

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLII
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
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

SEBASTIÁN 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

	<i>Pág.</i>
In memoriam	
<i>Ha muerto José Luis Lacruz, por J. D. E.</i>	1137
Estudios monográficos	
PANTALEON, Fernando: <i>Resolución por incumplimiento e indemnización</i>	1143
MARTINEZ SANCHIZ, José Angel: <i>El deterioro del pacto resolutorio en la Jurisprudencia Hipotecaria</i>	1169
YSAS SOLANES, María: <i>El derecho de opción</i>	1225
Vida jurídica	
ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: <i>El fundamento democrático de la unidad de mercado. (A propósito de un libro reciente)</i> .	1269

Información legislativa

A cargo de Pedro DE ELIZALDE Y AYMERICH 1273

Bibliografía

LIBROS

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus, Jochen: *El reconocimiento de deuda: aspectos contractuales y probatorios*, por Antonio Cabanillas Sánchez.—**CODIGO CIVIL DE PUERTO RICO COMENTADO: Edición revisada. Texto basado en el Título 31 de las Leyes de Puerto Rico Anotadas**, por Gabriel García Cantero.—GARCIA RUBIO, María Paz: *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin herederos*, por Alicia Real Pérez.—GONZALEZ SALINAS, Jesús: *Sistema de compensación y Terceros Adquirentes de Suelo*, por Luis Miguel López Fernández.—HYUNG-BAE KIM und WOLFGANG FREIHERR MARSCHALL VON BIEBERSTEIN: *Zivilrecht-lehrer deutscher Sprache. Lehrer.-Schüler.-Werke*, por Gabriel García Cantero.—MORENO MARTINEZ, Juan Antonio: *El defensor judicial*, por Fernando Gómez Pérez.—PASQUAU LIAÑO, Miguel: *La acción directa en el Derecho español*, por Santiago Cabanillas Múgica.—RAMS ALBESA, Joaquín, J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, por Emilio Murcia Quintana 1283

REVISTAS

Revistas Españolas, a cargo de Emilio BLANCO MARTINEZ y Fernando OLEO BANET 1299

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

I. RESOLUCIONES COMENTADAS

Comentario a la Resolución de 6 de septiembre de 1988, por Remedios ARANDA RODRIGUEZ 1335

Jurisprudencia

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. SENTENCIAS COMENTADAS

Doble venta. Venta de cosa ajena. Adquisición «a non domino». Responsabilidad por evicción, por Francisco JORDANO FRAGA . 1349

II. SENTENCIAS

A cargo de A. CABANILLAS SANCHEZ 1367

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 IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
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.: 0210-301-X.
Depósito Legal: M-125-1958.**

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

IN MEMORIAM

Ha muerto José Luis Lacruz

Cuando, en 1950, apareció por vez primera la firma de José Luis Lacruz Berdejo en este Anuario tenía su autor 29 años. No era el artículo titulado Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria obra primeriza: en mi cálculo, hace la número 15 de su producción.

Desde 1947, era José Luis Lacruz profesor adjunto, por oposición, en la Facultad de Derecho de Zaragoza. En ella había cursado su licenciatura, que terminó en 1943, a la vez que su primer trabajo de investigación, nada trivial. En efecto, las Notas para el estudio de la promissio sine causa en los Fueros de Aragón eran ya obra madura, con método propio y conciencia de tenerlo. En 1988 escribió sobre las Notas: «Traté en ese trabajo inicial de enseñar con el ejemplo lo esencial del método de investigación del Derecho aragonés: la actitud de historiador frente al dato histórico, aportando las fuentes precisas y distinguiendo las épocas». Su ejemplo y su magisterio eran muy exigentes: en las Notas hay utilización de manuscritos latinos inéditos (siguen inéditos todavía) de los Fueros de Aragón, citas de autores alemanes no traducidos, discusión de las opiniones de los clásicos aragoneses, utilización de autores recientes (franceses, italianos, alemanes) para plantear la dogmática de la promesa abstracta. Sospecho que enseña en su primera obra mucho más de lo que le enseñaron en la Universidad. ¿Autodidacta, entonces? Ciertamente, no gozó de un magisterio universitario acorde con sus necesidades y sus posibilidades. Le oí decir más de una vez —y creo que dejó escrito en algún sitio— que aprendió a investigar en el Derecho civil, singularmente en el aragonés, más que de ningún otro de su tío Francisco Palá Mediano, notario estudioso y de excepcional preparación e inteligencia. Entre los catedráticos que trató en sus años de oposiciones, guardó siempre gran estima personal a don José Castán Tobeñas.

Hasta el año 1950, casi toda su obra publicada versa sobre Derecho aragonés. Son muchos los que lo han reconocido desde entonces como el mejor especialista en Derecho foral. Pero no siempre se conocen las características de su trabajo. En su Contribución a la metodología del Derecho privado en Aragón (ADA, 1945, obra todavía

no superada y de utilización ineludible, recuerda «una carta del cate-drático Federico de Castro en la que venía a decir que, aceptando que se estudiase el Derecho foral, no podía aceptar sin embargo, que tal estudio se convirtiera en unos juegos florales». El joven Lacruz advierte que «afortunadamente se ha iniciado ya un cambio». Hoy podemos afirmar que este cambio lo produjo, más que nada, su obra, su ejemplo, su magisterio. Es suya, en aquellas fechas iniciales de su carrera, la transcripción de la versión romanceada de los fueros de Aragón contenida en un manuscrito de la Biblioteca Universitaria de Zaragoza (ADA, 1945), como lo es la publicación de Dos textos interesantes para la historia de la Compilación de Huesca (AHD, 1946): y tan interesantes, como que uno de ellos es el prólogo del perdido Liber in Excelsis, de Vidal de Canellas, que él rescató al conocimiento de este siglo.

También su tesis doctoral versó sobre Derecho aragonés: la comunidad conyugal. A partir de ese momento, se convierte en el gran especialista en regímenes económicos matrimoniales (también en 1950 aparece en RGLJ su En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales del Código civil), cuya impronta es clara en toda la literatura española posterior, e incluso, indirectamente, en la legislación: algunos rasgos de la reforma del Código en 1981 tienen inspiración inequívoca en el Derecho aragonés, y otros muchos se entienden mejor conociendo la regulación aragonesa; regulación que traduce a texto legal, en amplia medida, las ideas de Lacruz. En efecto, Lacruz dirigió el pequeño grupo de juristas que redactó el anteproyecto de la Compilación del Derecho civil de Aragón, imprimiéndole también su sello personal en el rigor de los conceptos y del lenguaje.

A quienes hemos cultivado el Derecho aragonés siguiendo sus enseñanzas, nos sorprende que esta tarea proporcionara al Maestro amplitud de horizontes y de conocimientos, así como instrumentos conceptuales y métodos de investigación inmejorables para el estudio del Derecho civil en general. Expresamente sobre metodología, me parece que no escribió sino el opúsculo de 1945, sobre el Derecho aragonés, a que antes me he referido. Es curioso que, en razón del mismo, reconozca Fikentscher, en su monumental (y heterogéneo) Methoden des Rechts (t. I, p. 579), un lugar señalado a José Luis Lacruz entre los juristas españoles; aunque cabe pensar que el calificativo de «histórico-comparado» que da al método de Lacruz el autor alemán atiende sólo a alguno de los aspectos del mismo.

1953 es el año en que gana su primera cátedra —que desempeñará en Santiago ese curso, para volver en seguida a Zaragoza—; es también el año de la traducción del Binder, Derecho de sucesiones, con notas de Derecho español. Precedente indudable de una de las obras que me parecen más innovadoras y duraderamente influyentes en la literatura civilística española: El Derecho de sucesiones, Parte General (1961, con la colaboración de Francisco Sancho Rebullida). Dos

años más tarde aparece otro libro capital: Derecho de familia. El matrimonio y su economía (igualmente con la colaboración de Sancho). De 1957 son (en su versión definitiva, sobre otra de 1955) las Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral. Son obras decisivas en mi formación como civilista, pero creo que no me dejo engañar por mis condicionantes biográficos al aventurar que son las obras clave en la producción de José Luis Lacruz, tanto por lo que significaron en su momento como por el origen de los posteriores volúmenes de «Elementos de Derecho civil».

Pero hay en ello pasos intermedios: en 1968, en la primera página del Derecho Inmobiliario Registral se advierte: «Este libro no es una nueva edición del que, con el título de «Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral» publicamos en 1955... y, en forma más definitiva, en 1957; aun cuando ha aprovechado su sistema, sus posiciones fundamentales y parte fragmentaria de su texto». Ciertamente, es más legible y digerible para los alumnos de cuarto curso de la Licenciatura (como ocurre con las ediciones posteriores, ya incorporado formalmente a los «Elementos», como volumen III bis). También hubo de sacrificar fragmentos de aquel texto, interesantes e incluso buscados hoy por lectores exigentes (como ocurre con un capítulo, todo él en letra pequeña, dedicado a la «Mecánica de la adquisición a non domino»). Es posible que ya en aquellas fechas el sacrificio le doliera menos, por considerarlo provisional, pensando en el gran Tratado que proyectó y que —con otros muchos proyectos e iniciativas— no pudo ver realizado en vida.

El Derecho de sucesiones, completo, se publicó por vez primera en dos volúmenes, 1971 y 1973; el Familia, en uno en 1966 (siempre con la colaboración de F. Sancho). En 1974 comienza la vida, formalmente, de los Elementos, con primera edición de la Parte General. El contenido y evolución de los Elementos es conocido, pues llega hasta ahora mismo y continúa.

Con todo, un par de observaciones relacionadas con esta obra pueden contribuir a ilustrar la personalidad del profesor Lacruz.

Sin duda, la parte del Derecho civil español que ha experimentado mayor transformación desde que Lacruz comenzó a cultivarlo ha sido el Derecho de familia. Las leyes de reforma de 1981 apenas dejaron artículo sin modificar (y éstos, sólo hasta 1983). Parecería que un autor que, para entonces, llevaba casi 40 años cultivándolo habría de sentirse inclinado a la inercia; resignado por necesidad a dejar constancia de los cambios legales, pero sin alterar en lo sustancial sus posiciones previas. Por el contrario, en la edición «experimental» que fue apareciendo en el curso siguiente, Lacruz volvió a escribir de nuevo toda la materia, aparentemente como si se enfrentara por vez primera con el Derecho de familia (con la inmensa experiencia acumulada, naturalmente; pero sin dejarse llevar por su peso). Entre otras muchas novedades, hay dos capítulos de cuya elaboración testigo más cercano

y que me sorprendieron: Familia y Constitución el uno; las parejas no casadas el otro. Eran temas prácticamente inéditos entre nosotros (ciertamente, sin precedentes en manuales y tratados), que aparecen en las páginas de Lacruz totalmente contruidos y maduros, a pesar de su novedad. La utilización de fuentes extranjeras —con oportuna presencia de autores ingleses y americanos— se ha hecho de modo acorde con el criterio que dejó sentado en los años cuarenta: de la doctrina foránea se toma la noticia y planteamiento de los problemas; acaso ideas, tópicos, con los que razonar sobre ellos; pero la solución ha de lograrse plenamente en el sistema de fuentes y con los principios del Derecho español. Para mí, su «nuevo» Derecho de familia fue una muestra de amplitud de miras, capacidad de trabajo y lozanía intelectual envidiables.

La otra observación que quiero hacer sobre los «Elementos» es la forma en que nos incorporó a la tarea a los discípulos más cercanos: con la excepcional generosidad que le caracterizaba, haciéndonos partícipes de un capital que él solo había acumulado. Pero, también, con la previsión diligente de quien sabe que ha puesto en marcha empresa de envergadura, cuya duración ha de superar la vida de su creador. Hace unos años nos reunió, previo envío de unos folios de consideraciones e instrucciones, pidiéndonos que pensáramos tranquilamente en otras incidencias, que el tiempo podría traer, «y no sólo para el futuro más inmediato, sino para dentro de 10 ó 20 años». Ni él ni nosotros podíamos entonces imaginar que estaríamos ahora continuando su obra sin su presencia.

Mucho más escribió José Luis Lacruz que lo que hasta ahora he dicho. La lista de sus obras ocupa más espacio que el de estas páginas. Pero no dejaré de mencionar su Manual de Derecho civil (1979), escrito casi de un tirón, más personal que otras exposiciones condicionadas por los planes de estudios, en que lectores atentos pueden descubrir opiniones y sugerencias que no consignó en ningún otro lugar. Lo dedicó a su mujer, a sus hijos y a sus discípulos entonces más inmediatos, ya catedráticos: la dedicatoria expresa bien el lugar que para su autor tenía este libro, «compendio de mi vida de jurista», según dice.

No es su obra escrita la única aportación de José Luis Lacruz al Derecho civil. Deja discípulos. Incluso más allá del amplio círculo delimitado por la relación personal, directa o indirecta, en la que el maestro es visto como ejemplo y su obra como directriz, son muchos los cultivadores del Derecho civil que se han visto estimulados por sus palabras, animados por su apoyo o confortados por su consejo. Sin contar, simplemente, a los que han aprendido leyéndole, que son muchos miles.

En las hermosas palabras que escribió al fallecimiento, tan temprano (1966), de uno de sus primeros y más brillantes discípulos, amigo entrañable, Mariano Alonso y Lambán, se lee: «Aborrecía lo feo,

lo avieso, pero sobre todo lo indecoroso y lo falso. Porque tenía un sentido innato de la rectitud y la verdad». En esta descripción sintética reconocemos muchos también al propio José Luis Lacruz. La rectitud y la verdad, como exigencia estricta para sí mismo; acompañada de un respeto y tolerancia extremos para los criterios y la conducta de los demás. Pues apenas (tomo de nuevo palabras suyas) supo ser «severo con quien lo merecía —el inepto osado, el farsante, el malo—, siéndolo, al extremo, consigo». De firmísima convicción en sus principios, su amor a la libertad, tan visible para cuantos le conocieron, le inclinaba al espontáneo reconocimiento de la libertad de los demás; al respeto sincero por quien obrara según otras convicciones, que él suponía siempre —con aprobado riesgo de equivocarse— tan serias como las suyas. Quizá por ello tuvo tantos amigos.

J. D. E.

Resolución por incumplimiento e indemnización

Por FERNANDO PANTALEON

Catedrático de Derecho civil. Santander

El objetivo central de este breve ensayo consiste en averiguar la respuesta que da el Derecho español al interrogante siguiente: en caso de resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes, ¿está legitimada la otra parte, que ejercitó su facultad de resolver, para reclamar al incumplidor una indemnización de daños y perjuicios en la medida de su interés en el cumplimiento del contrato o interés contractual positivo, o podrá sólo reclamarla en la medida de su interés en la no celebración del contrato resuelto o interés contractual negativo? Como se trata de un problema en el que existe un grave riesgo de deslizarse hacia el puro conceptualismo y el método de inversión, conviene comenzar aferrándose a la realidad de un caso concreto.

1. En lo que aquí interesa, los hechos del caso finalmente decidido por la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de *26 de noviembre de 1987* (1) fueron los siguientes. La sociedad demandante, Kurt Held GmbH S. L., es una empresa alemana con actividades y filial en España, que se dedica a la fabricación y venta de maquinaria laminadora. Las distintas unidades del mencionado producto sólo se fabrican por encargo, previa venta en firme, pudiendo escoger el comprador entre diversos modelos y, dentro de cada modelo, entre diversas especificaciones o características opcionales. El 25 de mayo de 1979, la demandante celebró con la sociedad demandada, Mass S. A., un contrato de compraventa referido a uno de los modelos de la máquina laminadora que aquella fabrica. El 31 de mayo, la demandante envió a la demandada la factura proforma del modelo vendido, al efecto de que pudiera obtener un crédito bancario para financiar la fabricación de la máquina vendida: la compradora se había obligado a remitir a la fabricante-vendedora una carta de crédito

(1) Narrada y comentada por JORDANO FRAGA. CCJC, 15 (1987), pp. 5183 y ss.

irrevocable a tal fin. Simultáneamente, al amparo de las buenas referencias recogidas sobre la compradora, Held inició la fabricación de la máquina, sin haber recibido anticipo ni señal del precio pactado. Terminada la fabricación sin que Mass hubiera hecho ademán alguno de pago, Held requirió notarialmente a la demandada el día 13 de junio de 1980 para que, en el plazo de 15 días (hasta el 28 de junio), cumpliera su obligación. A la vista de la obstinada falta de cumplimiento por parte de Mass, la demandante, el 6 de mayo de 1981, notificó notarialmente a la demandada su decisión de resolver el contrato, con expresa reserva de reclamar daños y perjuicios.

En lo que ahora importa, Held reclamó en su demanda, además de que se declarase la resolución del contrato, que se condenara a la demandada a abonarle, en concepto de indemnización por la ganancia dejada de obtener, una cantidad igual a la diferencia entre el precio de venta pactado y el coste de fabricación de la máquina vendida. El juzgado no estimó esta pretensión indemnizatoria, limitándose a conceder a la demandante los intereses legales de la cantidad reclamada desde el 31 de mayo de 1979 al 7 de mayo de 1981. La Audiencia Territorial confirmó el fallo del Juzgado, con la única salvedad de fijar el día 28 de junio de 1980 como comienzo del período de devengo de los intereses legales a pagar. Lamentablemente, la denegación por los tribunales de instancia de una indemnización igual a la diferencia entre el precio pactado y el coste de producción de la máquina objeto de la compraventa resuelta, no fue objeto del recurso de casación interpuesto por la demandante. Porque me parece indudable que la pretensión indemnizatoria de la sociedad demandante debió ser estimada, salvo en la improbable hipótesis de que, en el período de tiempo relevante, la demanda de máquinas laminadoras del tipo de la vendida, en el ámbito en que se desarrollaba el comercio de Held, fuera superior a su capacidad de fabricación de las mismas.

