del referido edificio para interesar la declaración de invalidez de la Junta Ordinaria de la Comunidad celebrada, así como la del Acta que se acompañaba, y la declaración, al mismo tiempo de nulidad, como contrario a la Ley y a los Estatutos

de los acuerdos tomados en la Junta, a cuya demanda se opuso la expresada Comunidad.

El fallo en primera instancia estimó parcialmente la demanda (y en consecuencia se anularon los acuerdos —referentes a los gastos de dietas y viajes y gastos de personal—). Esta sentencia fue apelada por la parte actora, confirmando la Audiencia Territorial el fallo del Juez *a quo*. Finalmente, por la representación de los propietarios demandantes se interpuso el presente recurso de casación sin que el Tribunal Supremo declarase haber lugar al mismo.

NOTA.—Naturalmente, es de obligada observancia traer a remisión la reciente Ley de 23 de febrero de 1988 de Reforma de la Ley de 21 de julio de 1960 sobre Propiedad Horizontal, a tal efecto dedicamos unas breves notas aclaratorias.

Téngase en cuenta que entre otros aspectos que se modifican destacamos dentro de las obligaciones de los propietarios (art. 9) la declaración para el transmitente de hallarse al corriente en el pago de los gastos, quedando sujeto el transmitente —a título oneroso— a la obligación legal de saneamiento o por la carga no aparente de los gastos a cuyo pago esté afecto el piso o local.

Pero sobretodo y en una relación directa en cuanto al caso objeto de nuestro comentario, hay modificaciones importantes en cuanto a las *convocatorias de las Juntas* (art. 15).

Asimismo, una modificación importante es la concerniente a la norma 2.^a, párrafo 2.º, del artículo 16 (sobre validez de los acuerdos) en tanto en cuanto se dice que si la mayoría no pudiera obtenerse por falta de asistencia de los propietarios, se reunirá la Junta en segunda convocatoria, reunión que podrá tener lugar incluso en el mismo día, siempre que haya transcurrido un intervalo mínimo de media hora y que hubiese sido convocada previamente. Si la Junta, debidamente convocada, no se celebrare en primera convocatoria, ni se hubiere previsto en la citación el día y hora de la segunda, deberá ser ésta convocada con los mismos requisitos de la primera, dentro de los ochos días siguientes a la fecha de la Junta no celebrada, y con tres de antelación a la fecha de la reunión. En segunda convocatoria serán válidos los acuerdos adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes.

En cuanto a la alegación de la infracción del artículo 17, la jurisprudencia ha manifestado que cuando el acta de la Junta no se halla firmada por los copropietarios asistentes, lo que figura como acordado no obliga a aquellos asistentes. El acuerdo o aprobación es una categoría de actos jurídicos que requiere para su eficacia una constatación o confirmación de que los reunidos prestaron su consentimiento a los acuerdos tomados, lo que tiene lugar ordinariamente a través de la firma de los presuntos obligados y no por manifestación no legitimada de otras personas carentes de poder o autorización para consentir por otros. Además la firma en esta clase de documentos privados (cuya naturaleza tienen las actas de las

juntas de copropietarios), no tienen más significación que la meramente formal de un elemento testificativo, que se requiere no para la validez del documento, sino para que haga fe en relación con las declaraciones que emitan en él la parte o partes que se obliguen (véase, entre otras, S. de 23 de junio de 1983).

La explicación o fundamento del artículo 17 debe entenderse como una exigencia de tipo formalista que habrá de ser cumplida rigurosamente por quien ostente la presidencia de la Comunidad, ya que a la vista del contenido de los acuerdos transcritos, con expresión de fecha y hora de celebración, asistentes, cuotas de participación que representan, forma de adopción de los acuerdos, protestas formuladas, en su caso, y suscripción del acta por los asistentes, se garantiza tanto a la Comunidad como a cualquiera de los copropietarios que con tales reflejos en el libro de actas pueden disponer de los elementos precisos para el ejercicio de las acciones impugnatorias que la Ley les concede (véase S. de 10 de octubre de 1985).

Es evidente que en cuanto al capítulo referido a las cuentas correspondientes al plan de gastos e ingresos previsibles, y que corresponde a la Junta de Propietarios, no cae, obviamente, bajo el concepto de aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los Estatutos, para el que la norma 1.^a del artículo 16 requiere la unanimidad, debiendo inscribirse por efecto de tan incuestionable exclusión dentro del amplio concepto de «los demás acuerdos», propios de las Juntas de propietarios y que se rigen por la norma 2.^a del mismo artículo 16.

En congruencia con lo expuesto, los acuerdos de las Juntas adoptados por las mayorías de los dos primeros párrafos de la norma 2.^a del artículo 16 se abren a la impugnación prevista en favor de los propietarios que representen por lo menos la cuarta parte de las cuotas de participación, y a que se refiere la norma 3.^a por su párrafo 1.^o, siendo el competente para resolver la impugnación así entablada el Juez del lugar donde está sita la finca, llamado también a resolver en equidad, conforme al párrafo 3.^o de la norma 2.^a, en el caso que no se obtengan las mayorías de los dos primeros párrafos de la dicha norma 2.^a, o, por mejor decir, cuando no se obtenga la mayoría del párrafo 2.^o, ya que no obtenida la del primero es obligado, antes que acudir al Juez, intentar alcanzar la mayoría del párrafo 2.^o, siendo a este mismo Juez al que ha de acudir para que se resuelva en el caso de que el acuerdo mayoritario (de los párrafos 1.^o o 2.^o —teniendo en cuenta lo dispuesto de *lege data* en la modificación de la norma 2.^a, párrafo 2.^o, del artículo 16—) sea gravemente perjudicial a juicio de propietarios que representen por lo menos la cuarta parte de las cuotas de participación (remito, entre otras, sobre la cuestión de la aprobación de las cuentas de la Comunidad y la suficiencia de los acuerdos mayoritarios y la impugnación, a la muy aclaratoria S. de 8 de julio de 1985). (F.L.L.Y.)

38. Acción reivindicatoria.—Ninguno de los documentos establece datos que contribuyan a la descripción física de la finca, en su situación y forma, ni siquiera que existe una parte indiscutida que haya sufrido obras que perjudiquen el

subsuelo y las posibles aguas que en él se contienen o discurren, por lo cual falta el requisito de identificación, que viene exigido por constante jurisprudencia para que prospere la acción reivindicatoria. (STS de 30 de noviembre de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia impugnada, revocatoria de la de primera instancia, desestima la pretensión basada en acción reivindicatoria de aguas y consiguiente indemnización de daños y perjuicios, por haber invadido la comunidad de aguas demandada, con catas, el subsuelo de su finca. La desestimación de la demanda se basa en la falta de identificación de la finca. No prospera el recurso de casación.

39. Enajenación realizada por el Estado el año 1863.—El problema más interesante de los suscitados en el presente recurso debido a las consecuencias que del mismo pueden derivar es el relativo al objeto y alcance de esa indudable e indiscutible enajenación realizada por el Estado el año 1863. La zona marítimo-terrestre no es enajenable ni desafectable, lo que provoca como lógica a la par que jurídica consecuencia que el Estado carezca de aptitud para enajenarla o desafectarla por medio legal alguno al tratarse de un bien cuya titularidad dominical —no demanial— no le corresponde a él, sino al pueblo, a la nación.

Con la atención puesta en la legislación anteriormente vigente y sin olvidar el artículo 132.2 de la Constitución Española, no parece jurídicamente ilógico admitir que en el supuesto aquí contemplado nos hallamos en presencia: bien de la transmisión de un dominio degradado, bien ante un derecho real atípico; figuras ambas perfectamente factibles habida cuenta respecto de la primera que al no llevar consigo un dominio pleno y absoluto sobre el bien que recae provoca como consecuencia que el mismo siga perteneciendo al común del pueblo español; y, en cuanto a la segunda, dado que una cosa es la disposición de la titularidad dominical y otra la de alguna de sus facultades, por ejemplo la posesión a título especial de dicha zona, o el uso y disfrute de la misma, o el derecho a construir sobre ella, etc. Y a tales efectos no debe olvidarse tampoco que la posibilidad de los derechos reales atípicos es perfectamente admisible en nuestro Derecho positivo, dado que en él los mismos no son *numerus clausus*. Por ello; como la facultad o facultades que fueron enajenadas resultan de muy difícil delimitación dada la imprecisión del documento de venta en lo que a estos extremos se refiere y no es tampoco misión de esta Sala proceder a su determinación, de ahí la calificación que de ellos se hace de atipicidad, en cuanto sirve para indicar que siendo reales no tienen encaje claro y concreto en ninguno de los tipos de dichos derechos actualmente conocidos.

Imposibilidad de una confiscación del terreno cuestionado.—Por último y en cuanto a que el Estado pueda integrarse físicamente en el dominio de la zona marítimo-terrestre a que la *litis* se refiere sin resarcimiento alguno de los demandados, alegación ésta que aun cuando no forma parte del suplico de la demanda, sí se apunta y con reiteración a lo largo de buena parte de las motivaciones de este recurso, merece ser contemplada por las ulteriores consecuencias que puede tener y muy especialmente porque se ha llegado a apuntar la posibilidad de

una confiscación del terreno cuestionado. Ello no es factible, dado que, cual ha quedado expuesto con la suficiente claridad, el acto originador del traspaso a los particulares de ese terreno se llevó a cabo por el propio Estado en el ejercicio de unas facultades que le habían sido conferidas por una específica normativa. Recuperar, por tanto, ese dominio degradado o esas facultades, sin resarcimiento alguno, supondría un enriquecimiento injusto de imposible aceptación en un Estado de Derecho como es el español (art. 1.1 de la CE), ya que atacaría el principio de legalidad que consagra el artículo 9.3 del mismo texto legal y supondría, además, un atentado al de seguridad jurídica, que igualmente proclama dicho precepto y número.

Conclusión.—La zona marítimo-terrestre que se encuentra comprendida en los terrenos que fueron objeto de adquisición por subasta y adjudicación el 10 de enero de 1863 al Estado, y cuya acta de posesión es de fecha 23 de abril del mismo año, es bien común por naturaleza. En consecuencia, debe declararse que el dominio pleno de referida zona marítimo-terrestre ostenta el carácter de absolutamente inalienable, imprescriptible, inembargable e indesafectable. Se declara, a su vez, que en la subasta de que deriva la causa de este proceso, lo que se transmitió al adquirente sobre dicha zona no fue el dominio pleno y sí, únicamente, bien un dominio degradado, bien unas facultades derivadas del dominio, sin limitación alguna en orden al tiempo, razón por la cual siguen perteneciéndoles. Que, en todo caso, si se realizase dicho desapoderamiento, el Estado deberá satisfacer a los actuales titulares la pertinente indemnización, cuya determinación corresponde fijar a la jurisdicción ordinaria civil en el procedimiento correspondiente. (STS de 6 de julio de 1988, ha lugar.)