2. En el importante caso de la jurisprudencia inglesa *Re Vic Mill Ltd* [1913] 1 ch. 465 (C.A.), el demandado compró en firme a la empresa demandante una serie de máquinas que ésta había de fabricar siguiendo las especificaciones del comprador, si bien eran de un modelo de uso bastante común. Incumplidas sus obligaciones por el demandado de manera suficiente para justificar la resolución del contrato, cuando algunas de las máquinas estaban ya fabricadas, la demandante, realizando ciertas modificaciones de escaso coste, logró vendérselas a un tercero por un precio muy similar al pactado en el primer contrato. Pese a lo cual, la *Court of Appeal* le concedió una indemnización igual a la ganancia que habría obtenido de su venta al demandado, al ser falaz suponer, en palabras de Hamilton L. J., que «el segundo cliente era un cliente sustituto y que, aunque todo hubiera ido bien, los fabricantes no habrían tenido ambos clientes, ambos encargos y ambas ganancias». Se consideró también indemnizable la ganancia que

la demandante habría obtenido de la venta de las máquinas aún no fabricadas en el momento de incumplimiento, porque, como dijo Buckley L. J., el demandado no suministró prueba alguna que demostrase que la fabricación de dichas máquinas hubiera impedido a la demandante atender otros pedidos que hubiese recibido.

La decisión anterior sirvió de precedente en el caso *W. L. Thompson Ltd. v. R. Robinson (Gunmakers) Ltd.* [1955] Ch. 177, en el que la entidad demandada se negó a aceptar la entrega de un coche Vanguard nuevo, que había comprado en firme a la entidad demandante, vendedora de coches nuevos y usados en Yorkshire al precio fijado por el fabricante. La demandante logró devolver el coche a su suministrador sin coste para ella, pese a lo cual triunfó su pretensión indemnizatoria por la ganancia dejada de obtener por el fracaso de la operación, esto es, por la diferencia entre el precio fijado de la venta al público y el precio de coste para la demandante del automóvil en cuestión. «Con base en los hechos que he de considerar —afirmó Upjohn J.—, me parece muy claro que el perjuicio de la demandante en este caso es la pérdida de su operación. Ha vendido un Vanguard menos de los que de otra forma hubiera vendido. La demandante, como la demandada tiene que haber sabido (2), se dedica a la venta de coches y obtiene su beneficio comprando y vendiendo coches, y lo que ha perdido es su beneficio en la venta de ese Vanguard.»

En este caso, se consideró probado que, en el lugar donde *W. L. Thompson Ltd.* ejercía su comercio, la demanda de coches Vanguard era inferior al número de los que aquella entidad podía conseguir de su suministrador y ofertar. Si por el contrario, la demanda de tales coches en Yorkshire hubiera sido superior a su posible oferta, la pretensión indemnizatoria tendría que haber fracasado: el número de ventas y el correspondiente beneficio no dependería entonces del número de clientes que la demandante pudiera conseguir, sino del número de coches que pudiese conseguir de su suministrador.

Así ocurrió en el posterior caso *Charter v. Sullivan* [1957] 2 Q.B. 117 (C.A.), en el que el demandado se negó a aceptar la entrega del coche Hillman Minx nuevo que había comprado en firme al demandante, de profesión vendedor de coches, quien logró volver a vender el vehículo diez días después por el mismo precio a un segundo comprador, ahora con éxito. Comprobado que la demanda de ese

(2) Análogamente a lo que ocurre en los ordenamientos latinos —artículos 1.107.1.1.^a de nuestro Código Civil, 1.150 del Código Civil francés y 1.225 del Código Civil italiano—, en los ordenamientos del *common law*, tras el famosísimo caso *Hadley v. Baxendale* (1854) 9 Ex. 341, sólo son resarcibles en caso de incumplimiento contractual aquellos daños que, en el momento de la celebración del contrato, las partes contemplaron o pudieron razonablemente contemplar, como consecuencia probable del incumplimiento: por todos, MCGREGOR, *On Damages*¹⁵ (1988), §§ 242 y ss.; CALAMARI y PERILLO, *The Law of Contracts*³ (1987), § 14-5.

tipo de coches en el lugar en que el vendedor ejercía su comercio era tal que éste podía vender sin problemas todos los Hillman Minx que lograra conseguir, la *Court of Appeal* desestimó su pretensión indemnizatoria. Escribió Jenkins L. J.: «El número de ventas que [el demandante] pueda efectuar y, consecuentemente, la cuantía del beneficio que obtenga, vendrán determinados, de acuerdo con la situación del mercado, bien por el número de coches que sea capaz de obtener de los fabricantes, bien por el número de compradores que sea capaz de encontrar. En el primer caso, la demanda es superior a la oferta, de manera que el incumplimiento de un comprador no le supone ningún perjuicio, ya que vende el mismo número de coches que habría vendido si el comprador no hubiese incumplido. En el segundo caso, la oferta es superior a la demanda, de manera que puede afirmarse que el incumplimiento de un comprador le ha supuesto perder una venta.» Y añadió más adelante: «La decisión de Upjohn J. en favor de la vendedora demandante en el caso *Thompson*, se basó esencialmente en el hecho admitido de que la oferta de los coches en cuestión era superior a su demanda, y su sentencia no deja lugar a dudas sobre que, si la demanda hubiera sido superior a la oferta, su decisión habría sido la contraria.» (3)

El cuerpo de doctrina que constituyen las tres decisiones mencio-

(3) Bastante peculiar fue el más reciente caso *Lazenby Garages Ltd. v. Wright* [1976], 1 W.L.R. 459 (C.A.). El demandado, de profesión agricultor, visitó un día la exposición de coches de segunda mano de la entidad demandante, y terminó comprando en firme un BMW 2002 con motor de inyección por 1.670 libras. Al volver a casa, su mujer le convenció de que había cometido una insensatez, y el demandado comunicó a la vendedora que ya no quería el coche comprado. Esta logró volver a venderlo a otro cliente dos meses después por 1.770 libras. Pero no por ello dejó de reclamar al demandado una indemnización de 345 libras, diferencia entre el precio pactado y las 1.325 libras por las que la demandante había adquirido el automóvil en cuestión; con el argumento de que, dado que se dedicaba profesionalmente a la venta de coches de segunda mano, el incumplimiento del demandado le había impedido vender un coche más del mismo tipo, de los que tenía en su exposición. En primera instancia, el juez estimó que la demandante no había probado que hubiese vendido un coche menos; pero, considerando que existía un cincuenta por ciento de probabilidades de que, de haber cumplido el demandado, hubiera vendido aquella un coche más, le concedió una indemnización de 175,5 libras. La *Court of Appeal*, integrada entre otros por Lord Denning M. R., estimó el recurso de apelación interpuesto por el demandado, y le absolvió plenamente; con el argumento de que, en el momento de la celebración del contrato, no pudo razonablemente contemplar que, de incumplir él, la entidad demandante vendería un coche menos: los coches de segunda mano —se dijo, a fin de distinguir el caso litigioso de *Thompson v. Robinson*— son objetos «únicos», cada uno diferente de los otros, y «no existía base para ninguna deducción precisa sobre el efecto que se habría sentido en el negocio de la entidad demandante, si el coche en cuestión hubiese sido vendido y entregado al demandado, en vez de al comprador que, al final, efectivamente lo adquirió».

Dudo bastante de que la solución hubiera sido la misma, de haberse tratado de un automóvil de segunda mano de un marca de uso más frecuente en Inglaterra y, sobre todo, de haberse tratado de otro tipo de comprador, capaz de suscitar menor simpatía que el bueno de Mr. Wright. Y quizá también, de no haber integrado el tribunal un juez tan sensible como conocidamente lo es Lord Denning, a las razones de equidad y protección del contratante débil.

nadas cuenta con el favor de los mejores especialistas ingleses en la materia (4). Casos y decisiones análogos e igual consenso entre los autores cabe encontrar en el Derecho de los Estados Unidos de América, donde el § 2-708(2) del *Uniform Commercial Code* establece con toda claridad que, en supuestos como los que nos ocupan, el vendedor podrá reclamar al comprador incumplidor una indemnización calculada sobre la base del beneficio que aquél habría obtenido, de haberse atendido éste a lo pactado y aceptado el bien o los bienes objeto del contrato (5). Y lo mismo cabe decir, retornando al ámbito del *civil law*, de la jurisprudencia y la doctrina alemanas (6).

Volvamos ahora al caso finalmente decidido por la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1987. Seguramente, el Juzgado y la Audiencia se dejaron llevar por la impresión de que, puesto que, resuelto el contrato de compraventa, la demandante se quedaba finalmente con la máquina laminadora, que con toda probabilidad había vuelto ya a vender o podría volver a vender a un segundo comprador por un precio igual o mayor al pactado en la primera compraventa, no había sufrido aquélla otro perjuicio que el de no haber podido disponer de la cantidad de dinero reclamada, desde el momento en que debió serle pagada, hasta el momento de la resolución. Sin parar en mientes de que, salvo en la improbable (y, desde luego, improbable) hipótesis de que, en el período de tiempo relevante, Held hubiera carecido de capacidad de fabricación bastante para atender la demanda de máquinas laminadoras como la vendida, no podía considerarse que ese segundo comprador sustituyera al primero: Held habría tenido ambos clientes, ambos encargos y ambas ganancias.

3. La no concesión por las sentencias de instancia de la indemnización reclamada por Held por la ganancia dejada de obtener en la venta de la máquina a Mass (diferencia entre el precio pactado y el coste de producción de la máquina vendida), sólo podría tener buen sentido, si fuese cierto en nuestro Derecho —como lo es, por ejem-

(4) BEALE, *Remedies for Breach of Contract* (1980), pp. 199 y ss.; FURMSTON, *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*¹¹ (1986), pp. 589 y ss.; BURROWS, *Remedies for Torts and Breach of Contract* (1987), pp. 128 y s.; HARRIS, *Benjamin's Sale of Goods*¹ (1987), §§ 1291 y ss.; TREITEL, *The Law of Contract*⁷ (1987), pp. 734 y s.; MCGREGOR, *On Damages*, cit., § 846A y s.

(5) Véanse DOBBS, *Handbook on the Law of Remedies* (1973), §12.19, pp. 888 y ss.; MURPHY y SPEIDEL, *Studies in Contract Law*³ (1984), pp. 1032 ss.; CALAMARI y PERILLO, *The Law of Contracts*, cit., pp. 626 y s.; WHITE y SUMMERS, *Uniform Commercial Code*¹ (1988), §§ 7-8 y ss., pp. 313 y ss., con abundante bibliografía suplementaria en p. 314 nt. 1. Con anterioridad al *Uniform Commercial Code*, McCORMICK, *Handbook on the Law of Damages* (1935), § 173, pp. 661 y s.

(6) VON CAEMMERER, *Dölle Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht* (1976), Art. 63 RdNr 10 y ss.; LANGE, *Schadensersatz* (1979), § 6 X 5 c.; HUBER, «Leistungsstörungen», en los *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I (1981), pp. 848 y s.; STAUDINGER¹²/MEDICUS, § 252 Rz 26; MünchKomm²/GRUNSKY, § 252 RdNr 13.

plo, en el Derecho suizo (arts. 107.II *in fine* y 109.II del Código de las Obligaciones)— que la parte que opta por la resolución del contrato no puede ya reclamar una indemnización que tenga por objeto su interés en la prestación, interés en el cumplimiento o interés contractual positivo, sino únicamente su interés en la no celebración del contrato resuelto o interés contractual negativo. Que es precisamente lo que, con apasionada contundencia, ha sostenido Jordano Fraga en su comentario jurisprudencial antes mencionado, siguiendo anteriores desarrollos más ponderados del profesor Delgado Echeverría (7). Creo firmemente, sin embargo, que tal postura no puede ser compartida, por más que parezca ir ganando otros autorizados adeptos (8).

No tiene apoyo alguno, sino todo lo contrario, en la letra del artículo 1.124 del Código Civil, cuyo párrafo segundo comienza diciendo que «el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución, *con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos*». Las palabras «resarcimiento de daños y abono de intereses» son una mala traducción de las francesas «*dommages et intérêts*» (indemnización de daños y perjuicios), análoga a la cometida en los artículos 1.147.II y 1.152.I del Código Civil. Con acierto ha dicho el Tribunal Supremo, en su sentencia de 10 de octubre de 1980 (Col. leg. núm. 295, p. 379), que «el “abono de intereses” a que se alude en el artículo 1.124, párrafo segundo, no se refiere a la suma dineraria en concepto de fruto civil por disponer de dinero ajeno y como compensación por su disposición y disfrute, sino que la expresión “resarcimiento de daños y abono de intereses” contenida en el citado precepto legal, es sinónima de indemnización de daños y perjuicios, refiriéndose el segundo concepto más bien a ganancias dejadas de obtener, según se deduce del criterio sentado por esta Sala en sentencias de 28 de enero de 1961 y 17 de marzo de 1964». No acabo de ver, entonces, cómo puede defenderse que aquellas palabras de la ley se refieren únicamente, y sólo en uno de los casos, al interés contractual negativo.

(7) Primero, en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II-1² (1985), pp. 277 y s., y luego en sus comentarios a las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1985, CCJC 9 (1985), pp. 2949, 2954 y ss. y 17 de junio de 1986, CCJC 11 (1986), pp. 3773, 3778 y s., 3784 y s.

(8) En DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II⁶ (1989), p. 271, puede leerse: «Otras consecuencias de la resolución son las referentes al abono de daños y perjuicios. El párrafo 2.º del artículo 1.124 se los concede al legitimado para ejercitar la facultad de exigir el cumplimiento o la resolución, opte por la que opte. Sin embargo, es más que dudoso que, si elige la resolución, pueda pretender otra cosa que no sea la devolución de lo entregado y la aplicación de la normativa vista en el párrafo anterior; concretamente el lucro cesante. No se olvide que la resolución tiende a colocar a las partes en la misma posición que tuvieron al contratar, que opera retroactivamente hasta ese momento borrando lo ocurrido. El lucro cesante, por propia definición, implica que el acreedor se quiere colocar en la misma situación patrimonial que si el contrato (cuya resolución pide) hubiese llegado a buen término, lo que exigiría obviamente que él cumpliera (que es lo que no quiere con la resolución).»

Que yo sepa —por comenzar por los ordenamientos que tienen o han tenido normas más parecidas a nuestro artículo 1.124.II: artículos 1.184.II del Código Civil francés, 1.165.II del Código Civil italiano de 1865 y 1.453.I del Código Civil italiano de 1942—, la tesis aquí combatida no ha sido sostenida jamás por ningún autor francés significativo (9). Y si bien fue sostenida por algunos juristas italianos de prestigio durante la vigencia del Código Civil de 1865, la jurisprudencia y la doctrina dominante italianas la rechazan de forma clara en el momento presente (10).

En el Derecho inglés, no cabe hoy la menor duda de que la resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes —la terminología es muy variada: se habla de *rescission*, *termination*, *discharge*, *cancellation*, *avoidance*— no impide a la otra, que ejerció su facultad de resolver, reclamar una indemnización de daños y perjuicios que tenga por objeto su interés en la prestación convenida o interés contractual positivo. Y varios autores han propuesto que se abandone en esta sede el tradicional término «*rescission*», precisamente porque sugiere una plena extinción retroactiva del contrato, como si nunca hubiera existido, al modo como en efecto sucede, por ejemplo, en los casos de *rescission for fraudulent misrepresentation* (entre nosotros, anulación por dolo según los arts. 1.269, 1.300 y ss. del Código Civil); en los que, ciertamente, el inducido mediante insidias a contratar que *rescinds for misrepresentation*, no puede reclamar una indemnización que tenga por objeto su interés en el cumplimiento del contrato, a diferencia de lo que ocurre con el contratante que «*rescinds*» for breach (11).

El § 2-711(1) del *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos de América deja perfectamente claro que, en caso de incumplimiento por parte del vendedor, el comprador puede resolver el contrato («*the buyer may cancel*») y, tanto si lo hace así como si no, reclamar, además del precio pagado, una indemnización de daños y

(9) Y véanse, en cambio, explícita o implícitamente a favor de la compatibilidad entre resolución por incumplimiento e indemnización en la medida del interés contractual positivo, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations* (1906), núms. 900 y 928, nt. 4; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II (1932), núm. 1.317; ESMEIN, en AUBRY y RAU, *Cours de droit civil français*, V, § 354, p. 52 y § 356, p. 112. Véase también RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, I (1936, reimp. 1964), pp. 213 y s.

(10) DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*³, I (1979), pp. 347 y ss.; GRECO y COTTINO, *Vendita*² (1981), en el «Comentario del codice civile Scialoja-Branca», p. 400; SACCO, *Trattato di diritto privato privato Rescigno*, X (1982), p. 516; ZACCARIA, *Commentario breve al codice civile Cian-Trabucchi*² (1984), p. 990. Véase también BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*² (1981), en el «Comentario del codice civile Scialoja-Branca», pp. 278 y ss.

(11) BEALE, *Remedies...*, cit., pp. 104 y s.; ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*³ (1981), pp. 294 y s.; GUEST, *Chitty on Contracts*²⁵, I (1983), §§ 1591 y 1631; FURMSTON, *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, cit., pp. 530 y ss.; TREITEL, *The Law of Contract*, cit., pp. 283, 574 y ss. y 650 y ss.; MCGREGOR, *On Damages*, §§ 872 y 936.

perjuicios en la medida de su interés en el cumplimiento o interés contractual positivo, de acuerdo con lo dispuesto en los §§ 2-712 o 2-713 del mismo Cuerpo legal (12).