HECHOS.—El Letrado del Estado formuló ante el Juzgado de Primera Instancia demanda de mayor cuantía contra una persona y su cónyuge, sobre acción declarativa de dominio de terrenos de dominio público, estableciendo los siguientes hechos: el deslinde de la zona marítimo-terrestre en que están situados los terrenos de que se trata, fue aprobado por Orden Ministerial de 17 de noviembre de 1966, así como el acta de deslinde y acto del reconocimiento del terreno, el cual tuvo lugar los días 21 y 22 de octubre de 1964 y el primero el 28 de junio de 1965, fijándose en el deslinde 231 mojones más otros dos que existían con anterioridad, y después de todos los trámites del mismo fue aprobado por la Orden Ministerial de 17 de noviembre de 1966 y, por tanto, es firme y correcto, la línea de mojones indiscutida y lo único que se debate y a que se refiere la demanda es si el dominio público de la zona marítimo-terrestre puede ser objeto de dominio privado sin que fuese obstáculo el haber introducido en el Registro de la Propiedad la aparente titularidad de una finca, por cuanto el dominio público no deja de serlo por el hecho de estar inscrito. Alegaba los Fundamentos de Derecho que estimaba aplicables y terminaba con súplica de sentencia declarando que son de dominio público, como pertenecientes a la zona marítimo-terrestre, los terrenos objeto de la demanda, en cuanto a la parte que de los mismos está dentro de la indicada zona según el deslinde aprobado por Orden del Ministerio de Obras Públicas de 17 de noviembre de 1966 y que se reflejan en el plano oficial de

deslinde de 10 de agosto de 1965, en todos aquellos terrenos propiedad de la demandada, y que figuran en la certificación registral que aportaba y que figuran igualmente en el plano de deslinde también aportado; la nulidad de los asientos registrales practicados en el Registro de la Propiedad, objeto de este litigio, ordenando en consecuencia la cancelación de los mismos y condenar a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones con todas sus consecuencias.

La contestación a la demanda sostuvo en síntesis que habiendo enajenado la nación en pública y judicial licitación tal dominio sancionada con escritura judicial, inscrita en el Registro de la Propiedad, donde pervivió indemne y sin interrupción, con su derecho avalado por una presunción legitimadora *iuris et de iure* que surge de la posesión inmemorial, pública, quieta, pacífica y no contradicha del predio, al cauce buscado para conseguir aquel efecto por el representante del Estado transmitente, es impropio, irregular, antijurídico, inadecuado y anómalo, siendo la expropiación forzosa la única vía jurídica, lícita, apta e idónea para obtener dicha restitución, previos los requisitos legales y la nulidad a efectos civiles del deslinde provisional practicado por la Administración que la parte actora afirma la firmeza de la Orden Ministerial de 17 de noviembre de 1966 que lo aprobaba y que consideraba inatacable y luego se contradice al manifestar que los deslindes administrativos sólo resuelven cuestiones de límites, pero sin que puedan llevarse a efectos declaraciones de propiedad.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda declarando que los demandados eran al tiempo de la presentación de la demanda dueños en pleno dominio de las fincas objeto de la misma, con la integridad de su suelo, en la forma que pregonaban sus respectivos asientos registrales vigentes. La Audiencia Territorial confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (J.A.C.G.)

40. Naturaleza jurídica de este tipo de aprovechamiento ganadero.—Según la Sala de la Audiencia correspondiente no parece probado que los montes objeto del litigio sean propiedad exclusiva del Ayuntamiento demandante y la calificación jurídica que corresponde al derecho de pastos del que son titulares los vecinos de los Ayuntamientos demandados no es la de una corraliza, como pretende el Ayuntamiento demandante, sino la de comunidad facera a la que pertenece, en régimen de comunidad en mano común o de tipo germánico, la titularidad dominical de tales montes, por lo que no cabe la redención pretendida por la Corporación actora.

Titularidad dominical de los montes litigiosos.—La sentencia objeto de análisis establece que la propiedad de los montes controvertidos pertenece exclusivamente al Ayuntamiento demandante, dentro de cuyo término municipal o jurisdicción se hallan ubicados, y ello porque así lo evidencian de modo indudable las Ordenanzas o Reglamento de la villa, reconociendo los derechos existentes en los mismos a favor de los otros pueblos. Dichas Ordenanzas fueron pactadas y redactadas de mutuo acuerdo de la Excelentísima Diputación Foral de Navarra, de fecha 5 de julio de 1946; en tales Ordenanzas aparece que la propiedad de los montes comunales que en ellas se expresan pertenecen exclusivamente al Ayun-

tamiento demandante, en cuyo término municipal se hallan, reconociéndose a los vecinos de los otros pueblos solamente el derecho de pastos, mientras que los vecinos en cuyo término municipal se encuentran los montes tienen tal derecho y exclusivamente todos los demás aprovechamientos (cultivo agrícola de las tierras, hacer leña, «rançar» esparto, piedra y derecho de caza).

Características de un derecho de servidumbre personal de pastos.—Al ser esencia de la comunidad facera la concurrencia de varios titulares dominicales que constituyen una comunidad para un determinado aprovechamiento solidario, lo que comporta la posible división posterior de la misma entre los condueños (Leyes 386 y 387 del Fuero de Navarra), parece evidente que dicha calificación no es atribuible al exclusivo derecho de pastos que los vecinos de los pueblos próximos tienen sobre los montes litigiosos, al ser éstos, como se ha dicho, de la propiedad exclusiva del Ayuntamiento del otro pueblo; por lo cual ese derecho en cosa ajena tiene toda la fisonomía y características propias de una servidumbre personal de pastos (así aparece calificada en la ya citada inscripción de los montes en el Registro de la Propiedad), con arreglo a la normativa del Código civil (arts. 531 y 603), si fuera aplicable a este supuesto, y que dentro del Derecho foral navarro que, como norma general, no admite más servidumbres que las prediales (Leyes 393 y 394 del Fuero), ha de tener su incardinación dentro de la institución equivalente a la servidumbre personal de pastos del Derecho común y que son las llamadas corralizas que, como una de sus posibles manifestaciones define la Ley 379 del mismo Fuero como un derecho de aprovechamiento parcial sobre la finca ajena, quedando excluida la posibilidad de su calificación como facería (Ley 384) o como comunidad facera (Ley 386) que presuponen una cotitularidad dominical que aquí no existe, entre los que gozan conjuntamente del aprovechamiento, por lo que, al corresponder al derecho litigioso la citada conceptualización legal de corraliza, el mismo es redimible, conforme a lo preceptuado en el apartado 2 de la Ley 382 del Fuero, que establece que las corralizas son redimibles a instancia del Municipio. (STS de 12 de julio de 1988, ha lugar.)

HECHOS.—Un Ayuntamiento plantea una acción para que se declare extinguida una servidumbre de pastos de ganado que, bajo la forma de corraliza, ostentan los vecinos de otros dos Ayuntamientos sobre determinados montes comunales de aquel Ayuntamiento. Para redimir la servidumbre de pastos el Ayuntamiento demandante ofrece unas cantidades distintas a cada uno de los Ayuntamientos demandados. Por último, la parte demandante pide que se condene a las corporaciones demandadas a estar y pasar por esta declaración de extinción del derecho y a que prohíban e impidan a los vecinos de las respectivas localidades el aprovechamiento de los pastos objeto de las corralizas extinguidas.

Tanto el Juzgado de Instancia como la Audiencia Territorial desestimaron la demanda y el recurso de apelación correspondiente en los que se pedía la redención de corraliza o facería. (J.A.C.G.)

41. Servidumbre de no impedir vistas.—La citada limitación ha sido bien interpretada por la sentencia recurrida, como servidumbre de no impedir las vistas, servidumbre negativa, que comprende, no solamente su eliminación total, sino también la parcial, especialmente en casos como el presente, en el que se

da también una construcción de más altura que la concretamente permitida por la servidumbre de no elevar plantaciones ni edificaciones, es decir, construcciones en general, que, con el fin de mantener las vistas, tal como se tenían, impide elevar toda clase de construcciones o plantaciones. (STS de 11 de noviembre de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia impugnada, confirmatoria de la dictada en primera instancia, rechaza la demanda interpuesta por la actora, en la que pretendía la continuación de la obra paralizada por estimación del interdicto de obra nueva planteado por los demandados, al declarar que tal obra nueva afectaba sus derechos, favorecidos por la titularidad de una servidumbre de no obstaculizar las vistas que, desde su predio, se proyectaban hacia la zona del mar. No prospera el recurso de casación.

42. Modificación de servidumbre.—No se admite la existencia de la servidumbre, pues el Tribunal de Instancia formuló la declaración de hecho probado al proclamar la existencia de condominio, que tampoco se puede rebatir por interpretación errónea del documento privado en que se estableció la supuesta servidumbre, pues no es concebible la constitución de una servidumbre para todos los individuos (*sic*), como reza el documento que se analiza —supónese quiere decir indivisos— sin la concreción exacta de cuál es el inmueble dominante y, sobre todo, la determinación del propietario del paso o calleja que ha de ser distinto del de los predios adyacentes al mismo, dándose el caso que, del propio documento, lo que se infiere en forma sistemática y teleológica es que se constituye un condominio sobre el tan repetido *paso* a favor de los propietarios de las fincas aludidas en forma inequívoca en el tan calendado documento que, en forma más o menos directa, acceden al mismo y que de esta suerte pueden servirse de la calleja en beneficio de todos.

En cuanto a la posibilidad que se trate de accesión invertida, se declara que no se dan los supuestos exigidos por la jurisprudencia para la admisión de esta figura, ya que la Sala de Instancia había declarado expresamente la mala fe del constructor que es una cuestión de hecho sometida a la soberanía de dicha Sala. (STS de 23 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Se construye un edificio sobre una zona de paso para un lavadero; interpuesto el correspondiente interdicto, se suspende la obra. El constructor alega en contra de esta suspensión que procede modificar la servidumbre, en aplicación del artículo 545. Los oponentes alegan que no hay servidumbre, sino condominio sobre terreno ocupado. El Juzgado declara el derecho del actor a continuar la obra siempre que se ceda otro terreno para el acceso al lavadero. La audiencia condena al constructor a derribar la parte de la obra que ocupaba el terreno mencionado; aceptando la pretensión de accesión invertida, si bien rechaza la de modificación de servidumbre, aunque con la extraña contraprestación, como dice el Tribunal, de no entregar el valor del suelo invadido, sino la accesión de otro terreno para el paso. (F.L.L.Y.)

43. Discusión sobre la existencia de servidumbre de vuelo.—Los actores ostentaban un derecho de propiedad sobre el vuelo de lo que era planta baja de

la casa de los demandados, derecho patente e indubitadamente exteriorizado porque sobre la mencionada planta baja existía construido un desván que ocupaba la extensión superficial señalada por el perito, cuyo desván que se encontraba en comunicación con una habitación radicada en la primera planta del inmueble de los demandantes, colindante con el de los demandados, estaba coronado por su correspondiente tejado, y si bien en la demanda inicial de las actuaciones se califica al derecho así exteriorizado de servidumbre de vuelo, la realidad es que tal derecho de trascendencia real e inscribible en el Registro de la Propiedad no constituye *per se* una servidumbre limitativa del dominio, como lo demuestra el tratamiento que en el ámbito del Derecho Inmobiliario Registral al mismo se le concede, pues partiendo de lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, del artículo 7 de su Reglamento y del artículo 16.2 del mismo Reglamento que declara inscribible conforme a las normas del número 3 del artículo 8 de la Ley y sus concordantes el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio.

No procede la aplicación de la doctrina de la acción invertida.—El supuesto de hecho sometido a la decisión judicial es bien distinto de aquel que la preceptiva contenida en los artículos 361, 362 y 363 del Código civil, por cuanto no se trata del que edifica sobre terreno ajeno y de las consecuencias que ello conlleva según la edificación haya sido realizada de buena o mala fe, sino de un ataque directo al derecho de propiedad que sobre el vuelo de un inmueble de los demandados correspondía a los actores, derecho incluso materializado al estar construida una habitación o desván pisando sobre la planta baja del edificio de éstos, ataque directo que al estar significado por la destrucción operada de la habitación dicha y de su tejado, no puede predicarse constituya un supuesto de extralimitación, al constituir en realidad un despojo de un derecho que se posee, y menos que tal despojo pueda incardinarse ni aun lejanamente en un caso de los que dan lugar a la aplicación de la doctrina de la accesión invertida. (STS de 9 de julio de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Se ejercita por los actores una acción para que se declare la existencia de un derecho de servidumbre de vuelo en favor de una finca suya como fundo dominante sobre la propiedad de los demandados como fundo sirviente, como remisión al plano que se acompaña con la demanda o en su caso al informe pericial que se practique en su día, respecto a las características físicas y concretas de dicha servidumbre; igualmente se declare que la finca propiedad de los demandados no goza del derecho de servidumbre de voladizo al uso sobre la finca propiedad de los actores; asimismo, se condena a los demandados a la devolución de todos y cada uno de los voladizos que se detallan en el hecho cuarto de la demanda, previa declaración de que su construcción ha sido realizada de mala fe; y se les condene a efectuar las obras de reparación en el edificio propiedad de los actores.

El Juez de Instancia declaró no haber lugar a una servidumbre de vuelo a favor de los actores, la no existencia de servidumbre de voladizos a favor de los demandados y condenó a los demandados a indemnizar a los demandantes en la cantidad que se fije en ejecución de sentencia respecto a las edificaciones y vuelos construidos sobre suelo ajeno y a los daños

y perjuicios causados. La Audiencia Territorial estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por los demandantes condenando a los demandados a llevar a cabo la demolición de aquella parte del edificio, construido en terreno de su propiedad. (J.A.C.G.)

44. Aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.—La extensión y el alcance de las inscripciones que aparecen vigentes en el Registro, legitimando el derecho del tercero, que adquiere a título oneroso, de buena fe, y de la persona con facultades allí reflejadas para transmitirle el derecho, sin que pueda ser atacada la adquisición llevada a cabo por este tercero, cualquiera que sean las vicisitudes por las que la relación jurídico-real atraviese, y cualquiera que sean los derechos y acciones que extrarregistralmente puedan existir; se trata, por tanto, de un caso típico de adquisición a *non domino*, en el que el extraordinario poder legitimador concedido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, mantiene el título adquisitivo del tercero, revistiéndolo de una cualidad inatacable, independientemente de los vicios que adoleciera el título por virtud del cual el contenido registral tuviera acceso al Registro (S. de 7 de diciembre de 1987); siendo inoperante, en el presente caso, las circunstancias extrarregistrales que se dice no fueron tenidas en cuenta en la resolución recurrida, cuando precisamente la no constancia registral de las mismas sólo es atribuible a la parte que recurre.

No son de aplicación el artículo 33 de la Ley Hipotecaria y el artículo 878 del Código de Comercio.—Realmente no son de aplicación los citados artículos 33 de la Ley Hipotecaria y 878 del Código de Comercio, pues ni la adjudicación judicial que dio lugar a la inscripción era nula, en principio, con arreglo a la Ley, y si su anulación posterior no tuvo constancia registral fue culpa del recurrente; ni, por otro, los demandados adquirieron la finca del quebrado, sino de un tercero que estaba obligado por la sentencia a devolver la misma finca, o en su caso su importe, dándose la circunstancia que nadie ha promovido la ejecución de esa sentencia, ni ha procurado llevar constancia de la misma a los libros registrales, para conocimiento de los terceros hipotecarios de buena fe. Por lo que respecta a la extensión de la hipoteca, y, por tanto, a la protección del derecho inscrito en favor de los terceros, es obligado tener en cuenta que tanto contractual como legalmente la extensión de la adquisición del transferente, en virtud de la constitución de la hipoteca, a las edificaciones existentes en el inmueble al tiempo de su ejecución; condiciones en las que es transmitida la finca a los demandados, y adquisición que en las mismas circunstancias es amparada por la presunción *iuris et de iure* del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. (STS de 20 de mayo de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Se plantea por varias personas una demanda para reivindicar dos fincas urbanas. Tras el correspondiente juicio declarativo ordinario de mayor cuantía se declara a una persona de las demandantes dueño de las fincas objeto del litigio, se condena a los demandados a admitir de inmediato la posesión del propietario, igualmente se condena a los demandados a abonar las rentas al propietario desde la presentación de la demanda y, por último, se condena a los demandados a realizar o consentir los actos jurídicos para alcanzar la finalidad consistente en que las repetidas plantas sean inscritas en el Registro de la Propiedad a nombre del propie-

tario. La Audiencia Territorial revocó absolviendo a los demandados de los pedimentos de la demanda. Los demandantes interpusieron recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Territorial. (J.A.C.G.)

45. Recusación de árbitros en el arbitraje de equidad.—La recusación por aducirse estar los tres letrados intervinientes interrelacionados, no consta formulada por ninguno de los afectados por el laudo, posibilitando en consecuencia su firmeza y ejecutoriedad, pues si es exacto que el artículo 23 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953 posibilita la recusación de los árbitros, también es evidente que para producir efecto una recusación se requiere que se formule y decida adecuadamente, lo que no se acreditó en el presente caso, aparte que la situación de interrelacionalidad que aduce el recurrente, no es causa de las reconocidas en el artículo 189 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para dar base a la posibilidad de los Jueces.

La inscripción en el registro no tiene eficacia convalidante.—Al ser declarada nula la segunda compraventa, como consecuencia de la declaración mediante sentencia firme penal, de la existencia de un delito por otorgamiento en perjuicio de otro de un contrato simulado, también se declara por su consecuencia la cancelación de la inscripción registral practicada al amparo de aquella escritura pública, con base en ella en manera alguna cabe apreciar prioridad dominical, tanto en virtud de la ortodoxa aplicación del principio de derecho conducente a que los actos que se dejan sin efecto se consideran como si no hubiesen sido realizados, dado que lo nulo ningún efecto puede producir, cuanto porque, aplicando *a sensu contrario* el tercer párrafo del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, los asientos del Registro practicados en los libros correspondientes dejan de producir sus efectos convalidantes cuando su inexactitud se declara por los Tribunales, lo que en definitiva es aplicación del principio de buena fe que impera en el ordenamiento jurídico registral para que produzca sus normales efectos presuntivos de acómmodo a la realidad extrarregistral.

Perfeccionamiento y consumación del contrato de compraventa.—Según el artículo 1.445 del Código civil, cuando uno de los contratantes se obligue a entregar una cosa determinada y otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente, de modo que, como establece el artículo 1.450, la venta queda perfeccionada entre comprador y vendedor, y es obligatoria entre ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hubieran entregado, claramente conduce a reconocer vida jurídica al primer contrato de compraventa a pesar de la falta de entrega de la cosa y la ausencia de inscripción en el Registro, pues conforme pone de manifiesto la sentencia de 9 de julio de 1981, la entrega de la cosa en la compraventa es un requisito para la consumación del contrato, no para su perfección, y como también se expresa en la sentencia de 6 de marzo de 1952, no es lo mismo la entrega de la cosa que la transmisión del dominio. (STS de 18 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Se plantea un supuesto de doble venta, donde el segundo comprador inscribe la escritura de compraventa con anterioridad al primero. Previamente a entablar el pleito que trae como consecuencia el recurso de casación que aquí se plantea, se había acudido a un arbitraje de equi-

dad; posteriormente, el primer comparador planteó demanda sobre reivindicación del inmueble objeto de la compraventa.

La demanda fue estimada por las sentencias de ambas instancias, declarando propietario al primer comprador, y nula la segunda compraventa y en consecuencia nula la inscripción en el Registro de la Propiedad. (E.S.M.)

5. DERECHO DE FAMILIA

46. Capitulaciones matrimoniales o «espolits».—El hecho de que el marido usase de tal derecho respecto de sus bienes, no puede implicar prohibición para que el supérstite heredante haga otro tanto respecto de los suyos propios, dentro de los límites impuestos en las capitulaciones, de forma tal que con la designación de heredero está impidiendo que se cumpla la condición de la que depende la efectividad del heredamiento preventivo, pues en definitiva rige el principio de libre revocabilidad de los heredamientos preventivos sin necesidad de tener que acudir a la desheredación legitimaria. La facultad de deferir la herencia por donación universal es algo admitido en Ibiza antes y después de la Compilación, de manera que si el heredante tiene según lo pactado facultad reservada para designar herederos o donatarios, siendo ambas formas solemnes, no existe *ratio legis* para que se limite su facultad al uso exclusivo de la forma testamentaria.

Nos encontramos ante una donación universal, el hecho de que la donante se reserve el usufructo vitalicio sobre los bienes donados e imponga al donatario la obligación de pagar las legítimas a sus hermanos en proporción a lo donado, descontando de su importe el de las mejoras ya efectuadas en las fincas y las que «haga en lo sucesivo» son pactos típicos de la donación universal. (STS de 16 de mayo de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—En capitulaciones matrimoniales o «espolits» otorgadas ante notario se estableció que los futuros cónyuges hacen donación *intervivos* reservándose el usufructo durante sus vidas de la mitad de todos sus bienes presentes y venideros a favor de los hijos varones que procediesen de este matrimonio, y en defecto de varones de éste hacen las mismas donaciones a favor de las hembras de éste con preferencia a varones de distinto, reservándose, en todo caso, el derecho de elegir y nombrar los hijos que mejor les parezcan, para herederos o donatarios, y famentándose mutuamente ambos cónyuges para que si alguno de ellos muriera sin designarlos, lo puede verificar el sobreviviente por el premuerto de lo donado y reservado y para en el caso de morir sin haberlo hecho, desde ahora ya dejan nombrado por el heredero o donatario de todos sus bienes al hijo varón mayor de este matrimonio y en defecto de varón a la hembra mayor del mismo, pero todo sin perjuicio de que el cónyuge sobreviviente usufructuara los bienes del premuerto durante su viudez.

NOTA.—Como explica con gran precisión Cerdá Gimeno, el autor que con más profundidad y acierto ha estudiado estos temas, y a quien seguimos sustancialmente en nuestro comentario, la actividad del cónyuge se traduce en el ejercicio de una facultad de elección de sucesor universal. La determinación es irrevocable si se efectúa en testamento. La finalidad

de esta modalidad de heredamiento es la de evitar la sucesión intestada y la división del patrimonio ha de ser un heredamiento válido (institución contractual de heredero) a la que serán aplicables las normas de los artículos 63 a 66 de la Compilación. La prevención o previsión es el elemento identificador y tipificante del heredamiento preventivo, la prevención se refiere siempre al fallecimiento del heredante sin sucesor universal. Una segunda característica de los heredamientos preventivos es que se hagan a favor de hijos nacidos del otorgante. Es decir, lo pactado alcanza, como dice el autor, *supra* citado a quien seguimos en su exposición un carácter más bien estatutario de una sucesión que en su día deberá producirse (remito a Cerdá Gimeno, *Artículos 70 a 76 de la Compilación de Baleares*, «Revista de Derecho Privado», Tomo XXXI, Vol. 2, pp. 346-366). (F.L.L.Y.)

47. Nulidad de la escritura de capitulaciones matrimoniales. Fraude de acreedores.—Poco importa, respecto a la nulidad de la escritura de capitulaciones matrimoniales, el que la obligación cambiaría fuera contraída solamente por el esposo, o las específicas asignaciones a los bienes gananciales de determinadas deudas, cuando, como quedó expresado, el otorgamiento de tales capitulaciones no tenía otro objeto que el de procurar una insolvencia frente a las obligaciones válidamente contraídas por el demandado. (STS de 8 de julio de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Una entidad bancaria solicitó en la demanda la nulidad y rescisión de la escritura de capitulaciones matrimoniales por cuya virtud se adoptó el régimen de separación de bienes por fraude de acreedores, declarando sujetos los bienes gananciales a las responsabilidades derivadas de la sentencia de remate del procedimiento ejecutivo.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó este fallo. No prospera el recurso de casación.