Es bien sabido, que los redactores del Código Civil alemán, desechando el ejemplo de los ordenamientos latinos y del Derecho austríaco (§ 921 ABGB), se decidieron de manera explícita por la incompatibilidad entre resolución e indemnización de daños por falta de cumplimiento, entre *Rücktritt* y *Schadensersatz wegen Nichterfüllung*: §§ 325 y 326 BGB. Pero también lo es que, con rara unanimidad, la doctrina alemana no ha dejado de criticar tal decisión legislativa, tachándola de poco respetuosa con los que se estiman legítimos intereses del contratante que cumplió lo que le incumbía, o estaba dispuesto a cumplirlo. Y lo es también que, cuando quien contrató con el incumplidor no ha realizado aún su prestación, aquella incompatibilidad se ha obviado en la práctica mediante la aceptación, en materia de cálculo de la cuantía indemnizatoria, de la llamada «*abgeschwächte Differenztheorie*», hoy absolutamente dominante en la jurisprudencia y doctrina alemanas, y que algunos autores pretenden que se aplique incluso, cuando el acreedor insatisfecho haya llevado ya a cabo su prestación (13). Conviene advertir, además, que la otrora dominante tesis de que la resolución extingue por completo el contrato o relación obligatoria de forma retroactiva, como si nunca hubiese existido, ha sido completamente abandonada por los juristas alemanes, entre otras razones porque están convencidos de que la resolución no es incompatible con la subsistencia de pretensiones indemnizatorias por *culpa in contrahendo*, cumplimiento defectuoso e, incluso, mora *ex* § 286.I BGB, siempre que se trate, claro está, de daños extramuros del interés en el cumplimiento en sentido estricto (14).

Tras lo que acabamos de exponer, no podrá extrañar que, en la *Convención relativa a una Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías*, hecha en La Haya el 1 de julio de 1964, triunfara plenamente la postura de la plena compatibilidad entre la resolución (*résolution*, en la versión francesa; *avoidance*, en la inglesa; *Aufhebung* (15), en la alemana) de la compraventa por la parte que cum-

(12) Véanse DOBBS, *Handbook on the Law of Remedies*, cit., §§ 1.5, 12.9, 12.17 y 12.23; CALAMARI y PERILLO, *The Law of Contracts*, cit., § 15-7.

(13) Por todos, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1¹³ (1982), § 22 II; MünchKomm²/EMMERICH, § 325 RdNr 29, 33 y 38 y ss. Además, en la línea de una reforma legislativa que acoja la plena compatibilidad de ambos remedios, siguiendo el ejemplo de la legislación uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías. HUBER, *Gutachten...*, cit., pp. 665, 713 y ss., 763 y 846 y s. En fin, véase ya RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, cit., pp. 429 y ss.

(14) STAUDINGER¹²/OTTO, § 327 Rz 18 y s.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., § 26; STAUDINGER¹²/KADUK, Vorbem zu §§ 346 ss. Rz 14 y 28; MünchKomm²/JANSSEN, Vor § 346 RdNr 30 y ss.; PALANDT⁴⁸/HEINRICHS, Einf v § 346 Anm 1 b.

(15) Siguiendo el consejo de RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, cit., pp. 434 y

plió, o estaba dispuesta a cumplir, y la pretensión indemnizatoria en favor de la misma, en la medida de su interés en el cumplimiento o interés contractual positivo; véanse los artículos 41.2 (en relación con el 41.1.b), 63.1, 68.1, 84, 85, 86 y 87 (16). Y que lo propio haya ocurrido en la *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, hecha en Viena el 11 de abril de 1980: artículos 45.1 (en relación con el 49), 45.2, 61.1 (en relación con el 64), 61.2, 75, 76 y 81.1 (17).

Fácil es intuir que, si la tesis que aquí se defiende goza de tan amplio predicamento en el Derecho comparado y uniforme, ello es porque responde adecuadamente a una justa valoración de los intereses en conflicto. Trataré de demostrarlo con un par de ejemplos.

Dos anticuarios convienen en permutar un jarrón del primero por una escultura del segundo. El primer anticuario entrega el jarrón al segundo, pero los descuidados dependientes de éste rompen la estatua antes de su entrega al primero. Supongamos que el primer anticuario celebró la permuta a la vista de un muy lucrativo negocio de reventa de la escultura, cuyos detalles (salvo, claro está, la identidad del cliente) hizo saber al otro anticuario al tiempo de contratar (18). Y supongamos, en fin, que éste se avendría a considerar resuelta la permuta y a devolver el jarrón a aquél, aunque no a pagarle indemnización alguna. ¿Cómo va a ser justo que se coloque al primer anticuario ante el dilema de tener que dejar el jarrón en manos del segundo anticuario, que a lo peor atraviesa serios apuros financieros, y de sus descuidados dependientes, durante todo el tiempo que puedan durar los oportunos procedimientos judiciales, como único camino para poder obtener por vía indemnizatoria la utilidad que legítimamente esperaba de un contrato que él cumplió fielmente?

El caso finalmente decidido por la sentencia del Tribunal Supremo origen de estas reflexiones, puede servirnos bien como segundo ejemplo. De ser cierta la postura que aquí combatimos, ¿qué tendrá que hacer una empresa como Held, de querer conservar la posibilidad de obtener la utilidad esperada del contrato, esto es, la diferencia entre el precio pactado y el coste de fabricación de la máquina vendida? La respuesta sería clara: guardar la máquina en sus almacenes,

s., de evitar términos que sugiriesen una plena extinción retroactiva del contrato, incompatible con la subsistencia de la pretensión indemnizatoria por falta de cumplimiento.

(16) VON CAEMMERER, *Dölle Kommentar...*, cit., Art. 63 RdNr 14 y ss.; WEITNAUER, *Dölle Kommentar...*, cit., Vor Artt. 78-81 RdNr 35, Artt. 82-89 RdNr 3 y ss., Vor Artt. 84-87 RdNr 5 y ss.

(17) HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (1982), §§ 277 y 441; WILL, *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention* (1987), p. 331 (con un serio error por lo que se refiere al Derecho inglés); KNAPP, *Bianca-Bonell Commentary...*, cit., p. 448; TALLON, *Bianca-Bonell Commentary...*, cit., pp. 602 y s.

(18) Digo esto, a fin de evitar cualquier problema en relación con los dispuesto en la proposición primera del artículo 1.107.1 del Código Civil.

a la espera de que finalizaran los procedimientos judiciales en que se condenase a una empresa como Mass a hacerse cargo de la máquina que compró, previo abono del precio pactado con sus intereses, más los gastos de almacenamiento y conservación de la misma. ¿Cómo va a ser justo que se coloque a una empresa como Held ante el dilema de tener que mantener inmovilizada una parte de su patrimonio, quizá durante varios años, con los gastos de conservación y almacenamiento que ello conlleva, como único camino para obtener la utilidad que legítimamente esperaba de un contrato que ella siempre estuvo dispuesta a cumplir fielmente? ¿En nombre de qué interés digno de protección podría un ordenamiento jurídico imponerle una conducta tan ineficiente, contraria al interés general en la plena movilidad de los recursos productivos? ¿Se ha notado que, en la gran mayoría de casos como el que nos ocupa, los intereses de la compradora coincidirán con los de la vendedora (siempre conservando a ésta su pretensión indemnizatoria en la medida del interés contractual positivo) en que, de existir un nuevo comprador para la máquina, el contrato entre ambas se resuelva de inmediato y se proceda lo antes posible a la venta de la máquina a aquél (conducta que vendría exigida entonces por el deber de buena fe de la vendedora de mitigar su daño), evitándose así la generación de nuevos gastos?

4. Frente a todo lo anterior, ¿qué argumentos pueden ofrecernos Delgado Echeverría y Jordano Fraga? Sólo uno. Ha escrito el primero de ellos: «Si se opta por la resolución, en congruencia con su naturaleza y efectos retroactivos, el resarcimiento habría de ser del interés contractual negativo, es decir, para colocar al contratante en aquella situación en que se habría encontrado si el contrato no se hubiese concluido; pero no como si el contrato se hubiese cumplido debidamente, pues a ello se ha renunciado al resolver.» Y el segundo: «Resulta, por tanto, claro que la resolución (que significa ineficacia del contrato *ex tunc* y, con ella, decaimiento *ab initio* de las obligaciones que en él tienen su fuente) es incompatible con el interés de cumplimiento: el acreedor resolvente no puede pretender del deudor incumplidor la realización de la prestación total o exactamente, o de su valor, pues la obligación que justificaría tal pretensión no subsiste, y ahora se considera como si nunca hubiera existido. Devenido ineficaz el contrato por su propia iniciativa, el acreedor cumplidor no puede pretender colocarse en la misma posición que si hubiera cumplido; ello, sobre ser contradictorio (es tanto como pretender la eficacia e ineficacia del contrato al mismo tiempo), es jurídicamente imposible: ha desaparecido *in radice* el fundamento jurídico de tal pretensión (una obligación subsistente e infringida).» (19)

(19) DELGADO, *Elementos...*, cit., p. 277. JORDANO FRAGA, CCJC, 15 (1987), páginas. 5192 y s.

Se trata, en mi opinión, de un argumento de pura lógica formal, y construido además sobre arenas movedizas, por cuanto su premisa mayor —la resolución «significa ineficacia del contrato *ex tunc* y, con ella, decaimiento *ab initio* de las obligaciones que tienen en él su fuente»— se presupone sin demostrarla.

De la incardinación sistemática del artículo 1.124, del (erróneo) tratamiento de condición resolutoria que el legislador ha querido darle, lo único que cabe deducir es lo que dispone el artículo 1.123.I *in fine*: que los interesados «deberán restituirse lo que hubiesen percibido», aunque «sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria» (art. 1.124.IV). Si se quiere llamar a esto «retroactividad» o «efecto retroactivo», para lo que ofrecería alguna base, aunque débil, la remisión del artículo 1.123.III al párrafo segundo del artículo 1.120, llámese así. Pero pretender seguir deduciendo que la resolución extingue plenamente el contrato o relación obligatoria de forma retroactiva, como si nunca hubiera existido, al punto de hacerla incompatible con las pretensiones indemnizatorias en la medida del interés contractual positivo, es, en mi opinión, pura jurisprudencia de conceptos. Jurisprudencia de conceptos que alcanza cotas muy altas cuando, como Jordano Fraga, se califica de «jurídicamente imposible» la tesis que aquí se mantiene. La doctrina italiana, sostiene hoy esa tesis «jurídicamente imposible», a la que también responde la jurisprudencia de la *Corte di Cassazione*, sin considerar un obstáculo de importancia el hecho de que el artículo 1.458 del Código Civil italiano comience diciendo que «*La risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti*».

Es verdad que en muchas sentencias de nuestro Tribunal Supremo pueden encontrarse afirmaciones tan rotundas como éstas de la sentencia de 17 de junio de 1986 [CCJC 11 (1986), p. 3.776]: «Es opinión comúnmente aceptada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, que la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos *ex nunc*, sino *ex tunc*, lo que supone volver al estado jurídico preexistente, como si el negocio no se hubiera concluido (...).» Pero para añadir de inmediato: «(...) con la secuela de que las partes han de entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido, en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se halla establecido para los casos de rescisión en el artículo 1.295 del Código Civil, al que expresamente se remite el artículo 1.124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para la nulidad en el artículo 1.303, y para los supuestos de condición resolutoria expresa, en el artículo 1.123». Para dejar inmediatamente claro, esto es, que el recurso al pretendido efecto retroactivo o *ex tunc* de la resolución, no tiene otro ámbito

de juego que el grupo de difíciles problemas relativos al sentido y alcance de los deberes recíprocos de restitución de las prestaciones ya cumplidas (¿qué ocurre con los frutos, intereses, mejoras o deterioros?) y a la eficacia o no de los actos de administración y disposición de las cosas objeto de aquellas prestaciones, realizados por las partes hasta el momento de la resolución.

Debo advertir que coincido plenamente con el profesor Delgado, cuando, en su meticulosa disección de la sentencia del Tribunal Supremo que acabo de citar, afirma que los artículos 1.295.I y 1.303 del Código Civil no son directa ni analógicamente aplicables en materia del alcance de los deberes recíprocos de restitución derivados de la resolución del contrato por incumplimiento (20). Y lo creo con mayores argumentos que él, por cuanto yo no comparto su idea de la sustancial identidad de los efectos retroactivos de la nulidad, la rescisión y la resolución. Por lo demás, tras lo que el mencionado jurista nos ha enseñado sobre el sentido de la remisión expresa del artículo 1.124.IV al artículo 1.295, creo que a nadie podrá ocurrírsele ya argumentar así: puesto que existe tal remisión, y no cabe duda de que la rescisión elimina retroactivamente el contrato como si nunca hubiese existido, hay que concluir que también es ese el efecto de la resolución por incumplimiento y que, por tanto, la misma es incompatible con la pretensión indemnizatoria en la medida del interés contractual positivo. Aquella remisión legal lo es a los meros efectos de dejar clara la protección del tercero adquirente de buena fe del bien mueble objeto del contrato resuelto. O más exactamente, la no protección, pese a haber adquirido del entonces verdadero dueño, del tercero que, en el momento de contratar, conocía que su causante había cometido ya un incumplimiento capaz de provocar la resolución del contrato anterior por el que adquirió la propiedad del bien mueble en cuestión.

Los problemas relativos al alcance de los deberes recíprocos de restitución y a la eficacia o ineficacia de los actos de administración y disposición intermedios, constituyen, sin duda alguna, el único campo de juego que siempre ha tenido el dogma de la retroactividad de la resolución para la generalidad de la doctrina italiana y francesa. Y el que tiene hoy en el artículo 1.458 del *codice civile*: tras afirmar el efecto retroactivo de la resolución por incumplimiento, exceptiona los contratos de ejecución continuada o periódica, «respecto de los cuales, el efecto retroactivo de la resolución no se extiende a las prestaciones ya realizadas»; y añade en su párrafo segundo que la resolución no perjudica a los derechos adquiridos por terceros, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de resolución. Me parece absolutamente indudable que la jurisprudencia española tampoco ha pensado nunca en la aplicación a otros grupos de problemas del pretendido principio de la retroactividad o eficacia *ex tunc* de la resolu-

(20) DELGADO, CCJC, 11 (1986), pp. 3872 y s.

ción. Nunca, desde luego, al de la compatibilidad o no de la misma con las pretensiones indemnizatorias que tienen por objeto el interés en el cumplimiento o interés contractual positivo; compatibilidad que, como vamos a ver de inmediato, admiten con claridad las distintas Salas de nuestro Tribunal Supremo.

5. En el caso finalmente decidido por la sentencia de la Sala Cuarta, de lo Contencioso-administrativo, de 29 de octubre de 1983 (Rep Ar. 5.275/1983), el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera adjudicó la obra de construcción de un nuevo edificio para la Casa Consistorial, en el recinto del antiguo alcázar o fortaleza histórica de la ciudad, a una determinada sociedad constructora. La obra debía realizarse en el plazo de 18 meses, a contar desde el replanteo; pero este acto inicial, que por estipulación expresa debía tener lugar a principios de 1975, se fue retrasando por la intervención de la Dirección General del Patrimonio, cuyo parecer no tuvo a bien solicitar el Ayuntamiento a lo largo del procedimiento previo a la celebración del contrato, y que puso como condición un cambio total de la fachada del edificio a construir y alteraciones sustanciales en la volumetría del mismo. Tras dos años de espera infructuosa, la contratista incoó expediente de resolución del contrato por incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración contratante, con devolución de la fianza y resarcimiento de daños y perjuicios: en concreto, 992.853 pesetas por diversos gastos realizados, entre ellos los de concurrir a la subasta, y 8.890.077 pesetas por la ganancia dejada de obtener o *beneficio industrial* de una obra cuyo importe proyectado era de más de 68 millones de pesetas.

El Ayuntamiento accedió a la resolución, devolución de la fianza, y, en lo esencial, abono de gastos realizados; pero rechazó la indemnización del lucro cesante. Desestimado el recurso de reposición, la contratista interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por la Audiencia Territorial de Sevilla, que condenó al Ayuntamiento a indemnizar a la contratista en la cuantía reclamada por ésta. El Tribunal Supremo, aceptando los considerandos de la sentencia apelada, desestimó el recurso interpuesto por el Ayuntamiento. En uno de dichos considerandos puede leerse que «la doctrina y la jurisprudencia, tanto de la Sala Primera como de las de la jurisdicción contencioso-administrativa, son reiteradas y unánimes en que en estos casos de rescisión culposa haya que indemnizar, para reestablecer el equilibrio patrimonial, no sólo los daños efectivos causados (*damnum emergens*), sino la ganancia dejada de percibir por dicha conducta (*lucrum cesans*)» (21).

(21) En un considerando anterior, se lee: «Así planteados los términos del problema, no hay inconveniente en deducir, sin más, que, poca o mucha, hay que apreciar una notoria imprevisión en la conducta precontractual de la Corporación Municipal, que descarta la aplicación de las normas sobre caso fortuito o fuerza mayor; es incon-

Sentencias de la misma Sala Cuarta del Tribunal Supremo como las de *28 de diciembre de 1983* (Rep. Ar. 475/1984) y *14 de abril de 1987* (Rep. Ar. 4.448/1987), demuestran que la concesión del beneficio industrial ordinario a los contratistas, como indemnización en los casos de resolución del contrato de obra por incumplimiento de la Administración, es jurisprudencia perfectamente consolidada.

No debo abandonar el campo de los contratos administrativos, sin aportar un dato normativo que estimo de gran significación. En materia de contrato de gestión de servicios públicos, dispone el artículo 80.II de la Ley de Contratos del Estado que «cuando la explotación del servicio se haga imposible como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato, el empresario podrá pedir la resolución del mismo». Añade el artículo 80.III que «la indemnización al empresario se sujetará a lo dispuesto en el artículo anterior». Y en el artículo 79 se habla de indemnizar al empresario el valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a la Administración, habida cuenta de su grado de amortización, y «los daños y perjuicios que se le irroguen, así como *los beneficios futuros que deje aquél de percibir atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio*».