48. Reconocimiento judicial de la paternidad.—Con base en las pruebas practicadas que han sido valoradas en su conjunto, la Sala llega a la certeza que don «X» es el padre de la niña a todos los efectos legales y como quiere que tal proclamación no se ha impugnado en cuanto supone un *mentis* a la presunción *juris tantum* que en dicha norma sustantiva se contiene, es evidente que la sentencia de divorcio señalada en apoyo de la tesis del recurso no puede contrarrestar la declaración fáctica del juzgador de instancia, ya que dicha sentencia obviamente no refleja ni puede reflejar la realidad biológica de la filiación de la neófita, por lo que carece de la eficacia connotadora del error que se denuncia en esa particularidad, y trascendente cuestión, aparte de que en el mejor de los supuestos la valoración conjunta de todas las pruebas practicadas no puede casacualmente verse mermada en su virtualidad por la prepotencia que singularmente quiere conferirse por el recurrente a tan sólo uno de los instrumentos probatorios obrante en las actuaciones.

La prueba pericial no ha sido la única ponderada por el Tribunal de Instancia para la proclamación de paternidad que en ella se contiene, sino que, como se dijo, es tanto de una valoración conjunta y ello sin perjuicio de que no se puede privar a los Tribunales de la apreciación libre de esa prueba pericial, salvo que

se acreditara —lo que aquí no acontece— que las reglas de la sana crítica a que alude el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o lo que es igual, los dictados racionales de interpretación lógica, hubieran sido transgredidos por la Sala *a quo*. (STS de 8 de julio de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—La demanda fue formulada por la madre en representación de los intereses de su hija, al objeto del reconocimiento forzoso (es decir, acción de reclamación de la filiación extramatrimonial); asimismo, terminó suplicando que además de la declaración de paternidad se rectificara el asiento registral en donde apareciese inscrito el nacimiento de dicha menor. Es decir, el motivo de la presente *litis* es el reconocimiento de la paternidad.

Por parte del recurrente se solicita la nulidad de la prueba pericial biológica; si bien el juzgador en casación, con buen criterio, concluye desestimando tal pretensión por intemperante y extemporánea, porque habiendo asistido el recurrente al acto judicial en que tuvo lugar la aclaración promovida de oficio por el juzgador de instancia, tuvo ocasión, en ese momento procesal, para a su vez solicitar las nuevas aclaraciones.

NOTA.—No tiene ninguna razón el recurrente, y, por el contrario, hay que felicitar al ponente de la sentencia, que con suma claridad y contundencia refuta las endeble argumentaciones del recurrente, que en modo alguno, como después analizaremos, comportan credibilidad en sus pretensiones.

De entrada podemos preguntarnos si se demandó también al Ministerio Fiscal, porque de los autos no se deduce que se produjera esta circunstancia, y ya sabemos que es parte interesada por afectar el objeto de la *litis* al estado civil. Hubiera tenido más consistencia argumental este defecto formal en la incorrecta constitución del *litisconsorcio*, que excepcionar, como hace el recurrente, la falta de legitimación pasiva en la actora en instancia y recurrida en casación.

En otro orden de cosas, el resquebrajamiento que el recurrente pretende llevar a cabo en cuanto a la efectividad de la prueba pericial biológica es insostenible, ya que pretende desvirtuar los resultados del peritaje con el llevado a cabo a la madre, progenitora a la sazón, cuyo análisis, como bien dice el juzgador en casación, es biológica y procesalmente irrelevante en cuanto a los resultados de la prueba hematológica realizada al encausado y a la hija.

En mi opinión, en modo alguno se infringe el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues se olvida el recurrente que las pruebas biológicas tendrán el valor que aquel precepto rituario —regla de la sana crítica— confiere a las pruebas periciales. El dictamen de los peritos no vincula al Juez, por lo que tendrá libertad para valorarlo conforme a las máximas de experiencia jurídica comunes.

Estamos de acuerdo con el ponente cuando *a fortiori* mantiene el criterio de irrecurribilidad de las providencias para mejor proveer. Soy del parecer que con dichas diligencias se respeta el principio programático de la reforma consistente en la verdad biológica real.

En otro orden de cosas, es absurdo la argumentación del recurrente

en el segundo motivo de casación, cuando dice «que es la fecha del 8 de julio de 1983 por la que se declara el divorcio, la que da estado oficial y vinculante *erga omnes*, todos los demás documentos de carácter privado no pueden contrarrestar la virtualidad de la sentencia de divorcio, la que determina que hasta entonces entre en juego el artículo 116 del Código civil con la presunción de hija matrimonial respecto de la inscrita...».

Bastaría recordar al recurrente los efectos *oje legis*, que provoca automáticamente por ministerio de la Ley la admisión de la demanda de divorcio (art. 102 Cc), y entre ellos le rememoramos el que cesa la presunción de convivencia conyugal, con lo cual no rige la presunción de paternidad (*pater is*); pero es que además la madre vivía separada de hecho de su esposo desde el 13 de febrero de 1980, como consta en la sentencia de divorcio solicitada de común acuerdo y dictada el 8 de julio de 1983, es claro que tanto que la separación de *facto* ha durado más de trescientos días, por lo que cesa *ex lege* la presunción de paternidad del marido de la actora, artículo 116 del Código civil (recurrida en casación). Tampoco nos consta que en ese *interin* se hubiera reanudado la vida conyugal, porque hubiera habido convivencia en la época de la concepción...

Es correcta la imputación *ab initio* de la filiación materna extramatrimonial de la niña, al no regir la presunción de paternidad matrimonial. Asimismo, es coherente la atribución de la filiación paterna extramatrimonial en base a la certidumbre y solidez de las pruebas aportadas y entre ellas la pericial biológica. (F.L.L.Y.)

49. Reclamación de la filiación paterna extramatrimonial.—En relación a la negativa del recurrido a someterse a las pruebas biológicas, dice el Tribunal Supremo que no hay que olvidar que si la persona de la que se postula el reconocimiento de la paternidad es sujeto del proceso, es a su vez objeto del proceso y, en última instancia, el cuerpo humano pasa a ser objeto de la prueba pericial sobre el que han de operar la obtención de las pruebas biológicas y antropológicas, cuya negativa por parte del sujeto de someterse a ellas conculcaría la declaración programática del artículo 39.3 *in fine* de la Constitución, cuando proclama que la Ley posibilitará la investigación de la paternidad como lo hace el Código civil en los artículos pertinentes, conforme a la reforma llevada a cabo en la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Y en otro orden de ideas se harían ilusorias las posibilidades de obtención de la tutela efectiva en derechos tan legítimos como los que se postulan. No hay que olvidar que en caso de que se diera un alcance inusitado a la negativa al sometimiento de las pruebas biológicas se premiaría a quien se comportase en el proceso de tal guisa y se condenaría al inocente al privarle de todo medio de prueba. (STS de 14 de julio de 1988, ha lugar al recurso.)

HECHOS.—La *res litigiosa* del pleito que abordamos tiene por finalidad la reclamación de la filiación paterna extramatrimonial del encausado, a quien se le condena por el Tribunal de Instancia *a quo* a la atribución de la paternidad y a todos los efectos civiles inherentes a dicha relación paterno-filial. En apelación, la Audiencia Territorial revoca la sentencia a la sazón impugnada por el condenado absolviéndole de las pretensiones de reconocimiento de la paternidad.

Se recurre dicha sentencia y la recurrente, madre del niño, tiene éxito en su pretensión y el Tribunal Supremo casa la sentencia condenando al recurrido al reconocimiento forzoso de la paternidad, con todas las funciones inherentes a dicho *status filiatoris*.

A *fortiori*, debemos hacer constar que dicha sentencia tuvo un voto particular del Magistrado don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade (en uso del art. 260.1 LOPJ).

Por nuestra parte, en este momento de resumen de los hechos sólo destacaremos la congruencia, oportunidad y buenos razonamientos del aludido Magistrado que presentó el mentado voto particular.

NOTA.—En el mentado recurso, el punto fundamental de debate se reconduce al razonamiento (estimamos que equivocado) del juzgador en casación al considerar que se infringe el artículo 127 de la Ley ordinaria (Código civil), como asimismo los principios constitucionales programáticos en la materia, es decir, artículo 39 de la Constitución. Es absurdo que se argumente la infracción del artículo 127 del Código civil, pues dicho precepto no ha sido infringido, por cuanto su cometido no es otro que *posibilitar* la verdad biológica en las relaciones de filiación *a patre* y *a matre*; siendo la conducta renuente del recurrido la causa por la que no se practicaran las pruebas biológicas, pero no por infracción legal. *Item mas*, como ha reconocido la propia Sala, el planteamiento del recurso sobre la base del dictado del artículo 127 del Código civil, que enumera los medios de prueba admisibles en los juicios sobre filiación no son aptos para amparar un recurso de casación, al no referirse a un medio de prueba concreto ni regular su eficacia (SS. de 7 de febrero y 6 de junio de 1981; 5 de abril, 16 y 26 de diciembre de 1983; etc.).

El juzgador en casación comete el error de magnificar un hecho indiciario, cual es la negativa a someterse a las pruebas biológicas para elevarlo a categoría probatoria suprema para apoyar su convicción y discrecionalidad. Repárese cuando dice en la sentencia que «habida cuenta de la amplitud de probanzas y medios que la Ley brinda generosamente en esta materia (art. 127 Cc.)..., procede concluir que las reiteradas negativas del demandado a someterse a las pruebas biológicas solicitadas por la contraparte y a no haber suministrado la absoluta e irrefutable de *no ser* el padre, procede concluir con la estimación del motivo casacional...».

A nuestro parecer, el ponente de la sentencia en casación incurre en una convicción parcialmente subjetiva cuando atribuye la paternidad al encausado en base a la negativa de éste a someterse a las pruebas biológicas, comportando a su juicio dicha actitud un indicio revelador de un afán obstencionista y que denota un fraude de Ley y un ejercicio antisocial del Derecho, lo que a mi modo de ver es un razonamiento muy singular y que genera una solución maximalista, es decir, todo lo que no fuera un proceder ortodoxo sería ilegal, antisocial y abusivo...

Es claro que la doctrina que se sienta en esta sentencia es valorar con primacía de la negativa a las pruebas biológicas sin acometer una postura conjunta en los resultados probatorios, incurriendo en el error de absolutivizar un simple hecho indiciario que ha de ser autointegrado en relación

con las restantes *quaestio facti* del artículo 135 del Código civil; sólo así se llegará a una cabal certidumbre en cuanto a la imputación de la paternidad.

Obsérvese que en la doctrina sentada en esta poco clarificadora sentencia no se recurre a la comprobación de los restantes hechos indiciarios que acreditarían la paternidad que se discute, pues ni hay un ánimo reconociente, ni posesión de estado, ni tampoco una acreditada convivencia con la madre en la época de la concepción. Por el contrario, el convencimiento y discrecionalidad en su valoración atributiva la deduce inconcusamente el juzgador de la negativa a los peritajes biológicos.

En resumen, debemos criticar la actitud del ponente que injustificadamente no relaciona el hecho indiciario de la negativa del demandado a someterse a las pruebas (olvidando aquél el viejo principio del *nemo ad factum cogi potest*) con las restantes pruebas *facti* (vide art. 135 Cc.), no acreditándose la concurrencia de las mismas. En fin, no hay en el pleito que comentamos una voluntad de paternidad que exteriorice un claro ánimo desencadenante de constituir una relación paterna filial, no llegándose a acreditar con absoluta credibilidad que esa voluntad firme, espontánea y resuelta por parte del demandado de tener por hijo al que pretende ser reconocido, y cuando tampoco se ha acreditado el juego aplicable de las restantes pruebas indiciarias (reconocimiento aformal, posesión de estado, convivencia con la madre en la época de la concepción, etc.), aunque quizá ha tenido —desafortunadamente en cuenta— el *desideratum* que supone el inciso final del artículo 135, «otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo», ¿pero cuáles son en el pleito que comentamos? (F.L.L.Y.)