En el caso decidido por la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de *21 de abril de 1987* (Rep. Ar. 2.719/1987), el demandante pactó con los demandados la cesión de una casa propiedad de aquél y del terreno sobre el que estaba construida, a cambio de determinados elementos del nuevo edificio que los demandados pretendían construir. Derribado el primitivo edificio, no se construyó el nuevo, y el demandante instó que se declarase la resolución del contrato con indemnización de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia declaró la resolución y condenó a los demandados a restituir al actor el solar y a pagarle el precio que tuviere, al momento de ejecución de sentencia, levantar una casa similar a la que existía y se derribó; «y si no fuere posible tal edificación por razones urbanísticas, la entrega del solar se sustituirá por el valor que tuviere en tal momento de ejecución de sentencia otro solar de las mismas dimensiones, pero edificable, y análogos caracte-

cebible, en efecto, que, dada la índole de la obra y de su emplazamiento en el recinto del antiguo alcázar o fortaleza histórica de la ciudad, no se hubiera previsto a lo largo del laborioso proceso previo a la contrata definitiva la necesidad o conveniencia de oír y tener en cuenta el parecer de los organismos encargados legalmente de velar por el contorno artístico e impedir agravios al mismo, en consonancia con la historia del paraje; por eso no puede sorprender la anteriormente citada interferencia de la Dirección General correspondiente, que el Ayuntamiento tuvo que atacar, reconociendo sus razones, y terminar por reconocer que la única solución ya no podía ser otra que la completa rescisión del contrato; prueba de ello es que el Ayuntamiento se muestra no sólo conforme en devolverle al contratista la fianza prestada, sino en resarcirle los gastos hechos, en la forma anteriormente indicada, lo que equivale a reconocerse culpable de las causas que originaron la rescisión.»

rísticas urbanísticas de situación, todo ello además del precio de la edificación antes expresado». Les condenó asimismo a pagar al demandante una indemnización de daños y perjuicios, en cuantía a determinar en ejecución de sentencia, tomando como bases las rentas que hubiera tenido que pagar por la ocupación de otras viviendas y *las expectativas de beneficios dejados de percibir con las dependencias que en la nueva construcción habían de entregársele*. La Audiencia Territorial confirmó integramente la sentencia del Juzgado. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto por los demandados. Se lee en el fundamento jurídico 5.º de su resolución que la Audiencia, como antes el Juzgado, al acordar el pago de aquellas indemnizaciones, «lejos de infringir el artículo 1.124 del Código Civil, en relación con el artículo 1.106 del propio Cuerpo legal, efectuó una recta aplicación de dichos preceptos, en cuanto según dispone el primero de ellos, el perjudicado puede escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos, resarcimiento de daños que, como es obvio, comprende tanto la indemnización del valor de lo que entregó cuando su restitución sea imposible, como los perjuicios propiamente dichos que se le hayan irrogado».

El caso que decidió la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de *4 de mayo de 1988* (Rep. Ar. 3.552/1988), comienza con un contrato formalizado el 1 de octubre de 1985 entre el cantante Camilo Sesto y el Grupo Musical Alcatraz, integrado por los nueve demandantes, para que dicho grupo acompañase musicalmente al cantante demandado en sus giras y galas durante el año 1986. Las retribuciones fijadas eran: por giras fuera de España, 5.400.000 pesetas mensuales; y por galas en España, 405.000 pesetas por cada una. El demandado se obligaba en el contrato a comunicar por escrito a los demandantes, antes del 31 de octubre de 1985, las fechas del período de actuaciones hasta octubre de 1986 y, antes del 1 de junio de 1986, las fechas de las actuaciones entre octubre y diciembre de ese año. Incumplida dicha obligación por el demandado, los demandantes le requirieron notarialmente el 10 de diciembre de 1985 para que en el plazo de 48 horas notificase las fechas de trabajo del primer período, pues de no hacerlo así, darían por resuelto el contrato, con reclamación de daños y perjuicios; requerimiento que no tuvo contestación. El cantante demandado programó dos galas en España, una en enero y la otra en febrero de 1986, para las que al parecer llamó al grupo Alcatraz, que no acudió a las mismas, debiendo suspenderse por ese motivo.

Los demandantes reclamaron una indemnización de 20 millones de pesetas, y el demandado reconvino reclamando una de 7.820.000 pesetas, por la suspensión de las galas mencionadas. La Magistratura de trabajo declaró resuelto el contrato en diciembre de 1985 y concedió a los actores *una indemnización de 910.000 pesetas, 405.000 por*

cada una de las galas programadas, desestimando la reconvencción. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por el cantante, diciendo entre otras cosas que «el juzgador ponderó las consecuencias del incumplimiento del demandado y señala módica indemnización, dadas las retribuciones altas fijadas en el contrato, y limita a los perjuicios a 910.000 pesetas, por entender que sólo se acreditó que el demandado efectuara dos galas para 1986 —por las que solicitó reconvencción—, sin que, ante la falta de prueba suficiente de otras actuaciones, quepa fijar mayor indemnización —que no solicitó el Grupo, que no recurre a la sentencia y se limitó a impugnar el recurso de Camilo Sesto». La Sala de lo Social admite, pues, palmariamente la compatibilidad entre la resolución del contrato y la indemnización de daños por incumplimiento, dejando claro que sólo la falta de prueba de otras ganancias dejadas de obtener le impiden señalar una mayor cuantía indemnizatoria.

En el caso decidido por la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de *31 de octubre de 1988* (Rep. Ar. 7.782/1988), la entidad demandada, Hulleras del Norte S. A., que había arrendado una escombrera a la entidad demandante, Minecar S. A., obstaculizó sistemáticamente la explotación de la misma por la arrendataria, a consecuencia de los indiscriminados vertidos de escombros procedentes de sus explotaciones mineras. La demandante solicitó que se declarase la resolución del contrato y se condenase a la demandada a abonar una indemnización de daños y perjuicios relativa, tanto al valor aún no amortizado de las instalaciones emplazadas por Minecar para la explotación de la escombrera, como a *las ganancias dejadas de obtener en el pasado y en el futuro* en dicha explotación. De las cuatro zonas integrantes de la escombrera, la primera y la cuarta eran absolutamente improductivas, pero la segunda y la tercera seguían conteniendo carbón explotable.

La Audiencia Territorial, revocando la sentencia desestimatoria del Juzgado, declaró resuelto el contrato de arrendamiento y condenó a la demandada a abonar a la actora ocho millones de pesetas, como indemnización por el valor de las instalaciones, sólo amortizadas en parte, habida cuenta del tiempo pactado de duración del arrendamiento; pero rechazó la petición relativa a las ganancias dejadas de obtener. Recurrió en casación la entidad demandante. El Tribunal Supremo estimó el recurso y condenó a la demandada a indemnizar también a la demandante «por el concepto de beneficios dejados de obtener por ésta en virtud del mencionado contrato de arrendamiento, por no poder seguir aprovechando la escombrera tantas veces aludida, a consecuencia de la causa determinante de la resolución de este vínculo contractual, lo que se determinará en fase de ejecución de sentencia, teniendo para ello como bases de limitación de tales perjuicios, en el ámbito territorial, por beneficios dejados de obtener en los bloques o zonas segunda y tercera (...) y en el ámbito tempo-

ral, con cómputo inicial a partir de enero de 1976, al reconocerse en la recurrida sentencia que hasta ese mes la explotación de la escombrera en cuestión fue normal». Según la Sala Primera, «declarada, con carácter de firmeza procesal, la resolución del meritado contrato de arrendamiento de 15 de febrero de 1968, afectante a la escombrera Pamarabule, por consecuencia de incumplimiento del mismo por parte de Hulleras del Norte S. A., arrendadora en sustitución de la inicial contratante Minas de Langreo de Siero S. A., con los efectos de resarcimiento del daño con ello causado a la arrendataria Minecar S. A., que previene el artículo 1.124 del Código Civil, claro es que ha de proyectarse con alcance de viabilidad a la indemnización por razón de beneficios dejados de obtener por causa del incumplimiento generador de la referida sanción resolutoria del contrato de arrendamiento cuestionado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.101 y 1.106 del Código Civil».

En fin, en la reciente sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de *17 de febrero de 1989* (AC 543/89), a propósito de las pretensiones en reconvención de la sociedad demandada, Distribuidora Jap S. L., de que se declarase resuelto por incumplimiento de la sociedad demandante, Unión Industrial y Agroganadera S. A., el contrato de concesión mercantil o de distribución en exclusiva que existía entre ambas, y de que se condenase a la demandante a indemnizarle los daños y perjuicios correspondientes, puede leerse:

«El sexto y último motivo, amparado en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa infracción por aplicación indebida de los artículos 1.124 y 1.106 del Código Civil, en relación con el artículo 50 del Código de Comercio, infracción cometida por la sentencia recurrida al condenar a la actora reconvenida, hoy recurrente, al pago de determinadas cantidades en concepto de daño emergente y a la que se determine en ejecución de sentencia en concepto de lucro cesante. Calificadas las relaciones negociales existentes entre las partes como contrato de concesión mercantil o de distribución en exclusiva, calificación aceptada expresamente por la recurrente en la vista de la alzada ante la Audiencia, y declarado probado por la sentencia combatida el incumplimiento por la actora de las obligaciones de suministro de las mercancías que para ella se derivaban de tal contrato, sin que ello haya sido atacado eficazmente por la vía adecuada, no ha vulnerado la Sala de Instancia los artículos del Código Civil que se citan en este motivo, ya que el incumplimiento contractual imputado a Unión Industrial Agroganadera S. A. (UNIASA), es suficiente para justificar la petición de resolución instada por Distribuidora Jap S. L., al haberse frustrado el fin del contrato, haciendo desaparecer las legítimas expectativas de la parte perjudicada, de cuyo incumplimiento surge la obligación de indemnizar los daños y perjuicios derivados del mismo; ha de tenerse en cuenta que la determinación de la causa de la indemnización de daños y

perjuicios —el incumplimiento contractual—, así como la fijación o concreción pecuniaria de los mismos son, como ha declarado con reiteración esta Sala, cuestiones de hecho y corresponde su conocimiento a los Tribunales de Instancia, no revisables en casación sino por el cauce del error en la apreciación de la prueba del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de que pueda dejarse para la fase de ejecución de sentencia la determinación del *quantum*, partiendo de las bases sentadas al efecto en aquélla, como se hace en la sentencia impugnada al condenar a la recurrente “a abonar a Distribuidora Jap S. L., en concepto de lucro cesante, la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, resultante de aplicar la comisión que, como concesionario en exclusiva, le corresponde sobre el volumen de ventas conseguido por UNIASA en Alicante, Elche, Novelda, Aspe y Monforte, durante el período comprendido entre el 13 de mayo de 1985 y la fecha de esta sentencia”, confirmando la sentencia de primera instancia, sin que pueda tacharse ese pronunciamiento de impreciso, como afirma la recurrente, al no fijarse la comisión que ha de tenerse en cuenta para esa cuantificación al no aceptar el juzgador, por no estimarla probada, la del diez por ciento que se alegaba en la reconvención; en conclusión, no combatidos esos datos fácticos por el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, la Sala *a quo* efectuó una recta aplicación de los artículos 1.124 y 1.106 del Código Civil que se dicen infringidos, lo que provoca el periclitamiento de este motivo.»

Preciso es reconocer, sin embargo, que los partidarios de la tesis de incompatibilidad, aquí combatida, pueden aportar también alguna resolución del Tribunal Supremo que, de considerarse únicamente el fallo, cabría traer a colación en apoyo de aquella postura. La sentencia de la Sala Primera de 3 de noviembre de 1988 (Rep. Ar. 8.410/1988) ilustra bien lo que queremos decir.

La entidad demandante compró a la demandada cinco plazas de garaje, a construir por ésta, que aquélla tenía previsto vender junto a cinco pisos construidos por ella. Las plazas resultaron no ser aptas para cumplir la finalidad específica de su compra. Reclamó la demandante, en vía principal; la entrega de las plazas de garaje en condiciones de utilidad y, subsidiariamente, la resolución del contrato con devolución de los dos millones de pesetas pagados a la demandada el 17 de septiembre de 1979, más «la diferencia hasta el importe actualizado y preciso o equivalente a cinco plazas de garaje que permitan su utilización normal y correcta y de características análogas (edificación, zona de emplazamiento, etc.) a las del inmueble de autos, de haber sido idóneas o válidas conforme al destino de las mismas», más el importe del desmerecimiento en el valor de cinco pisos, privados de plaza de garaje en el edificio colindante, más el importe de los frutos o rentas correspondientes a esas cinco plazas de garaje, desde que debieron ser entregadas cumpliendo su función, hasta el momento de la liquidación efectiva y abono del precio actualizado de las cinco plazas, compradas

en 1977 en dos millones de pesetas; fijación de precio actualizado y de frutos a verificar en ejecución de sentencia.

El Juzgado y la Audiencia declararon la resolución del contrato y condenaron a la demandada al pago de los dos millones de pesetas, más los intereses legales de dicha suma, aunque señalando diferentes fechas de arranque del devengo de los mismos; pero rechazaron las restantes pretensiones del demandante. Recurrió éste reiterándolas, y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Tras advertirnos que «los tres motivos del recurso giran, con el presupuesto de las pretensiones de la demanda, en orden a conseguir la devolución del dinero importe del precio satisfecho el 17 de noviembre de 1979, no en la cuantía monetaria correspondiente a su valor nominalista, sino en el equivalente al que correspondería en su valor real a la fecha de su reintegro o reembolso, es decir, su valor actualizado», se lee en los dos fundamentos jurídicos nucleares de su sentencia:

«Es evidente que la devolución del importe del precio en su valor actualizado, por el declive general del valor de la moneda, no se contempla en forma clara por el ordenamiento jurídico más que en casos especiales, de suerte que la aplicación de las normas sustantivas que propugna el recurrente [arts. 1.124 y 1.095 CC, en vez de los arts. 1.303 y 1.307, aplicados por la Audiencia] no puede entenderse de conformidad con las tesis mantenidas en los motivos; y en la jurisprudencia, siempre que se ha hecho aplicación de esa tesis, ha sido por la voluntad concorde manifestada en forma expresa o implícita, dada la excepcional naturaleza o condiciones del contrato objeto de estudio, lo que no acaece en el de autos; es por eso, por lo que la doctrina jurisprudencial y científica se ha manifestado en todo caso, con la base de estudio de las denominadas “cláusulas valor”, “cláusulas valor oro”, “cláusulas de estabilización”, etc., tendentes todas a corregir el desequilibrio económico en el sinalagma negocial por la devaluación monetaria (...), que requieren, como se dice, esa voluntad nitidamente manifestada por las partes contratantes o deducida en forma inequívoca de las circunstancias particulares del caso (...). En consecuencia, es correcta la afirmación de la sentencia recurrida de que “la obligación de devolución es, conforme queda dicho, del valor de la cosa al tiempo de la obligación y no de la devolución”.

»Otra cosa, distinta de la devolución de lo entregado, es la indemnización de daños y perjuicios propiamente dicha, y aquí nos encontramos con dos graves dificultades para el éxito del recurso: a) Que las sentencias de instancias obtienen la conclusión fáctica —que como se advirtió en el segundo fundamento jurídico vincula al recurrente— de que no se ha demostrado en el presente caso la existencia de perjuicios, fuera de los intereses desde la fecha de la entrega del importe del precio, por demérito en la venta de los pisos construidos por la parte demandante, por su venta sin plaza de garaje; y b) Que el resarcimiento de los daños y perjuicios, cuando se trata de entrega o devolución de dinero, es el interés legal que corresponda en el transcurso del tiempo, desde que debió hacerse la entrega o su reembolso (artículo 1.108 del Código Civil), hasta la fecha de su efectividad.»

Se trata, desde luego, de una de las sentencias más peregrinas que

uno podría imaginarse sobre el tema, por cuanto lo que era una clara pretensión indemnizatoria por la diferencia entre el precio pactado de las cinco plazas de garaje y el precio de mercado de cinco plazas de garaje de las características convenidas en el momento de la ejecución de sentencia (que, en mi opinión, debió ser estimada), se confunde lamentablemente con el problema de si la obligación de restitución del precio pagado puede o no ser tratada como una deuda de valor, no regida por el principio nominalista (problema respecto del que coincido en la respuesta negativa). Y además, al final del último fundamento jurídico transcrito, se olvida incomprensiblemente que la obligación incumple por la demandada no fue una de pago de dinero, sino de entrega de cinco plazas de garaje de determinadas características. Ahora bien, si logramos cerrar los ojos ante todo lo anterior, para considerar únicamente el fallo, comprobaremos que el mismo resulta plenamente congruente con la tesis de la incompatibilidad entre la resolución y las pretensiones indemnizatorias en la medida del interés contractual positivo.

La sentencia anterior, sin embargo, podría dar lugar a falsas impresiones, que conviene desvanecer de inmediato, mediante la aportación de otros datos jurisprudenciales.

Ha de comenzarse por la sentencia de *15 de julio de 1987* (Rep. Ar. 5.793/1987), por cuanto decidió un caso que guarda gran similitud con el de la sentencia que acabamos de analizar. Los diez demandantes solicitaron que se declarase la resolución de los contratos de compraventa de plaza de garaje que habían celebrado con los demandados, ante la imposibilidad de que las plazas cumplieran el destino pactado; y que se condenase a los demandados a indemnizarles los daños y perjuicios causados. De acuerdo con los datos ofrecidos por el repertorio jurisprudencial manejado, «el Juzgado, acogiendo la demanda, declaró resueltos los contratos y condenó a los interpellados a *satisfacer a los actores el precio actualizado y a indemnizarles por los daños y perjuicios*»; y su sentencia fue íntegramente confirmada por la Audiencia Territorial. Desgraciadamente, en casación se discutió únicamente la procedencia o no de la resolución.

En el caso finalmente decidido por la sentencia de *6 de octubre de 1982* (Rep. Ar. 5.543/1982), se declaró resuelto el contrato de arrendamiento de obra celebrado entre el demandante y la empresa demandada para la construcción por ésta de un chalet en una parcela propiedad de aquél, a causa del incumplimiento por la demandada de sus obligaciones contractuales: lo construido era tan defectuoso, que lo único técnicamente sensato era demolerlo. Junto a la constructora, fueron también demandados los arquitectos y el aparejador. Y se condenó a todos solidariamente a abonar al demandante «la cantidad que se fije en ejecución de sentencia, en concepto de indemnización, y que vendrá determinada por el costo que se produzca por la demolición de la obra realizada hasta el momento en que los Arquitectos ordenaron su paralización, que es toda la actualmente hecha, y *el mayor costo de la nueva construcción*, con arreglo al mismo proyecto, al tener que encomendarla el actor a otra empresa constructora, habida cuenta de la subida que hayan experimentado los materiales y mano de obra,

es decir, *la diferencia entre el presupuesto que se confeccione para realizar la obra, una vez sea firme la sentencia recurrida, y el presupuesto hecho en su día por la empresa demandada, aceptado por el actor*».

En el caso finalmente decidido por la sentencia de *3 de octubre de 1985* [(CCJC 9 (1985), pp. 2.949 y ss.), las demandantes cedieron a la entidad inmobiliaria demandada un solar, a cambio de pisos en el futuro edificio que ésta construiría. Se pacto una indemnización de 5.000 pesetas a favor de cada una de las cedentes por cada mes de retraso en la entrega de los pisos respecto de la fecha convenida, y salieron fiadores de las obligaciones contraídas por la inmobiliaria, los socios de la misma, también demandados. Tras diversas vicisitudes, la entidad demandada vendió el solar a otra sociedad y ésta a una tercera inmobiliaria. Las demandantes consiguieron cobrar la pena pactada sólo durante cierto tiempo. El Juzgado y la Audiencia estimaron sustancialmente su demanda de que se declarase resuelto el contrato y se condenase a los demandados a indemnizarlos *con una cantidad equivalente al precio de mercado de pisos de las características de los prometidos*, más el pago de la pena pactada mientras no recibiesen dicha suma. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por los demandados.

En el caso finalmente decidido por la sentencia de *17 de diciembre de 1985* (Rep. Ar. 6.589/1985), la empresa contratista demandada comenzó las excavaciones de vaciado del solar propiedad del dueño de la obra demandante, incumpliendo la norma pactada de preaviso al arquitecto director de la obra, y sin atenerse a las disposiciones de carácter general reguladoras de la actividad de construcción. Los trabajos tuvieron que detenerse, ante el grave riesgo de causar la ruina de los edificios colindantes. La Audiencia Territorial declaró resuelto el contrato de obra y condenó a la entidad demandada a indemnizar al demandante los daños y perjuicios producidos por los siguientes conceptos: a) En la cuantía necesaria para realizar las obras precisas en orden al asentamiento suficiente del solar y de las cimentaciones de los edificios medianeros. b) En la cuantía suficiente para reparar los perjuicios causados por la retención y posesión del solar, *retraso en la ejecución de las obras, aumento de los costes de construcción, mobiliario y decoración, y pérdida de beneficios que resulten al no poder explotar el edificio*, cuyas respectivas cuantías se fijarán en ejecución de sentencia, si bien, sólo por el tiempo transcurrido desde la interposición de la demandada (22). El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los recursos de casación interpuestos.

En fin, puede mencionarse como curiosidad el caso decidido por la sentencia de *14 de febrero de 1985* (Rep. Ar. 554/1985). Comienza con un contrato de compraventa de vivienda, celebrado entre el com-

(22) Esta limitación temporal fue cuestionada casación por el demandante; pero el Tribunal Supremo desestimó su recurso, en atención «no sólo al principio de moderabilidad discrecional de la responsabilidad procedente de negligencia que proclama el artículo 1.103 del Código civil, sino a la circunstancia de que tampoco se contradice razonablemente por el interesado la afirmación de propia negligencia que, en la interposición de la querrela y actuaciones penales subsiguientes, le imputa la sentencia recu-

prador demandante y los vendedores demandados, por el precio de 550.000 pesetas. Tras diversas vicisitudes, entre ellas el pago de 300.000 pesetas por el comprador a cuenta del precio, y la venta y entrega por los demandados de la vivienda a un tercero, protegido por la fe pública registral, dedujo aquél demanda solicitando que se declarase resuelto el contrato de compraventa que había celebrado con los demandados, y que se condenase a éstos a devolverle las 300.000 pesetas y a abonarle una indemnización de daños y perjuicios, en cuantía a determinar en ejecución de sentencia, «tomando como base para su fijación el valor que en el momento de ejecución, o más concretamente, del pago de la indemnización, tenga, de acuerdo con la situación del mercado de inmuebles en dicho momento, la parte del piso que tenía pagada, atendidos el precio estipulado y la cantidad percibida por los demandados a cuenta del precio, o aquellas otras bases que se establezcan en la sentencia».

Una tan peculiar pretensión indemnizatoria resultó sustancialmente estimada en ambas instancias y no fue luego discutida en casación. Pero nos informa el Tribunal Supremo de que «la sentencia dictada por la Audiencia en el presente recurso y contra la que se endereza, pronuncia la resolución del contrato de 12 de marzo de 1973 y la devolución de las 300.000 pesetas pagadas como parte del precio y, en cuanto al punto de la indemnización, declara que “los demandados deben indemnizar al actor según lo establecido en el penúltimo considerando de esta resolución”, cuya, expresa, literalmente, “que el módulo determinante del resarcimiento o indemnización de perjuicios, postulado y acogido, se haga en función del índice experimentado por el coste de la vida, con referencia precisa al capítulo coste de vivienda, según señale el Instituto Nacional de Estadística en la actual provincia de Cantabria, incluyéndose como período de tiempo el transcurrido desde que se efectuó la entrega de la suma anticipada de 300.000 pesetas, hasta el día en que se materialice el pago de la cantidad que resulte, incluso mediante los obligados trámites de ejecución de sentencia que resulten necesarios”; cuyo “módulo determinante del resarcimiento o indemnización de perjuicios”, se haya en sede del séptimo considerando de la sentencia del Juzgado, donde se establece “como base para tal indemnización, el porcentaje que la cantidad entregada representaba respecto al precio pactado y hallándose después el valor de ese porcentaje sobre el precio en el mercado inmobiliario y en el momento referido (momento de la ejecución) de pisos de análoga naturaleza, cuya diferencia será la indemnización”».

Cabe imaginar que, si el demandante hubiera reclamado una indemnización igual a la diferencia total entre el valor de la vivienda en el momento de la ejecución de sentencia y el precio pactado, en

rrida y de la que es buena muestra el contenido del Auto de la Audiencia Provincial más arriba examinado». En efecto, antes de deducir su demanda ante la jurisdicción civil, el demandante inició mediante querrela actuaciones penales contra el representante de la empresa demandada; actuaciones que constituyeron una pérdida de tiempo, habida cuenta de que, de acuerdo con el auto mencionado, que puso fin a las mismas, el querellante no se molestó siquiera en aportar a las diligencias el contrato celebrado entre las partes y el proyecto elaborado por el arquitecto director de la obra.

vez de sólo 6/11 (300.000/550.000) de la misma, también la hubiese conseguido. De todas formas, parece que en la jurisprudencia menor en materia de resolución del contrato de compraventa de inmueble por incumplimiento del vendedor, existe bastante confusión, quizá por culpa de los abogados de las partes: las cuestiones indemnizatorias se tratan como problemas de actualización del precio pagado. Confusión que, como hemos visto, ha llegado a contagiar al Tribunal Supremo.

Y ya que hablamos de compraventas de inmuebles, convendrá advertir de la peligrosidad que la postura que venimos combatiendo puede representar para los legítimos intereses de los compradores de primera vivienda, en momentos como los presentes de fuertes y rápidas alzas de precios en el mercado inmobiliario: puede fomentar incumplimientos dolosos por parte de los vendedores, conscientes de que un buen número de compradores optarán por la resolución, a fin de poder utilizar de inmediato sus ahorros en la compra de otro lugar en que vivir.

Creo que lo menos que puede afirmarse al final de este apartado es que los partidarios de la tesis de la incompatibilidad entre resolución por incumplimiento e indemnización de daños y perjuicios en la medida del interés contractual positivo, no pueden traer a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo en defensa de su postura. Si alguna, es la tesis de compatibilidad de ambos remedios la que dicha jurisprudencia consagra, bien que, quizá, sin ser plenamente consciente del problema analizado en estas páginas: aplicando sin más las reglas generales en materia de determinación del daño resarcible.

6. Si se repasa lo escrito al comienzo del apartado 4 de este trabajo, se recordará que ha sido tachado de *contradictorio* el comportamiento del contratante que, resolviendo el contrato por incumplimiento de la otra parte, reclamara a la vez una indemnización de daños y perjuicios en la medida de su interés contractual positivo. A mi juicio, como espero haber demostrado con los ejemplos propuestos al final del apartado 3, no existe contradicción alguna, salvo que se parta de la petición de principio de que la concepción de la resolución por incumplimiento que profesan los que estiman que tal contradicción existe, es la única conforme con la «naturaleza de las cosas». El contratante que resuelve no tiene por qué querer, ni de ordinario querrá, que todo suceda como si el contrato resuelto nunca se hubiese celebrado, sino sólo limitar el perjuicio que el incumplimiento de la otra parte podría llegar a causarle, recuperando el objeto de su prestación ya realizada, o consiguiendo poder disponer libremente de la cosa aún no prestada. Como me resulta palmario que la voluntad típica de un tal contratante es absolutamente diferente a la del contratante que, por ejemplo, anula el contrato por violencia o intimidación, y que la valoración normativa de los supuestos de nulidad y anulabilidad tiene lógicamente que ser y es absolutamente distinta que la de las hipótesis de resolución por incumplimiento, no

puedo estar de acuerdo con quien ha escrito: «Para mí resulta claro que aquello que se indemniza es el *interés contractual negativo*, los daños causados por la resolución, por la celebración del contrato inválido. Si hablando de otras causas de ineficacia (nulidad, anulabilidad) se afirma la responsabilidad por el interés contractual negativo de la parte que dio lugar a la causa de invalidez (por ejemplo, violencia, dolo) o que, conociéndola, la ocultó a la contraparte (por ejemplo, extracomercialidad del objeto del contrato), podemos aplicar esos mismos principios a la particular causa de ineficacia del contrato constituida por su resolución (23).» Por no mencionar que en modo alguno es seguro que, en todos los casos de nulidad y anulabilidad del contrato imputable a una de las partes, la pretensión indemnizatoria de la otra haya de limitarse siempre al interés contractual negativo (24).

He escrito que, de ordinario, el contratante que resuelve no querrá que todo suceda como si el contrato resuelto nunca se hubiera celebrado, sobre la base de que, de ordinario, no será él quien haya hecho un mal negocio con el contrato en cuestión. Cabe, sin embargo, que ese haya sido el caso, y que el interés contractual negativo sea superior al positivo. Supongamos que un sujeto compra a otro una determinada máquina por diez millones de pesetas, poco antes de que una importante innovación tecnológica reduzca a la mitad el valor de las máquinas de ese tipo. Supongamos también que el comprador realizó obras en su fábrica para permitir la instalación de la máquina comprada, que le supusieron un gasto de un millón de pesetas. Y supongamos, en fin, que, antes de su entrega al comprador, la máquina se destruye por culpa del vendedor o de sus dependientes. ¿Podrá el comprador resolver la compraventa y reclamar una indemnización de un millón de pesetas, sin que sea admisible al vendedor alegar en contra de la concesión de una tal indemnización que, de haberse entregado la máquina según lo pactado, el comprador habría sufrido un perjuicio de cinco millones?

Los juristas norteamericanos, con Fuller y Perdue a la cabeza, piensan que no (25), y esa fue también la opinión que mantuvo Learned Hand C. J. en el importante caso *L. Albert & Son v. Armstrong Rubber Co.*, 178 F. 2d 182 (1946) (26).

Entre nosotros, Espinar Lafuente ha distinguido entre una resolución por incumplimiento impropia, que recaería, más que sobre el contrato, sobre la transferencia de la propiedad de una cosa, pero con mantenimiento del valor del contrato —por tanto, la indemnización tendría por objeto el interés contractual positivo—, y una resolución

(23) JORDANO FRAGA, CCJC, 15 (1987), p. 5194.

(24) Véase, por todos, MünchKomm²/ROTH, § 242 RdNr 124, 166, 296 y 312 y s.

(25) FULLER y PERDUE, «The Reliance Interest in Contract Damages», *Yale Law Journal* 46 (1936), pp. 75 y ss.; CALAMARI y PERILLO, *The Law of Contracts*, cit., § 14-9, p. 604; WHITE y SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, cit., § 6-4, nt. 45. Véase ya McCORMICK, *Handbook on the Law of Damages*, cit., § 142, p. 584.

(26) El lector interesado podrá encontrar el texto de la sentencia en McCORMICK y FRITZ, *Cases and Materials on Damages*² (1952), pp. 642 y ss.

en sentido técnico propio (con verdadera retroactividad), en que la indemnización representa una reposición *ante contractum*. Según el mencionado autor, aunque el artículo 1.124 se redactó pensando en el primer tipo de resolución, su tenor lógico-semántico permite entender también incluido el segundo: quien ejercita la facultad resolutoria —nos dice— podrá optar por uno u otro tipo, aunque en la duda se entenderá que ha elegido la resolución impropia (27).

El desarrollo lógico de tales ideas, hacia las que parece inclinarse últimamente el profesor Delgado Echeverría (28), permitiría responder en sentido afirmativo el interrogante planteado al final del ejemplo propuesto: el comprador podría optar por la resolución en su sentido técnico propio, y solicitar la indemnización de un millón de pesetas, medida de su interés contractual negativo, prescindiendo de lo que hubiera ocurrido, de haber cumplido el vendedor.

Yo creo, por el contrario, que la solución negativa de la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas es la más correcta: no tiene buen sentido que, por el hecho de incumplir, convirtamos al contratante incumplidor en «asegurador forzoso» de las malas inversiones de la otra parte. Y creo que la llamada «resolución en sentido técnico propio» es una creación puramente conceptual, sin encaje alguno en el artículo 1.124 del Código Civil.

Debe mencionarse, en fin, que la doctrina española dominante opina, creo que con razón, que la «indemnización de daños y perjuicios» de que habla el artículo 1.486.II del Código Civil, tiene por objeto el interés contractual positivo (29). Lo mismo piensa la doctrina italiana dominante, con relación al artículo 1.494 del *codice civile* (30), y la doctrina alemana, respecto del § 463 BGB (31). Y lo mismo cabe decir, en mi opinión, en nuestro Derecho, a propósito de los artículos 1.479.5.º, 1487, 1488.II y 1.529.III del Código Civil.

7. Nos restan sólo unas reflexiones finales. Hemos visto que la doctrina alemana, pese a que el BGB establece la incompatibilidad entre la resolución y la pretensión indemnizatoria por falta de cumplimiento, ha abandonado por completo la idea de que la resolución elimina íntegramente el contrato o relación obligatoria, como si nunca hubiera existido. ¿No va siendo hora de que dicha idea, en modo alguno impuesta por datos normativos claros, desaparezca también

(27) ESPINAR LAFUENTE, «Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas», en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, II (1969), pp. 11 y ss.

(28) CCJC, 11 (1986), p. 3784.

(29) GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales Albaladejo*, XIX (1980), p. 352; RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II-3² (1986), p. 69. En contra, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987), p. 598, nt. 319.

(30) RUBINO, *La compravendita*² (1971), en el «Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo», núm. 247, p. 820. GRECO y COTTINO, *Vendita*, cit., p. 275.

(31) WALTER, *Kaufrecht* (1987), § 5 II 6 d, p. 211; PALANDT⁴⁸/PUTZO, § 463 Anm 4 a aa.

de nuestra literatura jurídica, con el argumento, entre otros, de que en nuestro Derecho, como lo prueba el artículo 1.124.II del Código Civil (o los párrafos segundo y tercero del art. 80, en relación con el art. 79 de la Ley de Contratos del Estado), aquella incompatibilidad no existe? Quizá se lograría con ello que desapareciera también de la jurisprudencia, a mi juicio con ventaja: la utilidad de simplificación de las decisiones que el dogma de la retroactividad de la resolución pueda tener en los ámbitos de problemas en que tradicionalmente se ha venido empleando, no compensa el grave riesgo de que su cómoda aplicación mecánica pueda conducir en demasiados cargos a resultados irrazonables, cuando no derechamente absurdos.

Y quizá sea hora de decir también con toda claridad, pues intuyo que la cuestión late en el trasfondo de la polémica que ha sido objeto del presente trabajo, que, de acuerdo con un muy autorizado sector de la moderna doctrina alemana (32), no hay razón alguna, sino todo lo contrario, para sostener que la pretensión indemnizatoria de los daños y perjuicios provocados por el incumplimiento, valor de la prestación incluido, es la misma pretensión originaria de cumplimiento (se trataría de un verdadero cumplimiento por equivalente), sólo que con su objeto modificado. La supervivencia o extensión a la pretensión indemnizatoria de las garantías pactadas, incluido lo dispuesto en el artículo 1.147.II del Código Civil, puede explicarse perfectamente por la identidad de fundamento, el contrato, de ambas pretensiones. Y ¿no es acaso lo más sensato afirmar que el plazo de prescripción de la pretensión indemnizatoria no comienza a correr hasta que, por ejemplo, se produce la imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor, por más que, vencida y exigible antes la obligación originaria, hubiera comenzado antes a correr la prescripción de la pretensión de cumplimiento? Pero todo esto es otra historia, que debe ser contada en otra ocasión.