50. Reclamación de la filiación paterna extramatrimonial.—El artículo 135 del Código civil refleja un sistema en cierto modo parecido al francés, en el que sin sanciones plenamente el principio de la prueba libre, ni admitir el de presunciones legales, introduce en materia interpretativa un criterio de gran amplitud, que autoriza al Juez, acudiendo a las presunciones *sen indicis* a declarar o no la filiación reclamada, tomando en principio como punto de partida los hechos base que el legislador señaló en dicho precepto.

El Tribunal *a quo*, no llega a la conclusión estimatoria de la demanda, con base exclusiva en los documentos citados, sino más bien en el total conjunto probatorio, bastando la simple lectura de la sentencia impugnada para comprobar la importancia concedida a la prueba testifical, reforzando el contenido de las discutidas cartas; y, dado el proceso valorativo empleado, es abundante y conocida la doctrina jurisprudencial que impide aislar y atacar una determinada prueba, sacándola del conjunto y desarticulándola, para producir conclusiones distintas de las apreciadas por el juzgador.

Finalmente, la infracción que se aduce con relación a los artículos 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1:248 del Código civil, no ha lugar, ya que no contienen reglas de valoración probatoria o tasada, y sólo poseen carácter admnistrativo, y no preceptivo, aparte de que las reglas de la sana crítica, a las que se refiere el artículo 659, tampoco pueden citarse como infringidas, por no constar en norma jurídica positiva. (STS de 26 de mayo de 1988, no ha lugar.)

Efectivamente, puede decirse que con la nueva regulación sobre la filiación se ha llegado a un sistema probatorio no tasado, sino por el contrario libre, lo cual posibilita una mayor discrecionalidad judicial, máxime cuando no hay que sentirse vinculado a los resultados de cualquier peritaje biológico.

Es claro, asimismo, que el juzgador en modo alguno debe otorgar un valor absoluto en su convencimiento a las pruebas biológicas, sino por el contrario deben valorarse las pruebas biológicas en su conjunto. En resumen, las pruebas deberán tener el valor que el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (reglas de la sana crítica) confiere a las pruebas periciales. Es importante resaltar que ninguna prueba debe tener un valor absoluto, y debe quedar a la discrecional apreciación del Juez.

Efectivamente, estas reglas de la sana crítica no están definidas en ningún texto legal. *A fortiori*, este dictamen de los peritos no vincula al Juez, quien tendrá plena libertad para valorarlo, pero conforme a dichas reglas según «máximas de experiencia jurídica comunes»; así, pues, si el dictamen pericial es concluyente aplicando estas reglas de la sana crítica, resulta prácticamente vinculante para el Juez. En todo caso, el Juez gozará de un amplio margen de libertad para valorar dicha prueba.

En conclusión, cuando hay unos hechos probados (como deducimos que ocurre en el pleito *ad casum*) una acreditación de las restantes pruebas indiciarias se llega a la convicción de la atribución de un nexo paternofamiliar, y es notorio cómo del mismo modo evidente que la convicción e inteligencia del juzgador debe contemplarse no tanto en la mera probanza de un hecho indiciario, sino de todo el conjunto de las pruebas o hechos indiciarios —*presunciaris facti*— del artículo 135 del Código civil. (F.L.L.Y.)

6. DERECHO DE SUCESIONES

51. Legítima catalana. Intereses.—La base de aplicación del artículo 139.3 de la Compilación, en cuanto releva del pago de intereses de la legítima debida al heredero o usufructuario universal, viene motivada, según la sentencia de 24 de marzo de 1962, en una especie de compensación por tales intereses por alimentos, que consisten, según los artículos 142 y 146 del Código civil, en una amplia asistencia que comprende, según una variable proporción entre los medios de quien los recibe, sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación. (STS de 27 de enero de 1988, no ha lugar.) (STS de 4 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Los herederos solicitan la legítima catalana que a su causante correspondía en la herencia de su madre. Demandan al heredero universal de ésta y reclaman a la vez daños y perjuicios irrogados a su causante por la actuación sucesiva de su madre y el heredero de ésta durante el período en que aquél estuvo incapacitado. La sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, que confirma la de instancia, accede a las peticiones de los demandantes. No prospera el Recurso de Casación. (I.G.P.)

52. Revocación testamentaria tácita.—El tema de la revocación testamentaria tácita puede plantearse en el plano de *lege ferenda* en una doble vertiente: el mero otorgamiento del nuevo testamento, considerado de manera global, deja sin efecto el testamento anterior, igualmente considerado de forma unitaria, o más bien la revocación sólo debe producirse en tanto en cuanto que el contenido de la última disposición testamentaria sea incompatible con el de la anterior; nuestro Código civil se inclina por el sistema de la revocación total, producida por el mero hecho del otorgamiento de un testamento posterior, y en el artículo 739.1 del Código civil, que establece: «El testamento anterior queda revocado de Derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte.»

Compatibilidad entre testamentos.—Conciliando el artículo 739 del Código civil con el artículo 675 del mismo cuerpo legal, e interpretando la segunda disposición testamentaria conforme a la verdadera intención del testador, deducida del propio tenor del testamento, y admitiendo la eficacia de aquellas disposiciones del primer testamento que puedan coexistir con los del posterior, según la prevalente voluntad del *de cujus*, implícita en la disposición testamentaria y deducida del sentido literal de sus palabras; postura más acorde con la moderna doctrina científica, al entender que la «voluntad» que se exige en el artículo 739.1 del Código civil, para dejar subsistente un testamento anterior, puede no sólo ser la «expresa» allí mencionada, sino también la «deducida» que acoge el artículo 675 del mismo cuerpo legal.

Interpretación de la voluntad del testador. Medios extrínsecos.—Es jurisprudencia pacífica que el elemento primordial para conocer la voluntad del causante ha de ser el tenor del propio testamento, y, dentro de su tenor, atenerse a su literalidad, «a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador», y sólo para el caso de que surgiere la duda «se observará lo que aparezca más conforme con la intención», pero siempre según el tenor del mismo testamento; sin que, por otra parte, sea lícito al intérprete extender las disposiciones testamentarias de más allá de su expresión literal, y sólo es permisible la búsqueda de la voluntad por otros medios probatorios, cuando ésta aparezca oscura, ambigua, contradictoria o dispar entre las palabras utilizadas y la intención (SS. de 5 de marzo de 1944, 6 de febrero de 1958, 19 de noviembre de 1964, 5 de junio de 1979 y 24 de marzo de 1982). (STS de 1 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—La testador otorgó sucesivamente cuatro testamentos abiertos antes de su fallecimiento. El actor solicita que se declare la nulidad del último testamento y, subsidiariamente, la compatibilidad entre éste y el anterior. La Audiencia Territorial revoca la sentencia de instancia que declaró la compatibilidad entre ambos testamentos. No prospera el Recurso de Casación.

NOTA.—Interesante sentencia sobre la posible compatibilidad entre varios testamentos, conciliando la letra del artículo 739.1 del Código civil con el artículo 675. Dicha compatibilidad se ha defendido por la mejor doctrina (Cfr. Díez Picazo, L., *La pluralidad de testamentos*, en «RDN», núm. 27, 1960, pp. 11 y ss.) teniendo en cuenta las razones históricas que llevaron a la formulación del primer párrafo del artículo 739 y su difícil

armonización con el resto del sistema testamentario. La voluntad del testador en el sentido de que valga lo dispuesto en testamento anterior puede obtenerse acudiendo a los principios generales del artículo 675 del Código civil sobre interpretación del testamento (Pastor Ridruejo, *La revocación del testamento*, Barcelona 1964, p. 215; Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, *Elementos de Derecho civil*, T. V, Barcelona 1981, p. 282). En el presente caso, la voluntad de la testadora se había manifestado en términos que acaso no eran totalmente inconciliables, aunque el Tribunal Supremo así lo estima. La cuestión se centró en los dos últimos testamentos. En el penúltimo instituye herederas a sus sobrinas y deja al actor simplemente un legado consistente en una casa y el saldo de unas cuentas en la Caja de Ahorros de Valencia. En el último testamento, en cambio, las herederas pasan a ser únicamente legatarias del saldo de la Caja de Ahorros de Sagunto, y se designa un albacea facultado para el pago de este legado y para «disponer de la totalidad del saldo de la Caja de Valencia». Asimismo, expresa su voluntad de permanecer, por el momento, sin heredero instituido porque «no lo tiene decidido» y lo deja para un último «testamento» que no llegó a otorgarse. El Tribunal Supremo afirma que si se accediera a la pretendida compatibilización «resultaría que la causante tendría unos herederos expresamente no queridos por ella y unos legatarios distintos de los pensados últimamente, «...interpretación comparativa que imposibilita la coexistencia de los testamentos de fecha 21 de junio de 1980 y 22 de enero de 1981».

Parece evidente que no podía mantenerse la institución de heredero, pero el actor lo que solicitaba era la compatibilidad parcial, el mantenimiento del legado hecho en el penúltimo testamento, compatible por «disparidad de extensión objetiva» (Díez Picazo, *ob. cit.*, p. 93), con los que dispone en el último, que, además, a falta de institución de heredero, tenía un carácter puramente codicilar (Díez Picazo, *ob. cit.*, p. 93). (I.G.P.)

53. Doctrina de los actos propios.—Actos propios son los que como expresión inequívoca del consentimiento se realizan u obedecen al designio de crear, modificar o extinguir algún derecho causando estado y definiendo de un modo inalterable la situación jurídica de su autor, no cabe entender que el simple planteamiento de un proceso judicial a fines de dilucidar una situación jurídica en conflicto, por entender era válido para ello, pueda arrastrar a seguirle y prohibirle cualquier conducta posterior apartándose del mismo.

Renuncia de derechos.—Acudir a un juicio de testamentaria no es acto concluyente del que pueda entenderse renunciados aquellos derechos derivados del testamento, pues si por un lado se ha de pasar por la partición hecha por el testador, cuando los herederos no se entendieron habrá que acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil, nada obsta que legado tal entendimiento siempre existiera la posibilidad de prescindir del procedimiento, luego no cabe entender que el acudir al mismo suponga la renuncia de un derecho que al heredero corresponde mientras penda la liquidación total de la sucesión.

Adición a la partición.—En cuanto que el testador hace una distribución y adjudicación de la plena totalidad de sus bienes que constituyen su herencia, y

que lo que queda fuera no representa sino una mínima parte dentro de la totalidad de la herencia, cabe encajarlo en lo dispuesto en el artículo 1.079 del Código civil, como entendié el juzgador de instancia. (STS de 15 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora entabla demanda solicitando la nulidad de escritura donde se adjudicaban los demandados diversos bienes de la herencia de la que ella era coheredera, y como consecuencia también de las inscripciones en el Registro de la Propiedad. Tanto la demandante como los demandados habían sido instituidos herederos en virtud de testamento donde se efectuaba una partición parcial que incluía prácticamente la totalidad de la herencia, excepción hecha de algunos bienes. Previo a la demanda se había suscitado juicio valorativo de testamentaria promovido por los demandados, aunque posteriormente se habían separado del mismo.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando nula la escritura de adjudicación y consecuentemente también las inscripciones. La Audiencia Territorial estima parcialmente el recurso de apelación y declara nula la escritura únicamente en cuanto a la adjudicación de bienes realizados por los demandados que no habían sido objeto de partición, declarando asimismo nulas las inscripciones. (E.S.M.)