(32) MEINCKE, *Rechtsfolgen nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrag*, AcP 171 (1971), pp. 27 y ss.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., § 22 I; MünchKomm²/EMMERICH, § 280 RdNr 3 y s.

El deterioro del pacto resolutorio en la Jurisprudencia Hipotecaria

Por JOSE ANGEL MARTINEZ SANCHIZ

Notario

Con mi agradecimiento a Juan Vallet

EL PACTO DE *LEX COMMISSORIA* DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL

Sobre el pacto de *lex commissoria*, pese a su antigüedad ya clásica, han recaído últimamente una serie de resoluciones de la Dirección General de los Registros, que han movido nuestra atención hacia un entorno que bien podría calificarse de auténtica campaña contra su actuación y cuyas avanzadillas constituyen ciertos estudios que no paran en barreras de ninguna especie, ni en los propios términos del artículo 1.504 —hecho el requerimiento el juez no podrá conceder nuevo término— porque cuando el artículo no es puesto en entredicho, en cuanto (1) «pudieran originarse situaciones y tratamientos no demasiado justos por una hermenéutica demasiado ortodoxa del precepto», resulta pura y simplemente orillado por no haber (2) «en el Código civil ningún precepto que regule los efectos del pacto comisorio y, por tanto, dichos efectos deberán regirse por los preceptos generales del código relativos a las obligaciones», es decir, «el artículo 1.124 en el que se exige la actuación judicial, y en consecuencia, en última instancia, en el pacto comisorio —con aplicación fundamental en el artículo 1.504—, el contrato deberá ser resuelto por el Juez una vez efectuadas las cancelaciones previstas en el artículo 59 del Régimen Hipotecario cuando las partes no han llegado a un acuerdo» por lo

(1) CARLOS-JAVIER RODRÍGUEZ GARCÍA: *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, Madrid, 1986, p. 65.

(2) AURORA GONZÁLEZ GONZÁLEZ: *La Resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Barcelona, 1987, pp. 232 y 233.

que en definitiva, «el criterio imperante en la doctrina civil es que el tribunal podrá conceder un nuevo plazo al demandado para que cumpla su obligación antes de decretar la resolución del artículo 1.124». No es de extrañar que Beltrán de Heredia en el prólogo de la obra primeramente citada de Carlos-Javier Rodríguez García llegue a la conclusión de que la notificación notarial no es sólo un medio insuficiente para provocar la resolución, sino un trámite en cierto modo inoperante, dilatorio e innecesario. Efectivamente, si aislamos al antecedente de su consecuente, la exigencia del primero se convierte en superflua, lo que en el fondo no hace sino revelar una evidente distorsión del precepto comentado que lógicamente no hay por qué suponer absurdo ni recargado trámites innecesarios.

Sin embargo, no es nuestro propósito en estas líneas, defender la notificación notarial. La cuestión es bien otra: la oportunidad del pacto mismo excluido del campo de la llamada autotutela privada y el examen de alguna de las soluciones dadas por la Dirección General que, sin excluirle de dicho ámbito, prácticamente le arrojan a una situación de inoperancia, que postula la previsión en las escrituras de otras garantías como la hipoteca que cuenta con la indudable ventaja de un procedimiento judicial sumario.

1. EL CUESTIONADO AUTOMATISMO DEL ARTICULO 1.504

Las precedentes afirmaciones, dirigidas contra la letra del artículo 1.504, tratan de favorecer por intermedio del artículo 1.124, una posibilidad, la de otorgar nuevo plazo tras el requerimiento, que ha sido contundentemente rechazada en múltiples sentencias como en las recaídas en 1 de febrero de 1985 y 12 de marzo de ese mismo año.

Pero hay que reconocer igualmente que no surgen de la nada, preparan su advenimiento determinadas declaraciones jurisprudenciales; así, la Sentencia del 27 de abril de 1988 señala: «que el artículo 1.504 del Código civil se ha entendido tributario del 1.124 en el sentido de que ha de excluirse la resolución automática, aun habiendo sido expresamente estipulada, si la falta de pago no se ha denunciado previamente y se ha requerido al comprador judicial o notarialmente».

Las palabras precedentes revelan, lo que en mi opinión cabría denominar —dicho sea con todos los respetos— el síndrome del artículo 1.124, pues no se comprende bien, de otra manera, la insistencia en recurrir al mismo para explicar que sin requerimiento no hay resolución, cuando es precisamente esto último, lo que se cuida de precisar el artículo 1.504, sin otros aditamentos.

Porque, efectivamente, en toda esta materia planea continuamente el artículo 1.124; y que esto es así se encarga de recordárnoslo la resolución de 29 de diciembre de 1982, al considerar: «que es preciso no olvidar la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo

de que para el ejercicio de la acción resolutoria derivada del artículo 1.124 del Código civil, o de la resolución prevista en el artículo 1.504 del mismo cuerpo legal, es necesario el exacto cumplimiento por parte del vendedor de sus obligaciones, así como la voluntad deliberadamente rebelde a dicho cumplimiento por parte del comprador».

Esta resolución ha sido la base sobre la que se han cimentado las que posteriormente ha dictado el Centro Directivo, y tiene como soporte primario de toda su doctrina, la reflejada en el considerando transcrito, acerca de la necesaria concurrencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.

Es imprescindible, en consecuencia, analizar el papel que cumple este requisito subjetivo. Ello exige primeramente resolver el interrogante consiguiente sobre su idoneidad, y para ello, no hay otro remedio que remontarse a la fuente originaria en el inevitable artículo 1.124, cual presupuesto de su pretendida aplicación extensiva al artículo 1.504, la cual no exenta de una obligada justificación, por otra parte, requiere un cuidadoso análisis a un doble nivel, teórico y práctico, con el objeto de averiguar no sólo su oportunidad sino su auténtica significación real.

El incumplimiento del artículo 1.124

A este respecto resulta absolutamente determinante el ponderado estudio de Díez Picazo sobre el retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos, especialmente en lo concerniente al examen de los requisitos necesarios para que el incumplimiento alcance a ser, lo que el insigne profesor denomina incumplimiento resolutorio.

El estudio meritado se inicia con una observación que claramente revela el camino a seguir por el intérprete (3): «Los autores, señaladamente en los manuales y en los tratados de Derecho civil, se limitan normalmente a reinscribir o a resumir esquemáticamente los razonamientos de las Sentencias del Tribunal Supremo, dándolos por buenos y generalizando unos dichos que históricamente aparecieron muy condicionados por el planteamiento de casos concretos.»

Se incurre así en un alejamiento de los hechos que no permite sino una visión superficial de la jurisprudencia, sin reparar en la estrecha conexión mediante, entre cada pronunciamiento y el caso resuelto; lo cual pone de relieve, algo que por evidente a las veces se olvida: la relatividad de las máximas jurisprudenciales, que frecuentemente obliga al Tribunal Supremo para mantener su pretendida generalidad a realizar —como tendremos ocasión de ver— auténtico encaje de bolillos.

(3) DÍEZ PICAZO: *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*, «ADC», 1969, t. XXIII, f. II, p. 383.

Es con este espíritu como debe ser enfrentada la exigencia «de que se patentice una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido o un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo o irreformable lo impida».

El referido requisito subjetivo se introduce en las Sentencias de 5 y 9 de julio de 1941. El transfondo de la primera se encontraba en la aplicación del artículo 1.165 del Código civil, que impedía pagar a la cesionaria de un crédito su precio cuya retención judicial a instancias de un acreedor del cedente le había sido debidamente comunicada, pese a lo cual había abonado parte del mismo. En la segunda, la sociedad mutualista a la que pertenecía el actor había incurrido en *mora accipiendi* al negarse a cobrar las cuotas atrasadas, a raíz de una primera que no pudo abonar, incomunicada la población en que vivía en el tiempo en que precisamente aconteció el siniestro.

Es así, a través de un cuidadoso comentario de estas sentencias, como puede sentar Díez Picazo (4), que «las cosas, sin embargo, probablemente son mucho más sencillas». La máxima jurisprudencial que viene exigiendo reiteradamente que en el incumplimiento resolutorio se patentice al cumplimiento de lo convenido, no puede ni debe ser entendida de una manera literal. Probablemente, colocada en el concreto marco donde nació no enunciaba una exigencia positiva, sino trataba de formular o de englobar casos en que la acción de resolución debería ser desestimada».

Por lo que concierne al hecho obstativo que impide el cumplimiento, como supuesto alternativo con el anterior, señala Díez Picazo (5) que la hipótesis parece que puede ser englobada dentro de lo que la técnica moderna denomina imposibilidad sobrevenida de la prestación. De esta suerte —continúa— constituyen factores de la resolución del contrato una imposibilidad de la prestación causada dolosa o culposamente por el deudor, pero también una imposibilidad sobrevenida de la prestación que sea fortuita.

La imposibilidad sobrevenida fortuita, según esto, no pertenece a la doctrina de los riesgos como la mayor parte de nuestra doctrina tradicional cree, sino al ámbito del artículo 1.124 del Código civil.

En esta misma línea hay que referir la opinión de Albaladejo (6), que recoge jurisprudencia en tal sentido al igual que Pinto (7) en su penetrante artículo sobre la regla *Periculum est emptoris*.

Entre las Sentencias recientes que aplican el 1.124 a supuestos de imposibilidad sobrevenida, se encuentra la Sentencia de 28 de febrero de 1986 (Ponente señor de Castro García), relativa a la resolución

(4) *Op. y loc. cit.*, p. 391.

(5) *Op. y loc. cit.*, p. 393.

(6) Derecho civil II: *La obligación y el contrato en general*, VI, 7.ª ed., pp. 111 y 112.

(7) Revista Jurídica de Cataluña, octubre-diciembre 1975: *La resolución del contrato y la regla «Periculum est emptoris»*, p. 743.

de un contrato por el que la entidad Distribuidora Canaria de Ediciones, S. A., transmitía al actor derechos de distribución y venta exclusiva de 15.000 ejemplares de la obra «Historia General de las Islas Canarias», por un precio de cinco millones de pesetas. La empresa editora no llevó a cabo la edición, cosa que impidió a la distribuidora suministrar los ejemplares del actor, que consecuentemente reclamó la resolución del contrato, a lo que se opuso la citada distribuidora, aduciendo que el incumplimiento había sido del actor y que, en cualquier caso, en lo relativo a la propia omisión, no había habido infracción del artículo 1.124, al carecer por su parte de voluntad deliberadamente rebelde; a lo que el Tribunal Supremo repuso que: «si la gravedad del incumplimiento ha de ser relacionada con criterios de equidad y de buena fe y de otro lado es suficiente para basar el pedimento resolutorio la evidencia de la frustración del fin del contrato (SS de 18 de noviembre, 14 de diciembre de 1983 y 22 de marzo de 1984), eliminando las legítimas expectativas de la parte perjudicada sin que pueda ponerse en tela de juicio la resolución decretada, si se tiene en cuenta, que el negocio quedó sin base para el recurrido, al desaparecer toda posibilidad de prestación por la otra parte (entre-ga para su venta de los tomos debidamente publicados)».

Ello está en consonancia con las palabras de Pinto (8): «al perjudicado poco ha de importarle, que si el binomio *do ut des*, se queda sin el «des», esta ausencia sea debida a la voluntad de la otra parte, o a caso fortuito. Lo que le afecta y perjudica a su interés, es la carencia de la contraprestación, no las causas de la carencia.

Llama entonces la atención, que el Tribunal Supremo admita como términos alternativos la voluntad deliberadamente rebelde y el caso fortuito: ¿por qué es incumplimiento resolutorio el obedeciente a caso fortuito al contrario que el meramente negligente y carente de rebeldía?

La doctrina insiste en que no hay incompatibilidad; así para Pinto (9) se atiende a dos tipos de causas generales, o la voluntad o la imposibilidad sobrevenida, que son supuestos distintos.

Pero esta argumentación requiere alguna explicación; reitero, pues, la pregunta: ¿por qué se otorga resolución en los casos de incumplimiento no culpable y se paraliza si el comportamiento culpable no es a la postre rebelde?

Si consideramos el artículo 1.124 como una sanción resolutoria (a la manera de la S. de 5 de junio de 1944), no se entendería nunca porque se favorece determinados incumplimientos culpables. En realidad, lo que esa aparente contradicción revela es que el artículo 1.124, no está concebido como una sanción al incumplidor, sino como protección del perjudicado; tal como sugiere el profesor Diez Picazo (10).

(8) *Op. cit.*, p. 735.

(9) *Op. cit.*, p. 738.

(10) *Op. cit.*, p.

Tenemos así en el entender de Albaladejo (11), dos supuestos diferentes, según que sea o no sea posible la prestación: cuando su realización sea posible habrá que ver si hay o no eso que se llama voluntad deliberadamente rebelde; cuando no sea factible procederá que se decrete la resolución.

El Juez habrá de establecer si la prestación es o no factible todavía y, caso de serlo, si hay, o no, incumplimiento resolutorio, lo que cabalmente requiere, en el concreto ámbito del artículo 1.124, que no haya causa justificada para conceder nuevo plazo y naturalmente un incumplimiento que sea propio y verdadero; extremos que se manifestarán normalmente como la cara y la cruz de una misma moneda, aunque no necesariamente, porque es la resolución, que presupone el incumplimiento, lo que es susceptible de suspensión, según el 1.124-3; de ahí que la línea de investigación abierta al Juez por este precepto sea mucho más amplia que la deparada por el artículo 1.504, ya que ha de averiguar si a pesar del incumplimiento la resolución solicitada es o no decretable, en atención a la posible militancia de causas impositivas.

Hay, pues, que tener mucho cuidado en el manejo de la voluntad deliberadamente rebelde. Por regla general los supuestos que se encajan por inversión conceptual en la misma se corresponden con una conducta no tanto imputable al deudor, cuanto al mismo acreedor, que o ha incurrido en *mora accipiendi* (SS. de 8 de mayo de 1987, 24 de diciembre de 1982 y 25 de noviembre de 1976) o ha concedido prórroga tácitamente (S. de 28 de enero de 1944 y, en cierto modo, deducida del retraso habitualizado y consentido de los pagos en la S. de 18 de marzo de 1988). Aunque en todos esos casos, la ausencia de semejante requisito, lo que evidencia es la falta de un verdadero y propio incumplimiento.

Es preciso, por tanto, delimitar el ámbito de actuación de la voluntad deliberadamente rebelde. No carece de credibilidad la idea de que su elaboración surge a modo de reconversión actuante sobre el precipitado de causas incluidas en el 1.124-3. Pero, aun cuando hubiera sido de esta manera, las aplicaciones concretas (especialmente las traspasadas al 1.504) no suelen rebasar el círculo creado por la ausencia de un propio y verdadero incumplimiento, y si en algún caso lo desbordan, lo que podría ser lícito en el espíritu del 1.124, no lo sería nunca en el cuerpo del 1.504, que expresamente rechaza la concesión de términos post-requerimiento.

De ahí que el desplazamiento o la intercambiabilidad de la doctrina sólo sea viable si el mencionado requisito se constriñe exclusivamente a la determinación de si hay o no un verdadero incumplimiento.

Una interpretación extensiva de lo que la Sentencia de 8 de abril

(11) *Op. cit.*, pp. 104 y 105.

de 1980 cataloga de *animus debitoris*, que acabará por identificarle con las justas causas suspensivas de la resolución del 1.124-3, implicaría un serio riesgo de distorsión y es la razón decisiva que impulsa a la Sentencia de 3 de marzo de 1967 para combatir y cortar por completo toda la posible relación, al significar que: «La implícita facultad de resolución de todas las obligaciones recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, que consagra con carácter general el artículo 1.124, autoriza a los tribunales a señalar nuevo plazo de cumplimiento cuando concurren causas justificadas para ello, *en cuyo desarrollo* la constante jurisprudencia ha declarado que se precisa para llegar a la resolución, no el mero incumplimiento, sino la concurrencia de circunstancias acreditativas de una contumacia, de una voluntad deliberadamente rebelde, y declarada de falta a los deberes libremente contraídos por el incumplidor; pero ese principio de carácter general cede y desaparece en la venta de bienes inmuebles ante el precepto terminante y específico del artículo 1.504 en cuya virtud, de una forma clara e insoslayable, establece que, háyase o no convenido pacto comisorio, el comprador a precio aplazado podrá pagar aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial, añadiendo el precepto que después del requerimiento el Juez no podrá conceder nuevo término, de donde se desprende que ante la redacción dada a la norma, es más benévola en principio que la del 1.124, pues autoriza a pagar después de vencido el término aunque concorra el pacto comisorio... hasta el requerimiento en forma; pero una vez practicado éste resulta de mayor seriedad y determina la resolución *sin admitir aquella apreciación de causas justificadas de incumplimiento y prohibiendo de forma expresa y absoluta la concesión de nuevo plazo.*»

B) El traslado por extensión al 1.504

Debo confesar mi reluctancia hacia el nuevo requisito, fruto de una inversión metodológica escasamente afortunada. En su misma inanidad se encuentra la raíz de su extensión, rechazada en algunas Sentencias, a pesar de la de 8 de febrero de 1988, a cuyo entender se trata de una «doctrina pacífica», cuya reiterada invocación, por otra parte, no impide que se traduzca en aplicaciones muy distintas en función de cada caso, a la par que se introducen, no ya matices, sino auténticas variantes, algunas de las cuales, por salvar el continente, lo dejan sin contenido, o simplemente lo desorbitan.

Es imprescindible buscar las razones en las que se inspira la doctrina que examinamos, que como la misma Sentencia del 21 de marzo de 1980 declara: «es reiterada en el sentido de que los artículos 1.124 y 1.505 del Código civil no se eluden ni excluyen entre sí... a pesar

de que tales normas como sus precedentes del Derecho Histórico (Digesto 18, 3, 2 y 3; Partidas 5.5,38 y art. 1.433 del P. 1851) nada digan sobre el particular».

Este reconocimiento nos dispensa de buscar su fundamentación en los antecedentes históricos. Incluso, sirve para deshacer la idea de que la concurrencia entre ambos preceptos obedece a la consideración del artículo 1.124 cual condición resolutoria tácita, argumento no sólo inadecuado desde el punto de vista actual, sino también en lo que concierne a la misma génesis del artículo.

En efecto, la idea de basar la resolución en una condición resolutoria tácita, constituye un artificio utilizado por los juristas franceses de los siglos XVII y XVIII que, por lo sencillo y práctico —razona Dell'Aquila (12)—, fue más tarde adoptado por los redactores del Código de Napoleón en su artículo 1.184.

El origen, pues, es meramente artificial sin correspondencia con una cláusula realmente sobrentendida en la práctica: los notarios de las regiones meridionales de Francia solían insertar o hipotecas o cláusulas de precario que reservaban al vendedor de la propiedad; fueron estas cláusulas las que sobrentendieron finalmente los tribunales en toda compraventa aplazada; y no la condición resolutoria.

En rigor la concurrencia normativa que se predica para ambos preceptos descansa sobre el hecho de que, en los dos casos, bajo el común denominador del incumplimiento, coinciden las mismas causas impeditivas de la resolución, escondidas tras el telón de fondo de la voluntad deliberadamente rebelde. La diferencia, entonces, entre el artículo 1.124 y 1.504 se reduce —como resulta claramente de la Sentencia de 28 de enero de 1944— a la necesidad de que tales causas preexistan al requerimiento exigido por el último.

Y es que, tanto uno como otro precepto, parten de un presupuesto efectivamente común, el incumplimiento del obligado. Ese incumplimiento, a su vez, lleva implícito el cumplimiento de la otra parte ante la lógica exigencia que se desprende del último apartado del artículo 1.100: En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe.» Asimismo, los efectos del incumplimiento se detienen si el acreedor incurre en mora o había otorgado una prórroga tácita o dado motivo a la suspensión decretable al amparo del 1.502. En todos estos casos la resolución no puede operar por carecer del primero de sus presupuestos, la existencia de un auténtico verdadero y propio incumplimiento, en las mismas palabras de la Sentencia de 5 de enero de 1935.

La negativa a resolver por las causas señaladas, independientemente de si están o no emboscadas en un supuesto *animus debitoris*,

(12) *La Resolución de contrato bilateral por incumplimiento*, Salamanca, 1981, pp. 87 y 88.

resultará plenamente acertada. Pero lo cierto es que el recurso a la voluntad del deudor encierra, sin embargo, un alto riesgo de desviación hacia causas distintas de las que determinaron su aparición, sobre todo, porque ha abierto paso a su posible alegación para justificar el impago por razones difícilmente admisibles, atentatorias del claro automatismo que se desprende del artículo 1.504; y por que, en el estado actual de la cuestión, se ha convertido en semilla de confusión, al otorgarle unos visos de generalidad de los que en realidad carece.

Un atento repaso de la jurisprudencia, siquiera por el sistema de muestreo, da lugar a las siguientes observaciones:

Uno: Que inicialmente se recurre a la doctrina de la aplicación conjunta de los artículos 1.124 y 1.504 con vistas a denegar la resolución de que se trate. Las causas normalmente vienen a ser las ya enumeradas: incumplimiento del vendedor, o bien *mora credendi*, prórrogas tácitas o la *exceptio imminetis evictionis* del artículo 1.502.

Dos: Que simultáneamente con la introducción de tal doctrina, coexiste una corriente jurisprudencial que la niega pura y simplemente, y especialmente cuando se pretende la obtención de plazos posrequerimiento.

Tres: Que en una segunda fase, la ausencia de un ánimo rebelde se emplea como motivo de casación por infracción del artículo 1.124 del Código civil. Ello fuerza al Tribunal Supremo para mantener la resolución, o a negar la aplicabilidad de la doctrina, o a sostener su aplicación, si bien, rebajando su rigor por el procedimiento de cargar la prueba en el infractor, o a través de definir el requisito en cuestión de distintas maneras, hasta el extremo de presumirlo insito en la falta de prestación, o sin mayores escrúpulos incluyendo en su contenido, supuestamente subjetivo, la simple omisión de la prestación cuando no introduciendo junto al *animus* esta última como un requisito objetivo de naturaleza alternativa.

Las afirmaciones anticipadas se deducen del análisis que a continuación pasamos a realizar:

Uno. El origen de la doctrina

Es difícil entre tanta sentencia remontarse al origen exacto de la tesis que examinamos, pero con toda probabilidad éste debe situarse en la *Sentencia de 28 de enero de 1944* de la que era ponente don Manuel de la Plaza.

El asunto se contraía a un documento privado (año 1935), por el cual una parte «se obliga a vender» unas fincas, cuya posesión entregaba a la otra, que, «se obligaba a pagar» 200.000 mil pesetas en diversos plazos con un interés del 5 por 100 anual recayente sobre la parte del precio que restase insatisfecho para, una vez verificada

la prestación en su integridad, proceder al otorgamiento de la escritura pública de compraventa. Se fueron abonando los plazos hasta sumar 99.800 pesetas, momento en el que se aceptan a cuenta del precio 46 tickets de remolacha, ingresada en la fábrica de la Vega, cuyo importe real ignoraba el comprador, al estar pendiente de realización, no obstante, lo cual entregó 15.000 pesetas más, justamente el día antes de que se le cursara la notificación resolutoria en la que se aducía el impago de 51.715,35 pesetas cantidad ésta cuya recepción se requeriría de los vendedores en un acta ulterior.

En el segundo considerando de la sentencia se advierte que la diferencia entre el 1.504 y el 1.124 «sólo estriba» en que el primero de ellos se atiende a un supuesto de pacto resolutorio expreso, al paso que en el segundo se provee al régimen de la acaso mal llamada condición resolutoria tácita, insita sin expresa convención, en todas las obligaciones recíprocas, «de lo que se traduce con especial aplicación al caso que es origen de la sentencia recurrida, que fuera del evento especial que contempla la primera de las normas y que prácticamente se traduce en la imposibilidad de pagar una vez que transcurre el término convenido» si media el oportuno requerimiento, «*el régimen jurídico de la resolución contractual es único, como únicos los supuestos que puede autorizarle e idéntico por tanto el criterio que debe presidir la resolución de los casos que al juzgador se plantean en torno a la expresada cuestión*».

Seguidamente en su tercer considerando analiza los hechos que hemos narrado, para reproducir el criterio fijado en la sentencia de instancia, sobre la doble circunstancia de haber sido establecido los plazos en beneficio del comprador, y que las entregas realizadas fuera de plazo lo fueran alguna de ellas sin protesta y, en todo caso, la última, 24 horas antes del requerimiento resolutorio, con la aquiescencia, conformidad y beneplácito de los vendedores, que además debían percibir y percibieron un interés por precio aplazado tanto mayor cuanto fuese la suma pendiente, «de lo que infiere el juzgador la ausencia de una auténtica voluntad resolutoria y la falta de un oneroso y comprobado propósito de incumplimiento».

En este considerando se refleja en realidad la verdadera *ratio decidendi*, que no es otra que la aquiescencia del vendedor, es decir la existencia de una prórroga tácita, deducible del pago aceptado el día anterior y del régimen de intereses dispuesto.

Sobre estas bases, en su cuarto considerando, remacha «*que al interpretar esta Sala recientemente el contenido y alcance del artículo 1.124 del Código civil ha cuidado de hacer constar en su Sentencia de 5 de julio de 1941, que el carácter facultativo que a la acción de resolución se otorga y potestad que a los tribunales se atribuye de moderar, prorrogando el plazo de cumplimiento, revela el propósito de impedir, en homenaje al respeto que los contratos lícita y válidamente celebrados merecen, que se pronuncie la resolución del vínculo*

contractual en aquellos supuestos en que no se patentice, por modo indubitado, o una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, o un hecho obstativo que, de un modo absoluto, definitivo e irreformable lo impida, *lo que no es en resumen, sino una confirmación de lo que ya dijo la Sentencia de 5 de enero de 1935*, que al referirse en síntesis a las diversas orientaciones doctrinales en punto al fundamento de aquella norma, *que es la que esencialmente entra en juego en el caso de autos*, se procuró de advertir *no sin que rehuera un peligroso propósito generalizador*, que la aplicación de la que califica de excepcional facultad, exige un verdadero y propicio incumplimiento de parte de los contratantes, y que a él, en algunos casos nos es equivalente el mero retraso en el pago, porque éste no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido por el negocio, si permite atribuir a la parte adversa un interés jurídicamente protegible, en que se decrete la resolución; todas cuyas consideraciones ponen de relieve *que en caso de tan singulares características* ha de estarse a la orientación y términos de esa doctrina...»

He reproducido casi en su totalidad este considerando en méritos de su importancia. El comentario de esta sentencia no puede sino reiterar nuestras apreciaciones sobre la génesis de la aplicación extensiva del 1.124 al 1.504 del Código civil.

En el segundo considerando se nos dice que «el régimen jurídico de la resolución es único, como únicos los supuestos que pueden autorizarle», es decir, se repara en la existencia de unas mismas causas o supuestos, que permiten denegar la resolución, y que transforma, en una suerte giratoria, en habilitantes de la resolución, no sin fijar como única diferencia la imposibilidad de que el Juez otorgue nuevo término tras el requerimiento. Supuesta, así, la existencia de único criterio para juzgar la resolución, trae a colación la doctrina de la Sentencia de 5 de julio de 1941, sobre la exigencia en el 1.124 de una voluntad deliberadamente rebelde, lo que literalmente considera como una confirmación de lo que ya dijo la Sentencia de 5 de enero de 1935 en cuanto que «en algunos casos» el mero retraso en el pago no es equivalente a un propio y verdadero incumplimiento. Es decir, que invertida la oración, el verdadero y propio incumplimiento, «en un caso de tan singulares características», requiere una voluntad deliberadamente rebelde. Pero el auténtico requisito, en última instancia, es un verdadero y propio incumplimiento, conclusión a la que no tengo nada que oponer.

En esta Sentencia de 28 de enero de 1944 la proximidad entre el 1.124 y el 1.504 se ve incrementada por el hecho de que no había un pacto resolutorio expreso. Esta última circunstancia concurre, en cambio, en la Sentencia de 5 de junio de 1944, que acoge una tesis similar, aunque sin referencia a la precedente, y en un supuesto en el que podría haber eludido el 1.504 con simplemente mencionar el

criterio de las Sentencias de 11 de noviembre de 1943 y 7 de octubre de 1986, que excluyen de su ámbito la promesa de venta, porque efectivamente la escritura que se había otorgado entre los litigantes, era de mero compromiso de venta, aunque de facto suplía la función de una auténtica compraventa, que inicialmente concertada no pudo llevarse a cabo por la prohibición existente en zona roja.

En dicha escritura de compromiso el precio que se convino fue de 45.000 pesetas, 5.000 entregadas y 40.000 a disposición de la contraparte, para cuando ésta las reclamase en un plazo máximo de tres años, con un preaviso de quince días, generando entre tanto la cantidad remanente en cada caso un interés anual de un 3 por 100, a satisfacer por meses vencidos. Al parecer el acreedor rehusó recibir en un momento dado las mensualidades de interés, mediante excusas veladas y protestas de amistad, para, prevaleándose del supuesto impago de los mismos, notificar luego la resolución.

El Tribunal Supremo nos dice «que los preceptos legales que disciplinan el ejercicio de las acciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones contractuales condicionan siempre la procedencia de estas acciones al requisito de que haya existido una conducta culpósa, por negligencia más o menos originaria de responsabilidad en el contratante a quien se impute la infracción del contrato, y a esto obedece que lo mismo en orden a la acción que trae origen del pacto resolutorio expreso, referido a la compraventa, objeto del artículo 1.504 del Código civil, que en cuanto a la llamada condición resolutoria tácita en las obligaciones recíprocas regulada en el 1.124 del Código civil tenga declarado esta Sala en repetidos fallos, entre otros, en los de 9 de julio y 24 de octubre de 1941, que el derecho de resolución presupone y exige que haya un verdadero y propio incumplimiento...»

Aunque no cita la Sentencia de 5 de julio, sí refiere la de 9 de julio, asimismo comentada. Destaca una visión sancionatoria de la resolución, contra el criterio al que nos hemos adherido, de que en el fondo responde a un mecanismo protector del perjudicado. De todos modos coincide con la Sentencia del 28 de enero en el sentido de que el régimen de la resolución vale tanto respecto de un artículo como para el otro y corrobora que en última instancia, lo que se requiere es un verdadero y propio incumplimiento, en armonía con la que se desprende de aquella misma sentencia. Igualmente el fundamento decisorio es la negativa a resolver, por haber propio incumplimiento, al haber incidido el acreedor en mora, pues el artículo 1.176, insiste, «no autoriza a deducir que en estas condiciones el ofrecimiento no seguido de depósito carece de eficacia jurídica, ya que tiene la de excluir la *mora solvendi*, o sea el impedir que pueda considerarse al deudor incurso en caducidades y resoluciones, pues como concretamente dice la Sentencia de esta Sala de 9 de julio de 1941, obsta a la declaración autorizada por el tan repetido artículo 1.124 y de esto es consecuencia que debe entenderse improcedente el tercer moti-

vo del recurso que, con desconocimiento de la expresada doctrina, acusa la infracción de este precepto y del 1.504 del mismo Código».

El interés de las dos Sentencias me parece evidente. En su origen, al igual que sucedió con el 1.124, la aplicación de la doctrina de que se trata, se plantea ante la coyuntura de tener el Tribunal que denegar la resolución. La razón, es la inexistencia de un verdadero y propio incumplimiento, por concurrir causa impositiva del mismo y de la resolución consiguiente, que con aires de singularidad se prefijan en un requisito positivo de índole subjetiva, necesario para que concurra el preconizado incumplimiento.

Lo que hay es que paulatinamente la voluntad deliberadamente rebelde se desliga nominalmente del verdadero y propio incumplimiento, y deja de ser citada junto con aquél como un elemento singular intrínseco en el mismo, para recibir forma corpórea y devenir un elemento, en cierto modo extrínseco, que ha de ir unido al incumplimiento como habilitante de la resolución.

No me es posible situar con precisión cuándo se da el paso entre la exigencia de un propio incumplimiento y la de un incumplimiento cualificado de esta naturaleza. Pero es fácil intuir, que, insito en las sentencias señaladas, con toda probabilidad se produjo de manera prácticamente inconsciente.

Lo cierto es que en la formulación actual la Sentencia de 1 de febrero de 1967 (13), relativa a un caso de previo ofrecimiento de pago, señala que «la facultad resolutoria por incumplimiento contractual contenida en términos generales en el artículo 1.124 del Código civil, y regulada específicamente respecto de la compraventa de inmuebles por el artículo 1.504 del mismo Código, ha de basarse, según proclama la doctrina de esta Sala, en que aparezca una voluntad deliberadamente rebelde y declarada en el acusado incumplidor, Sentencia de 6 de julio de 1952, exigiéndose que se demuestre, patentemente y de modo indubitado, una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, Sentencia de 2 de enero de 1961, agregando, en relación con la aplicación del artículo 1.504 del Código civil, la Sentencia de esta Sala de 23 de septiembre de 1959, que la facultad de pedir la resolución de los contratos de compraventa de inmuebles por falta de pago del precio, se rige por la norma general del artículo 1.124 del Código civil.

Dos. La corriente negativa

Exponente de la tesis opuesta, casi simultánea con las Sentencias recaídas en el año 1944, viene a ser la de 1 de mayo de 1946, que prescinde de la doctrina sentada en éstas, posiblemente porque no

(13) *La Resolución de la compraventa de inmuebles*, Ed. Montecorvo, p. 294, cit. por Molina.

hacia ninguna falta el recurso al 1.124, al no haberse practicado el requerimiento —que consideraba que debía ser previo a la interposición de la demanda— y así aprovecha, en viva oposición con el papel tributario que se asigna luego al 1.504, para dejar sentado que la facultad genérica (del 1.124) se eleva de rango y categoría convirtiéndola en resolución de pleno derecho cuando los contratantes la recogen en un pacto perfectamente válido y de indudable licitud, de suerte que el principio general cuando se trata de compraventa de bienes inmuebles ha de entenderse «coordinado y subordinado al precepto específico sobre que el particular se contiene en el artículo 1.504 del Código civil».

Esta Sentencia corrobora la idea de que la tesis negativa prospera normalmente cuando no se dan las circunstancias que hacían singular el caso contemplado en la Sentencia de 28 de enero de 1944, es decir, cuando la negativa a resolver no requiere otros recursos.