54. Nulidad de operaciones particionales.—En cuanto a la excepción de defectuosa legitimación pasiva por no haber sido demandado el contador partidador, debe concluirse que una vez terminado su misión de dividir la herencia y protocolizado el cuaderno particional, no se puede asignar el concepto de interesado *stricto sensu* en la partición, que afecta exclusivamente a los herederos, y, por tanto, es preciso dirigir contra él la demanda de nulidad de la partición.

En otro orden de cosas, si bien es cierto que el párrafo 1.º del artículo 1.057 no condiciona la validez de la partición hecha por contador al consentimiento de los herederos, no lo es menos que la causa determinante de la inexistencia y nulidad declaradas en las sentencias del Juzgado y de la Audiencia radicó en la falta de intervención del contador en la confección de las operaciones particionales; aunque los herederos e interesados estuviesen conformes en el contenido de las mismas, ello no obsta para prescindir de la persona encomendada por el testador para hacer la partición. (STS de 15 de julio de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Al tiempo del fallecimiento de doña X en octubre de 1973, en estado de casada con Y, la sobrevivieron cinco hijos.

Dicha señora había otorgado testamento abierto el 2 de agosto de 1973, en el que prohibió la intervención judicial en su testamentaria y nombró contadores solidarios a B y C por un plazo de tres años para cumplir su misión desde que se les notifique. En agosto de 1982, el viudo (Y) y el contador partidador comparecieron ante notario para exponer que habían practicado de común acuerdo la división del caudal relicto de la nombrada X y liquidación de la Sociedad Conyugal, quedando protocolizado el cuaderno particional.

Una hija de la causante promovió en el Juzgado de Primera Instancia un pleito contra sus hermanos en solicitud de que se declarasen nulas e

inexistentes la referida partición de la herencia de doña X, así como la liquidación y adjudicación de la sociedad de gananciales de ésta y su esposo.

NOTA.—Obsérvese que el *quid* del asunto radica en considerar errónea por el ponente la creencia de que aunque todos los herederos están conformes en prescindir de la intervención del contador y aunque ello supusiese la razón última que impulsó al contador a firmar las operaciones, aun así no obsta para la concurrencia de aquella omisión trascendente, no «permitiéndose prescindir del contador partidor el ser la persona encomendada por el testador para hacer la partición.

Esta inteligencia es acorde con la concepción del cargo de contador-partidor conferido por el testador como un mandato *post mortem*, que reviste notas solemnes y sagradas de las que no se puede desprender.

Por el contrario, participo de la opinión doctrinal según la cual siendo el cargo de contador impuesto por el causante a los coherederos, éstos, por unanimidad, pueden eliminar su intervención. Estoy con el profesor Lacruz cuando concluye que el contador-partidor puede ser sustituido por manifestación de todos los herederos que son quienes deben decidir si parten o continúan la comunidad, o, al menos, pueden imponer su propio proyecto particional, haciendo innecesaria la arbitración del comisario.

No obstante, el criterio jurisprudencial es contrario a esta tesis, que, a mi juicio, es la más justa con todos los intereses en litigio. (F.L.L.Y.)

55. Comunidad hereditaria. Comparecencia en juicio.—Cualesquiera de los comuneros puede comparecer en juicio cuando se trate de asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, ejercitando las pertinentes acciones para defenderlos.

Uso de la cosa común.—Si bien es cierto que cada comunero puede servirse de la cosa común conforme a su destino (y el de los pisos es habitarlos), ello debe entenderse en íntima y nunca separable conexión con la circunstancia de que con dicho uso en exclusiva no se perjudique el interés de la comunidad. Referido uso, de acuerdo con el artículo 348 del Código civil, debe ser autorizado al menos por la mayoría. (STS de 30 de noviembre de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—A la muerte de la madre de los actores un coheredero ocupó un piso sin consentimiento de los restantes coherederos, ni del esposo de la fallecida, ni del albacea, sin pagar renta y sin abonar los gastos de la comunidad de propietarios. Por este motivo, los coherederos demandaron al ocupante del piso y al albacea, solicitando el desalojo del piso e indemnización de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, absolviendo al albacea. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación.

56. Derecho de usufructo. Ejercicio de la acción reivindicatoria del Derecho real.—El ejercicio de los derechos correspondientes al propietario que el artículo 490 del Código civil concede al usufructuario de parte de una cosa poseída en común, presupone la existencia del derecho real que no se origina a favor

de los partícipes en una comunidad hereditaria ni por el testamento ni por la declaración de herederos abintestato, habida cuenta de que conforme al artículo 1.068 del Código civil sólo la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados y en supuestos como el presente, la de los derechos reales, lo que hace que al no derivar de la comunidad hereditaria una atribución concreta de bienes carezca en principio el heredero para reivindicar dada la indeterminación de sus derechos hasta las pertinentes adjudicaciones. En conclusión, la sentencia recurrida no infringió el artículo 490 del Código civil, pues dicho precepto lo que regula es la comunidad que existe cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece «pro indiviso» a varias. (STS de 1 de julio de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—La actora aquí recurrente acude al litigio como titular por disposición testamentaria de su difunto marido, del usufructo del tercio de libre disposición de la herencia de éste, y que al propio tiempo le correspondía por ministerio de la Ley, el usufructo del tercio destinado a mejora, según disponía el artículo 834 del Código civil, añadiendo la meritada sentencia que también estaba probado y aceptado que los bienes reclamados formaban parte de la masa hereditaria indivisa, y todavía más, que la actora no había hecho aún la liquidación de los bienes de la sociedad de gananciales que constituyó con su premuerto cónyuge.

NOTA.—Es acertado el razonamiento del ponente, pues mientras no se realicen sendas liquidaciones, es decir, la de la sociedad de gananciales existente y la de la comunidad hereditaria y se proceda con posterioridad a la adjudicación, no se puede instar con éxito la mentada acción reivindicatoria del derecho real de usufructo sobre bienes concretos. Sabido es de todos que en el período de indivisión que precede a la partición, los herederos poseen el patrimonio del causante colectivamente, hay unas titularidades abstractas que la partición condensará en titularidades concretas; durante el *interin* de tiempo en que la comunidad dura permanecen indeterminados los respectivos derechos (recuérdese aquella vieja máxima escolástica que nos explica el profesor Martínez Royo, que para negar la pretendida localización del alma en una víscera o parte del cuerpo concreta afirmaban que el alma se halla en el cuerpo *tota in toto et tota in qualibet parte* —toda en todo él y toda en cualquiera de las partes—) hasta que se materializan mediante la partición, que es a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.068 del Código civil la que reconoce a cada heredero derechos individuales, específicos y concretos sobre los bienes del acervo hereditario. Por tanto, como ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, la petición es la operación complementaria de la transmisión y que es siempre indispensable para obtener el reconocimiento de propiedad sobre bienes determinados (*vide* art. 1.068); por tanto, no se pueden reivindicar bienes concretos y determinados procedentes de la sucesión hereditaria sin que proceda la partición de la herencia con la consiguiente adjudicación de bienes a quien los reclama (SS. de 25 de marzo de 1943, 19 de noviembre de 1956 y 8 de marzo de 1957, entre otras).

En conclusión, la postura que ha adoptado la jurisprudencia en cuanto a la situación del usufructuario ante la división de la cosa poseída en co-

mún, es que sin admitir la existencia de una verdadera comunidad más que entre los titulares de la viuda propiedad, puesto que los derechos de la usufructuaria y de los viudos propietarios no poseen la misma naturaleza, debe reconocerse en este caso el derecho de los últimos a practicar la división material, toda vez que la posición del usufructuario queda salvaguardada por el artículo 405 del Código civil (Resoluciones de 24 y 27 de diciembre de 1934). (F.L.L.Y.)

II. DERECHO MERCANTIL

57. No coincidencia de marcas.—Que la marca número... de prioritario acceso en el Registro, a nombre de la demandante P, es de índole mixta, consistente en un determinado vocablo, una particular representación gráfica del mismo y un grafismo representativo caracterizado por una determinada banda lateral y un modelo industrial consistente en un calzado deportivo singularizado por un conjunto de diversos elementos configuradores, de tal manera que con relación a la inscripción a favor de la entidad demandada «X, S.A.», del dibujo número... y del modelo número... el único elemento común es la banda lateral, que si bien no son absolutamente idénticas, se asimilan, siendo la de la marca de la actora de mayor anchura en su extremo inferior. En fin, que no se produce coincidencia, pues que solamente en su caso se daría en uno sólo de los diversos elementos que integran la referida marca de la demandante, que tiene otras características permisivas de establecer claras diferenciaciones con relación a los signos apuntados, lo que determina que la referida marca número..., considerada en su conjunto, se diferencia suficientemente de los referidos dibujo y modelo industrial cuyas inscripciones se impugnan, circunstancias todas que indudablemente conducen a que la sentencia recurrida en manera alguna haya producido infracción del artículo 124.1, en relación con el 187 del Estatuto de la Propiedad Industrial. (STS de 29 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia competente se promovieron autos sobre nulidad de patentes a instancia de P contra la Sociedad «X, S.A.».

Se formalizó la demanda en base a los hechos que sintéticamente exponemos: por parte de la representación de la parte actora, que P se constituyó en 1949 dedicándose a la fabricación o venta de artículos deportivos creando su propio distintivo (una franja situada en cada uno de los laterales del calzado deportivo). Este distintivo fue objeto de un primer registro como marca gráfica en 1958 y concedido el 23 de octubre de 1959.

Con fecha de 25 de noviembre de 1960, la actora solicitó la protección en España de la marca internacional. Esta solicitud fue denegada por oposición de la marca evidente, que tanto el dibujo industrial como el modelo industrial pertenecientes a la demandada carecían total y absolutamente de novedad en nuestro país en el momento de su solicitud, por encontrarse anticipada dicha novedad por el calzado deportivo propiedad de la actora y que ésta había comercializado en España y por la pertenencia a la misma de la marca.

NOTA.—Naturalmente es obligado hacer alusión al respecto a la Ley de Patentes de 20 de marzo de 1986 y fundamentalmente la Ley de Marcas de 10 de noviembre de 1988, ya que como se dice en la Exposición de Motivos, la Ley de Patentes originó una cierta fragmentación legislativa en materia de propiedad industrial al tener que convivir una moderna normativa sobre patentes con la protección jurídica en materia de signos distintivos contenida en el Estatuto de Propiedad Industrial. En otro orden de cosas, aunque la Ley se denomina «de Marcas» por ser éste el signo distintivo por excelencia, contiene además la regulación del nombre comercial, del rótulo de establecimiento y de la competencia desleal.

Uno de los aspectos más importantes del sistema de Marcas es el de la adquisición del derecho sobre la marca. El uso obligatorio de la marca registrada es otro de los temas capitales del derecho de marcas que incluso justifican su reforma. En este sentido, la Ley ha optado por mantener esta obligación, si bien modificando ciertos aspectos del antiguo Estatuto de Propiedad Industrial, para conseguir una mayor eficacia. Asimismo, se regula que la carga de la prueba del no uso no recaerá sobre el demandante, sino que se introduce el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba: será el titular de la marca quien, en el juicio correspondiente, tenga que demostrar que la está usando de manera efectiva para evitar su caducidad.

Siguiendo la precisa definición de Otero Lastres, se define la marca como todo signo o medio que diferencie o sirva para diferenciar en el mercado unos productos o servicios *idénticos* o similares (incluso los de una misma persona). A tal efecto, la remisión del artículo 187 al 124 (exclusiones de signos que no pueden ser marcas) vale sólo para las exclusiones aplicables al caso; y no puede condicionarse a la regla de la especialidad, porque en el artículo 165 del Estatuto de Propiedad Industrial confiere el derecho exclusivo contra cualquier utilización industrial y no sólo para una clase determinada de objetos.

La doctrina y jurisprudencia afirman que la marca protege tanto el interés particular de su titular como el interés general de los consumidores a través de las siguientes funciones que sintetiza Fernández Novoa:

1.^a La indicación de la procedencia empresarial de los productos o servicios, pues el consumidor, aunque ignore quién es el empresario o empresarios, supone que siempre es el mismo; función que queda desvirtuada cuando las legislaciones admiten la transmisión de la marca o su licencia o autorización a ser utilizada por terceros.

2.^a La indicación de la calidad del producto o servicios que alcanza carácter fundamental en caso de transmisión o licencia de marca.

3.^a Por último, la marca desempeña la función de condensar el «goodwill» o buena fama que gozan entre el público los productos o servicios de marca, reteniendo asociados en la memoria del público el signo y la calidad conocida de forma directa o inducida, por ejemplo, a través de la publicidad (véase, para un mayor desarrollo, Fernández Novoa, en 5 *ADI*, 1978, pp. 33 y 55; también Otero Lastres, en 6 *ADI*, 1979-1980, pp. 17 y siguientes, y, finalmente, Vicent Chulía, *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, Librería Bosch, 1986, pp. 688 y ss.). (F.L.L.Y.)

58. Naturaleza cambiaria de la acción entablada.—En el recurso se confunden expresiones (acción-procedimiento) que por hacer referencia a conceptos distintos, no son oponibles, ya que una cosa es la clase de juicio en que se hace valer la acción y otra la naturaleza de ésta, de modo que derivada la pretensión que se actúa en el proceso, de la aceptación de unas letras de cambio perjudicadas por falta de protesto en poder del tercero demandante, poniendo inequívocamente de relieve el origen y la naturaleza cambiaria de la acción entablada, el examen de ésta en el juicio ordinario correspondiente a la cuantía, no altera para nada la naturaleza del derecho ejercitado, ni influye en la de la acción, la cual precisamente por estar fundada en letras de cambio es en todo caso y cualquiera que sea la clase de juicio en que se demande su abono por el tercero legítimo tenedor de ellas, acción cambiaria.

El tenedor de la letra que reúne los requisitos del artículo 444 del Código de Comercio puede utilizar facultativamente, si no está perjudicada y necesariamente cuando ha perdido la eficacia ejecutiva, la acción ordinaria de condena contra el aceptante en juicio de esta naturaleza ordinaria, en el cual, si generalmente, tratándose de relaciones jurídicas extracambiarías, no hay tasa de excepciones, sí la hay para el deudor cambiario en los términos del artículo 480 del Código de Comercio, ya que otra cosa supondría aceptar la conclusión de que la utilización de la vía ordinaria para hacer valer una pretensión de condena altera la naturaleza de la acción ejercitada que, no obstante estar fundada en título cambiario, como aquí sucede, sufriría una mutación por obra del cauce procesal elegido. (STS de 8 de febrero de 1988, no ha lugar al recurso.)

HECHOS.—Ejercitada por el Banco X acción para reclamar en juicio ordinario de mayor cuantía la cantidad de 4.646.960 pesetas, importe de seis letras de cambio, que aceptadas por el demandado no fueron, en su día, protestadas por el tenedor. La sentencia en apelación, al margen del desarrollo del contrato causal entre el propio aceptante demandado y el librador, condenó a aquél a abonar al Banco tomador el citado importe en consideración a que en el ejercicio de una acción nacida de una relación cambiaria, no eran oponibles al demandante tenedor de las letras, las vicisitudes del contrato causal, actuables por el librado aceptante frente al librador de las mismas. Es impugnada en el recurso articulando al efecto dos motivos de casación al amparo, el primero de ellos del número 3 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, por supuesta incongruencia, y el segundo bajo el número 5 del mismo artículo de la Ley procesal, por aplicación indebida del artículo 480 del Código de Comercio e inaplicación de los artículos 1.261 y 1.275 del Código civil.

NOTA.—Evidentemente, el tenedor puede elegir las acciones cambiarias contra los firmantes o la acción causal contra aquel con quien él contrató. Necesita para ello que la letra no se haya pagado y haya cumplido los requisitos formales correspondientes.

¿Se puede ejercitar conjuntamente la acción causal (declarativa) y la cambiaria? El Tribunal Supremo (en doctrina jurisprudencial reiterada) ha manifestado que no conjunta, pero sí subsidiariamente. Es decir, acción causal porque ha celebrado un contrato y acción cambiaria porque ha firmado la letra.

A mayor abundamiento, diremos que, efectivamente, la acción directa se admite su ejercicio, no sólo en el juicio ordinario, sino también en el ejecutivo; así, artículo 49, párrafo 2.º, de la Ley Cambiaria. A falta de pago, el tenedor, aunque sea el propio librador, tendrá contra el aceptante y su avalista la *acción directa* derivada de la letra de cambio para reclamar sin necesidad de protesto, tanto en la vía ordinaria como en la ejecutiva, lo prescrito en los artículos 58 y 59.

Como ha señalado la doctrina (entre otros, Paz Ares), la acción causal queda en suspenso hasta que el acreedor causal realice el título entregado o alternativamente perjudique el documento, de modo que el interés del deudor en recuperarlo se vea totalmente perjudicado (si existían otros obligados o firmantes del documento). En conclusión, la obligación cambiaria tiene distinta naturaleza:

a) Entre partes de una relación extracambiaria tiene carácter causal: el obligado puede negarse a pagar oponiendo las excepciones que derivan de sus relaciones personales con el tenedor.

b) Frente a terceros tenedores de la letra, es una obligación personalmente abstracta: no puede el obligado oponer ni las excepciones derivadas de las relaciones personales con anteriores tenedores, aunque el actual tenedor tuviera conocimiento de ellas; ni las derivadas de los vicios de la voluntad o emisión involuntaria de la letra (véase, además del autor citado, Vicent Chulía, *Compendio Crítico*, p. 599).

A modo de conclusión elemental, la acción cambiaria directa es la que tiene el tenedor, aunque sea el propio librador, contra el aceptante de la letra y/o avalista. Sólo se puede etablar esta acción por falta de pago del aceptante o su avalista. Asimismo, no es preciso acreditar el impago de letra como tampoco es preciso el requerimiento extrajudicial en plazo.

Entre las partes de una relación extracambiaria (cfr. comprador y vendedor) la obligación cambiaria asumida con la firma de una letra es causal, por lo que el obligado cambiario puede oponer que aún siendo válida su obligación cambiaria, no debe pagar; pero frente a un tercero adquirente de la letra, el obligado cambiario ha de cumplir su obligación. Nada tiene que alegar derivado de las relaciones extracambiarias (véase, *a fortiori*, Vicent Chulía, p. 602). (F.LL.Y.)

59. Sobre reclamación de cantidad. Carácter abstracto del negocio cambiario.—Al tercero que no ha sido parte en el contrato causal, sólo pueden afectarle las excepciones nacidas de éste si hubiere intervenido de alguna forma en el contrato subyacente, aunque fuere de modo encubierto o en connivencia con las partes o confabulado con la libradora, o como testaferro, pero si estos elementos de hecho no se contemplan en la sentencia y su no apreciación aparece inatacada por el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, es indudable que el negocio cambiario tiene para él carácter abstracto.

Lo cierto es que, de no darse los supuestos a que se ha hecho alusión, la letra funciona como título causal en las relaciones del librador con el librado, pero como título abstracto en las demás relaciones que puedan existir entre los distintos firmantes de la letra, y, por supuesto, entre tomador y aceptante, pues el primero no interviene en el contrato subyacente por el simple hecho de ser

letras «a la orden», cual afirma el recurrente, a quien correspondía, en otro caso, la prueba de tal intervención.

La legitimación de los títulos valores a la orden, cual es la letra, viene dada por la posesión del título y la designación en la propia cláusula, haciendo referencia el «valor recibido» al concepto en que el librador se declara reintegrado de su crédito por el tomador, de forma que si el aceptante niega esa aparente realidad, tiene que probarlo. (STS de 4 de febrero de 1988, no ha lugar al recurso.)

HECHOS.—Por el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, tomadora de nueve letras de cambio, libradas por «C., S.A.», contra don X, se interpuso demanda de juicio declarativo de mayor cuantía para su cobro del aceptante, quien al tiempo del protesto había puesto tacha de falsedad a la aceptación y posteriormente, en diligencias preparatorias, había negado la deuda, reconoció la aceptación en el pleito el señor X opuso excepciones de pago parcial y compensación, que fueron desestimadas tanto por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Jaén, como, ya en apelación, por la Audiencia Territorial de Granada, confirmatoria de la de aquel órgano unipersonal, contra la que se plantea el presente recurso de casación, interpuesto por don X, sin que el Tribunal Supremo casara la sentencia dictada por la Audiencia Territorial, y, por tanto, se concluye en que no ha lugar al recurso.

NOTA.—En base a esa relación subyacente, la doctrina ha distinguido entre:

- a) Documentos causales: que son los documentos en los que se expresa la razón por la que el deudor firma, es decir, se hace mención al contrato causal.
- b) Documentos abstractos: serían títulos valores donde no se hace mención al contrato causal.

Naturalmente, las diferencias en cuanto al régimen aplicable, entre otras, serían las siguientes:

—En los documentos causales, el régimen aplicable a la obligación del deudor es el régimen del contrato subyacente.

—En los documentos abstractos, el régimen aplicable a la obligación del deudor es el régimen del título valor correspondiente.

En cuanto a las excepciones oponibles por el firmante:

—Es obvio que en cuanto al título valor «causal», se puede alegar razones derivadas del contrato causal.

—Pero en lo que respecta a los títulos valores abstractos, el firmante no puede negarse a pagar alegando razones derivadas del contrato causal. Es evidente, por tanto, que en el título abstracto no se indica ni explica por qué firman las partes ni por qué una vez firmada por el librado está obligado al pago y no puede negarse a pagar en base a excepciones derivadas del negocio causal entre el librado y librador.

Como ha recalcado la doctrina, son declaraciones que producen una abstracción procesal entre partes (inversión de la carga de la prueba, es el obligado quien deberá oponer y probar las excepciones al pago) y abstracción material en relación con terceros tenedores que no hayan incurrido en dolo al adquirir la letra (arts. 20 y 22.2 LC). (F.L.L.Y.)

III. DERECHO PROCESAL

60. Competencia de la jurisdicción ordinaria. Carácter residual.—Esta Sala ha declarado con reiteración que es competencia de la jurisdicción ordinaria y no de la laboral las cuestiones que no estén nítidamente atribuidas a ésta, y aunque hoy día, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pueda resultar un tanto dudoso seguir hablando de la «vis atractiva» de la jurisdicción civil frente a las demás, es lo cierto que cuando no resulte clara la atribución del conocimiento del asunto, el orden jurisdiccional civil funcionará y seguirá funcionando en todo caso como residual, según el fundamental número 2 del ya citado artículo 9 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, entendiéndose dicho orden también de aquellas materias que no estén atribuidas de modo inequívoco a otro orden jurisdiccional, además de resolver sobre aquellas que le son propias. (STS de 10 de mayo de 1988, no ha lugar.)

61. Principio procesal de congruencia.—Supone una relación de conformidad o concordancia entre las pretensiones oportunamente deducidas en las súplicas de los escritos fundamentales rectores del proceso, siguiendo la orientación de que *sentencia debe esse conformis libello*, de tal manera que, como ponen de manifiesto las sentencias de 7 de enero y 3 de noviembre de 1982 y 29 de junio y 3 de octubre de 1983, hay que entenderlo poniendo en relación lo pretendido en la demanda con la parte dispositiva de la sentencia, puesto que el invocado artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil solamente requiere para su efectividad que entre la parte dispositiva de la correspondiente resolución judicial y las pretensiones deducidas oportunamente por los litigantes durante la fase expositiva del pleito exista la máxima concordancia y correlatividad, tanto en lo que afecta a los elementos subjetivos y objetivos de la relación jurídico-procesal, como en lo que atañe a la acción que se hubiese ejercitado, sin que sea lícito al juzgador modificar ni alterar la causa de pedir ni sustituir las cuestiones debatidas por otras, como ponen de manifiesto las sentencias de 23 de enero de 1970, 16 de junio de 1976 y 28 de enero de 1982.

A efectos de congruencia, es de tener en cuenta que el recurso de casación sólo procede contra el fallo y no contra los considerandos, como indican las sentencias de 16 de febrero de 1961 y 13 de octubre de 1983.

Error en la apreciación de la prueba.—No tienen las pruebas periciales el carácter de documento a efecto de posibilitar error en la apreciación de la prueba determinante de casación, según reiterada doctrina jurisprudencial, de la que son claro exponente, entre otras y como más recientes, las sentencias de 6 de febrero de 1984 y 9 de febrero, 21 de abril, 17 de julio, 3 de noviembre y 17 de diciembre de 1987, toda vez que es un medio probatorio de acuerdo con las normas de la sana crítica y en consecuencia de valoración libre en la instancia, de conformidad con lo prevenido en el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el 1.243 del Código civil.

Doctrina de los actos propios.—La invocación de la doctrina de los actos propios no tiene su cauce adecuado en el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en que pretenden ampararse los recurrentes, sino en el número 5 del mismo precepto, y aparte, en todo caso, como proclaman las sen-

tencias de esta Sala de 12 de febrero y 21 de diciembre de 1984, 15 de febrero y 19 de noviembre de 1985 y 24 de febrero de 1986, para estimar vinculante el acto propio se requiere que sea jurídicamente eficaz, así como concluyente e indubitado, de tal forma que defina de modo inalterable e inequívoco la situación del que lo realiza, y que con carácter trascendente, o constituir convención, venga orientado a crear, modificar o extinguir una relación jurídica. (STS de 22 de septiembre de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Declara el Juzgado de Primera Instancia haber lugar a la acción reivindicatoria en cuya virtud la actora pretendía el derribo de una habitación construida sobre un piso de su propiedad. Apelada la sentencia, es confirmada por la Audiencia Territorial. Recurren en casación los demandados y el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R.G.S.)

62. Alegación de cuestión nueva en casación.—La invocación de una cuestión nueva es inaceptable en un recurso extraordinario como el de casación, pues significaría resolver sobre aspectos desconocidos para la parte contraria, privándola de articular prueba al respecto y situándola en indefensión, contraria al tenor literal del artículo 24 de la Constitución Española (SS. de 28 de enero, 24 de febrero, 10 de marzo, 16 y 30 de mayo, 12 de julio, 22 de octubre y 27 de noviembre, por citar sólo las del año 1986). Contrato simulado. Eficacia de la intervención de fedatario público en materia de contratos la causa que nominalmente expresa, por responder a otra finalidad jurídica, siendo intrascendente que el otorgamiento de los instrumentos se haya llevado a cabo ante fedatario público, porque su eficacia en materia de contratos no alcanza a la veracidad intrínseca de las manifestaciones de los contratantes, ni a la intención o propósito que oculten o disimulen, ya que ello escapa a la apreciación de dichos fedatarios; y la simulación, la existencia o inexistencia de causa e incluso del consentimiento, son cuestiones de hecho reservadas al juzgador de instancia (SS. de 3 de junio de 1968, 17 de noviembre de 1983 y 14 de febrero de 1985). (STS de 1 de julio de 1988, no há lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia la actora pretendió se declarase la nulidad de sendos contratos por los que su marido había transmitido a sus hijos un considerable número de acciones de una Sociedad Anónima y vendido una gasolinera, respectivamente. Accede el Juzgado a lo pedido y la Audiencia Territorial confirma en todos sus extremos la sentencia de instancia concluyendo la existencia de donaciones encubiertas que tampoco podían valer como tales por no haber sido objeto de alegación y por incumplir los requisitos de los artículos 632 y 633 del Código civil. En el único motivo de casación achacan los recurrentes a la sentencia combatida interpretación errónea de los artículos 1.445 y 1.450 del Código civil. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (R.G.S.)

63. Litisconsorcio pasivo necesario.—No se ha tenido en cuenta en la instancia de apelación el que deriva del artículo 1.539 de la UEC, al decir que las tercerías «se sustanciarán con el ejecutante y el ejecutado», de modo que la tercera de dominio ha de dirigirse simultáneamente frente a ambos, sin que el desisti-

miento de uno impida que la sentencia que recaiga afecte al otro, precisamente por efecto de aquel litisconsorcio que se ha de estimar incluso de oficio, máxime cuando en este caso lo declara expresamente la Ley.

Carácter reivindicativo de la tercería de dominio.—Carácter, que, sin olvidar sus diferencias con la acción reivindicatoria propiamente dicha, se basa indudablemente en el dominio de los bienes embargados al deudor, finalidad que se frustraría y quedaría a su merced del ejecutante con sólo desistir éste de su ejecución, con lo que un acto meramente procesal produciría unos desmedidos efectos sustantivos.

Límites del desistimiento del ejecutante. Renuncia de derechos. Fraude de Ley.—El desistimiento operado, sólo referido al procedimiento sin renunciar a la acción, al implicar una renuncia de derechos ha de sujetarse a lo dispuesto en el artículo 6.2 del Código civil, cuyos límites rebasan en cuanto no cabe duda que la pretendida renuncia en forma de desistimiento va en perjuicio de tercero, cual es el tercerista, y en tal concepto está prohibida por el citado precepto legal.

Aun prescindiendo de toda confabulación entre ejecutantes y ejecutado para el desistimiento del primero en el juicio ejecutivo iniciado, es evidente que la consecuencia de tal acto procesal implica un fraude a la normativa de los artículos 1.532 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, amparándose en la Ley de cobertura que en este caso representa el artículo 1.255 del Código civil, a cuyo amparo y como acto unilateral se operó el desistimiento del ejecutante, acto que contraría la finalidad práctica de la Ley defraudada, suponiendo su violación efectiva, a lo que no alcanza la Ley de cobertura citada, por no constituir el supuesto normal. (STS de 20 de mayo de 1988, ha lugar.)

HECHOS.—F.S.P. interpuso demanda de juicio ejecutivo contra S.R.F., en cuyo procedimiento se embargaron cerdos por un valor de varios millones de pesetas como de propiedad del ejecutado. «Pensos del Oeste, S.A.», interpuso demanda de tercería de dominio. Iniciado el proceso se recibió escrito de F.S.P., ejecutante, desistiendo del ejecutivo mas sin que ello implicase renuncia a la deuda cuya acción se reservaba para ejecutarla en otro juicio. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda de tercería de dominio declarando la propiedad de los cerdos a favor de la demandante y dejando sin efecto el embargo. La Audiencia Territorial revocó la sentencia del Juzgado entendiendo que al haber mediado desistimiento del demandado ejecutante el asunto principal del que nació la acción de tercería «ya no existe» por lo que no podía continuar el incidente al carecer el proceso de objeto y quedar vacía de contenido la correspondiente pretensión. El recurso de casación prosperó. (R.G.S.)

64. Recurso extraordinario de revisión. Maquinación fraudulenta.—Para que proceda el recurso extraordinario de revisión en virtud de maquinación fraudulenta, la misma habrá de deducirse de hechos ajenos al pleito y ocurridos fuera del mismo, pero no a los alegados y discutidos en él. (STS de 6 de mayo de 1988, no ha lugar.)

65. Funcionamiento de los órganos sindicales.—Los disidentes órganos sindicales aquí en liza, esto es, el Secretariado Nacional Federal de la Federación de

Sindicatos de Canarias y la Comisión Gestora de la Federación de Sindicatos Obreros de Canarias, pretenden, aquél como demandante y ésta como coadyuvante de los trabajadores personalmente demandados, ser los órganos de representación, gobierno y administración; concurriendo el expresivo dato de que los trabajadores demandados *iure proprio* en el juicio de que el presente recurso dimana, son justamente quienes componen este segundo órgano que a su vez mantiene la expulsión del Sindicato de todos los trabajadores que forman el primero. El examen de las actuaciones desprende, en efecto, la existencia de una entidad sindical constituida en el año 1977 al amparo de la Ley de Libertad Sindical 19/1977, de 1 de abril, y Real Decreto 873/1977, de 22 de abril; entidad regida por los Estatutos de 14 de febrero de 1979, que sustituyen a otros. Este ente no funcionó con regularidad, ya que no existen o no se han aportado antecedentes documentales que mínimamente lo demuestren. No existen libros de actas anteriores a 1982, fecha en que aparecía en blanco aquel en que se extiende el acta de constitución de la comisión gestora formada el 25 de mayo de dicho año, legalizándose al siguiente día 26. Goza, sin embargo, de personalidad jurídica con arreglo a la disposición final primera de la Ley.

Demanda de protección jurisdiccional de los derechos de la persona.—La demanda de protección jurisdiccional de los derechos de la persona delimita con sus concretas pretensiones el ámbito de la decisión judicial. La respuesta de la Jurisdicción a la demanda de protección debe ser exhaustiva; pero debe detenerse en los límites de las pretensiones, ya que la suerte de incongruencia que significaría dar cosa distinta de la pedida incidiría justamente con la esfera de la libertad sindical, sustituyendo la actividad sindical que únicamente a los trabajadores pertenece. En el caso, por consiguiente, no cae dentro de la competencia de la Jurisdicción, sino resolver si aquellas pretensiones se ajustan a derecho; por tanto, aquí y ahora, si existen méritos para condenar a los trabajadores demandados a abstenerse de las actividades sindicales a que se hace referencia en la demanda e imponerles las obligaciones que se expresan en la misma de disolver su Comisión Gestora y difundir por medios públicos y privados, los mismos que utilizaron para dar a conocer su existencia, haber efectuado la disolución. Tales pronunciamientos no pueden emitirse sin el antecedente de la demostración del órgano social desde el cual se trata de ejercer la representación, gobierno y administración del Sindicato, esto es del Secretariado Nacional Federal de la Federación de Sindicatos de Canarias. (STS de 7 de mayo de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—En representación de Federación de Sindicatos Obreros de Canarias, en anagrama SOC, se formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas de Gran Canaria número 2 demanda de Proceso Especial contra varias personas como miembros de la Comisión Gestora del SOC, personándose sólo algunos de ellos y siendo también parte el Ministerio Fiscal. La demanda se basaba en los siguientes hechos: Primero. Los demandantes hicieron patente rechazo a la línea sindical aprobada por el Congreso Insular de la Federación de Sindicatos Obreros de Canarias (SOC), celebrado el día 1 de abril de 1982, transgrediendo reiteradamente los acuerdos adoptados. Segundo. El Sindicato se vio en la necesidad de proceder a la expulsión de los demandados. Tercero. Que los demandados se han arrogado de manera ilegal la representatividad de

la Federación, atribuyéndose competencias del Secretariado Nacional Federal, causando perjuicios a la misma. Cuarto. La labor disgregadora de los demandados tiene antecedentes anteriores al congreso insular.

El Juez de Primera Instancia de Las Palmas de Gran Canaria desestimó la demanda interpuesta en nombre y representación de la Federación de Sindicatos Obreros de Canarias (SOC) por concurrir la excepción de procedimiento inadecuado, sin entrar en el fondo del asunto, y declaró absueltos a los demandados. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia estimando el recurso interpuesto contra la Sentencia apelada, y entrando a resolver sobre el fondo del asunto, debemos aclarar y declaramos no haber lugar a la demanda interpuesta por la Federación de Sindicatos Obreros de Canarias (SOC) contra varias personas. (J.A.C.G.)