En esta misma línea es frecuente que se niegue su actuación —como no puede ser de otra manera— siempre que se trata de ventilar si debe otorgarse o no un nuevo plazo. Así, la Sentencia de 30 de junio de 1973, que se muestra conforme con el primer motivo del recurso en el que se aduce una interpretación errónea del artículo 1.504, pues este precepto excluye la actuación del artículo 1.124-3, y prohíbe el otorgamiento de plazos, ya que, efectivamente, la Sentencia recurrida hace una exégesis extensiva del artículo 1.504, a cuyo tenor, hecho el requerimiento, el Juez no podrá conceder nuevo término; «por tanto, si en el caso de autos se reconoce la existencia de descubierto en el pago del precio y se admite que el comprador fue requerido judicialmente, resulta de toda evidencia que sólo interpretando con error ese precepto se podría acordar la concesión de un nuevo plazo, pues el precepto clara y rotundamente lo prohíbe, sin que pueda autorizar esa contraria exégesis la existencia de la norma contenida en el artículo 1.124 del Código civil, que por ser de carácter general no puede ser tenida en cuenta en los supuestos regulados de manera especial en aquel artículo 1.504, máxime cuando, como en el caso de autos, se estipuló de una manera expresa el pacto comisorio».

Tres. La autoinmolación del requisito

La máxima jurisprudencial de que los artículos 1.124 y 1.504 no se eluden, sino que se complementan, a partir de la cual se precisa junto con el incumplimiento una voluntad deliberadamente rebelde, se generaliza hasta el punto de perder de vista sus orígenes (así en las SS. de 25 de junio de 1977 y 26 de junio de 1978 se cita la S. de 5 de febrero de 1944, erróneamente y por referencia probablemente a la de 5 de junio de este año). Ello preparará en una segunda fase de esta historia el nacimiento de un nuevo motivo de casación por

infracción del artículo 1.124. Y desde ese mismo momento bajo una aparente unidad se deslizan dos corrientes opuestas en la aplicación de la máxima: una, de corte tradicional, por lo general siempre que se deniega la resolución; y otra, que si bien suele reproducir casi por mimetismo la máxima la mantiene sólo nominalmente, para preservar la resolución bien decretada.

De esta suerte y frente a la supuesta infracción del 1.124 como motivo de casación discurre en un número creciente de Sentencias una auténtica corriente subterránea disolvente del requisito que estudiamos.

a) La vía excluyente

No faltan casos en los que se niega pura y simplemente su vigencia. La Sentencia de 22 de diciembre de 1978, por ejemplo, ante la alegación de no haber habido una voluntad deliberadamente rebelde, advierte que el artículo 1.124 contiene normas de carácter general que ha de ceder ante la norma específica que debe aplicarse al caso de autos; argumentación similar a la contenida en la Sentencia de 28 de junio de 1985 (Ponente don Mariano Martín Granizo), que finalmente concluye que «habiendo transcurrido el término de siete años convenido para pagar el precio sin que la vendedora haya recibido cantidad alguna..., no tiene más remedio que requerir a los efectos prevenidos en el artículo 1.504; de consiguiente es el artículo 1.504 del referido cuerpo legal el aplicable, y no el 1.124, como se persigue en esta motivación...»

b) La vía generalizadora del requisito y de su contenido

Otra vía ha sido la que ha tratado de definir el contenido de la voluntad deliberadamente rebelde. Es interesante la Sentencia de 2 de diciembre de 1985.

En el caso de autos, por medio de acto de conciliación celebrado el 26 de octubre de 1974, el comprador se comprometió a pagar el precio en 40 días, y si no a devolver el piso, aceptando la vendedora el plazo y lo segundo si el piso se devolvía en igual estado a como lo entregó. Aproximadamente tres años después presentó demanda de resolución y, antes de que recayese la Sentencia, el comprador depositó el importe pendiente en una notaría rehusando la vendedora su recepción.

En el cuarto fundamento se nos dice: «Que al respecto de cuál sea esa voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación de pagar el precio del inmueble comprado, esta Sala no ha efectuado el señalamiento de conductas que la represente de un modo

exclusivo (S. de 22 de octubre, último antecedente en la de 25 de junio), pues unas veces será “la ejecución por parte del comprador de un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable, impida el cumplimiento”; mientras que en otras “lo decisivo” será “una verdadera omisión de su prestación por parte del comprador, incumplimiento que no implique un mero retraso o demora en el pago, sino dejar de cumplir la prestación principal indefinidamente”; añadiéndose que “para determinar ese incumplimiento no han de entrar en el conjunto valorativo las simples obligaciones accesorias o complementarias que no fueron elevadas por las partes a presupuesto esencial de sus respectivas declaraciones de voluntad”..., siempre en el bien entendido (como resaltan las SS. de 18 y 28 de octubre del año corriente) de que “la actitud incumplidora sancionable con la resolución por hallarse informada de tal ánimo vulnerador de lo pactado viene en principio demostrada por el hecho mismo de la ineffectividad del precio, contraviniendo la obligación asumida, siempre que no medien circunstancias denotadoras de que al adquirente no le es reprochable la falta de la prestación, particularidades que habrán de ser oportunamente alegadas y probadas”; doctrina expuesta en las ya citadas y, además, entre las últimas, en las de 25 de mayo, 19 de julio, 11 y 31 de octubre y 6 de noviembre de 1984 y 29 de abril y 19 de junio de 1985, de las muchas que han recaído sobre este artículo 1.504 del Código civil.»

Las palabras transcritas apenas solapan esa perplejidad que inevitablemente sacude al intérprete cuando trata de sacar sustancia de un recipiente conceptual hueco por completo. Prueba de ello es la cita de la Sentencia de 22 de octubre 1985 (Ponente señor Santos Briz), que —en sintonía con la interpretación que se le dio en el comentario de Actualidad Civil— finalmente se tergiversa, porque no es lo mismo decir «que no se ha efectuado el señalamiento de conductas que la representen de un modo absoluto», que reconocer, como se hace literalmente en aquella, que la exigencia de que se trata «no ha sido señalada de un modo exclusivo, sino que unas veces se ha colocado como alternativa la ejecución por parte del comprador de un hecho obstativo..., y en otras lo decisivo en todo caso es que quede acreditada una verdadera omisión de la prestación». En vez de reproducir lo que es una clara alternativa, se opta por una interpretación, que la elimina, para convertir el requisito en un auténtico cajón de sastre.

Se desliza de esta suerte la cuestión hacia el incierto contenido de la voluntad deliberadamente rebelde y se esboza una definición omnicompreensiva, que llega al extremo de introducir en su esfera «la ejecución por parte del comprador de un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable, impida el cumplimiento», olvidando la reiterada jurisprudencia que ha configurado este requisito como alternativo. Pero el asunto alcanza su máxima gravedad cuando se completa el señalamiento de conductas añadiendo que «lo decisi-

vo» será «una verdadera omisión de su prestación por parte del comprador, incumplimiento que no implique un mero retraso o demora en el pago, sino dejar de cumplir la prestación principal indefinidamente».

Con ello se consuma el ciclo que iniciaba la Sentencia de 28 de enero de 1944, en una evidente inversión de los términos en los que originariamente se plantea la cuestión, a raíz del peligroso propósito generalizador contra él, que no en balde nos ponía en guardia la Sentencia de 5 de enero de 1935. En la Sentencia de 28 de enero de 1944, la voluntad deliberadamente rebelde es poco más que un dato meramente indicativo del que deducir un auténtico, un verdadero y propio incumplimiento. En la que hemos examinado, la necesidad de armonizar su pretendida generalidad con la generalidad de los casos, conduce al absurdo, bajo mi punto de vista, de incluir en su ámbito al incumplimiento mismo.

c) La traslación de la carga probatoria

Por lo demás, esta Sentencia, en un baldío intento de armonización registra una segunda línea jurisprudencial de alto interés. La carga de la prueba en cuanto a la voluntad deliberadamente rebelde se hace recaer sobre el comprador. Las Sentencias que se insertan en esta última dirección son ya numerosas: Sentencias de 10 de junio, 19 de junio y 2 de diciembre de 1985, así como la de 26 de febrero de 1986.

En una posición similar con las anteriores se incardinan aquellas otras que —como las de 18 y 28 de octubre de 1985 (Ponente señor de Castro García), reconocen su vigencia, no sin apostillar que «bien entendido, la actitud incumplidora sancionable con la resolución por hallarse informada de tal ánimo vulnerador de lo pactado viene en principio demostrada por el hecho mismo de la ineffectividad del precio, contraviniendo la obligación asumida», lo que asimismo reitera la Sentencia de 21 de febrero de 1986 (de igual ponente), «bien entendido que esa decidida actitud incumplidora sancionable con el efecto resolutorio está *prima facie* demostrada por el hecho mismo de la ineffectividad del precio, máxime si el deudor ha incurrido en una prolongada inactividad».

d) La reducción a un requisito ocasional

Simultáneamente con las Sentencias relacionadas que o cargan la prueba en el comprador, o simplemente sobrentienden la rebeldía de la misma ausencia de prestación, otros pronunciamientos dan un paso más y consideran que la exigencia de la voluntad deliberadamente

rebelde no posee carácter exclusivo y excluyente, pues, a las veces, lo decisivo es la ausencia de prestación como oportunamente recuerda la antedicha Sentencia de 22 de octubre de 1985.

Un breve exponente de esta alternativa resulta la Sentencia de 26 de abril de 1988 (Ponente señor Carretero Pérez), en la que justamente se observa que: «en cualquier caso, la conducta de incumplimiento, bien por actitud rebelde, bien por pasividad, lleva a la resolución de contrato por aplicación del 1.124». En estas Sentencias frente a la visión globalizadora de otras, se restringe el requisito a un auténtico comportamiento rebelde por oposición a la mera pasividad. El interrogante que queda abierto es: ¿Para qué exigir el plus de rebeldía si basta la pasividad?

En esta escala se mueve también la interesante Sentencia de 5 de marzo de 1986, cuando declara que «no es preciso constatar una voluntad o actitud ostensiblemente rebelde por parte del comprador, siendo tal incumplimiento atendible por los tribunales cuando se derive una posición que por acción u omisión desobedezca los términos del contrato de compraventa, en términos tales que altere el justo equilibrio que es característico de los contratos sinalagmáticos, ya que de otra suerte se podría vulnerar el mandato del artículo 1.256 del Código civil, como ocurría en el caso de autos en que, aparte de no cumplir plazos y cantidades a entregar, el comprador se inhibe de prestar asistencia a la medición del terreno (de la que dependía en definitiva la determinación precio pactado a razón de 500 ptas. m. ²) practicada (no obstante) por el vendedor y sin que ello le impida tomar posesión del mismo y ejecutar actos propios de quien se comporta como dueño, limitándose a ofrecer el precio, después de haberle sido notificada la resolución».

Confieso que si he reproducido esta Sentencia, aparte de su interés intrínseco, ha sido también para añadir un ejemplo más de lo que he llamado el síndrome del 1.124 o quizás más exactamente de la voluntad deliberadamente rebelde, que aflora meridianamente en el comentario de Actualidad Civil: «La sentencia que se reseña dice que no se precisa una voluntad ostensiblemente rebelde», sin que sea fácil precisar cuándo se está ante una voluntad «deliberada» (que es precisa) u «ostensible» (que no es necesaria).

Se propone así inteligentemente conjugar el criterio de la Sentencia con el supuestamente general por el simple expediente de discernir entre lo ostensible y lo deliberado, en una cadena de distinciones que viene impuesta por la defensa de un concepto sin correspondencia con la naturaleza de las cosas.

Esta falta de armonía con las cosas explica su misma fragilidad. La prueba en las páginas precedentes: un mismo caso, la falta de prestación, desnuda, neutral y normalmente opaca a valoraciones psicológicas, hace del requisito un acordeón, que ora se extiende y la abarca, que ora se comprime y la excluye; y así sucede que a la reso-

lución como arma se la dota de un percutor que unas veces dispara y otras no; habrá, pues, que convenir que está averiado, que no sirve de nada mantener un concepto a costa de inflar o desinflar su contenido, como no sea para levantar un espejismo que perturbe nuestra exacta visión de la realidad, con el propósito, acaso, de ocultar una remisión, fuera de las normas, al arbitrio judicial.

e) Reflexión que se propone

La exigencia de la voluntad deliberadamente rebelde como un requisito positivo es una consecuencia del desprestigiado método dogmático de inversión. Es más, su aparición como posible motivo de casación por infracción del 1.124 se ha tornado en contra suya en un proceso de autoinmolación patente en el estudio antecedente. Era sólo cuestión de tiempo el relanzamiento de la tesis negativa, que claramente abandera la Sentencia de 12 de mayo de 1988, de la que ha sido ponente, como en la ya glosada de 22 de octubre de 1985, el señor Santos Briz. Entre sus fundamentos puede leerse: «Al respecto es de observar que, si bien, a partir de la fecha del contrato, en 1974, surgieron algunas dificultades para la rápida liquidación del pago del precio, lo que justifica el retraso del comprador, sin embargo, desde el 7 de mayo de 1979, en que se continuaba la suspensión de dicho pago por parte del comprador hasta dos años y medio después se evidencia una pasividad del referido comprador que no pagó ni consignó cantidad alguna y, sin embargo, continuaba, y al parecer continúa, en el disfrute del piso adquirido, sin verse una solución a la liquidación del contrato». Y dicho esto añade: «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 frustre por la conducta de la parte el fin contractual, o cuando se obligue al acreedor, como ha ocurrido en este caso, 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 del pago que exige el artículo 1.504 del Código civil por medio del 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...» Ello determina que sea casada y anulada la Sentencia recurrida que había denega-

do la resolución por faltar una voluntad deliberadamente rebelde en el incumplimiento.

La Sentencia es de un alto interés, no sólo por lo que tiene de rehabilitación de la doctrina clásica, sino también por la invocación del artículo 1.256, que anunciado ya en la Sentencia de 5 de marzo de 1986, no ha dicho ni mucho menos su última palabra en la materia, como tendremos ocasión de significar.

En la última instancia, la Sentencia pone de manifiesto —al casar la recurrida— que la exigencia de rebeldía junto con el incumplimiento, cuando éste se basta por sí solo («es suficiente» en su criterio), posee un alto alcance perturbador.

Se ha engendrado, en fin, un producto no siempre conciliable con la realidad, aunque en su aplicación normalmente acabe preponderando ésta sobre el concepto que se infla, desinfla y a las veces se niega en función de las necesidades del caso, que es el factor determinante de todo tratamiento jurídico (die Fallnorm) en la concepción de Fikentscher (14)

Por ello, a pesar de que se hable de doctrina pacífica y reiterada, hay que saber contratar el dicho con el hecho, o descender, como nos advertirá Díez Picazo (15) en el trabajo antecitado, del cielo de las máximas abstractas. Pero, para bajar del 1.124, y de la voluntad deliberada, al 1.504, el único paracaídas que funciona es el ya propuesto como común denominador de ambos preceptos, en cuyo marco surgió la directiva expresada y que no es otro que la necesidad de un verdadero y propio incumplimiento. Solamente una pérdida de perspectiva explica el alejamiento de ésta, su originaria ubicación, para dar lugar a un inminente peligro de desnaturalización, aunque felizmente en trance de solución de prosperar la pauta marcada en la Sentencia de 12 de mayo de 1988.

Es claro, de cualquiera de las maneras, que, en contraste con su significación real, la supuesta universalidad del requisito se diluye como un azucarillo. Hay que traer a colación una vez más las palabras de Díez Picazo, que como pórtico de nuestra glosa referíamos, en orden a la generalización de unos dichos que históricamente nacieron condicionados por las circunstancias. Que estos dichos se generalicen por el Tribunal Supremo no impide, aunque a veces dificulte, un análisis detenido de los hechos. Que, contrariamente, se generalicen por la Dirección de los Registros, resulta particularmente grave, porque, además de sobrentender una consistencia de la que carecen, el Centro Directivo no está en situación de superar sus condicionamientos; es obviamente una posibilidad que se le niega y que conduce rectamente a un proceso sin salida en el que terminará negando su propia competencia para resolver sobre la reinscripción, contradicho el requerimiento.

(14) *Methoden des Rechts*, t. IV, Tübingen, 1977, p. 202.

(15) *Op. cit.*, p. 401.

Con ello se concluye por anteponer sobre la norma a los meros dichos. No es, pues, un prurito conceptual el que nos lleva a tachar de francamente desafortunada la remisión contenida en el cuarto considerando de la resolución de 29 de diciembre de 1982. Las páginas precedentes corroboran que la verdad no está en las palabras, sino en las obras. Así frente a generalizaciones inoportunamente recordadas, nada mejor para despertar a la realidad que el viejo consejo de Terencio *Quod homines, toc sententiae, suus cuique mos*.

La oposición al requerimiento

La reflexión antecedente nos sirve, al igual que el propio considerando que la motiva, cual antesala del que a continuación añade la resolución de 29 de diciembre de 1982:

«Considerando que, igualmente, y según la Sentencia de 16 de noviembre de 1979, si al hacerse «el requerimiento» no se allana el requerido al mismo, sino que se opone categóricamente a él, a tal resolución contractual no se puede dar eficacia sin que sea estimada y declarada por los tribunales, y es mediante ésta, cuando no existe conformidad en las partes, como debe obtenerse y producirse la declaración resolutoria».

Recoge este considerando, como su predecesor, la argumentación del Registrador en su informe, en el sentido de que cuando el comprador notificado se opone, «no se puede dar eficacia a tal resolución contractual y, en consecuencia, proceder a la práctica de las correspondientes inscripciones, sin que la misma sea estimada y declarada por los tribunales, conforme ha declarado categóricamente el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de noviembre de 1979.»

A la vista de semejante argumentación no hay más remedio que seguir el hilo conductor, y efectivamente en el primero de sus dos considerandos, la aludida Sentencia, nos dice:

«Considerando que al solicitar en el caso de autos el señor Fernández Porras que se declare bien hecha la resolución del contrato de 5 de enero de 1963, en la fecha en que dicho señor hizo el requerimiento notarial resolutorio, es de tener en cuenta, como declara el Tribunal *a quo*, que al hacerse tal requerimiento y no allanarse el requerido al mismo, sino oponerse categóricamente a él, a tal resolución contractual no se pueda dar eficacia sin que sea estimada y declarada la misma por los tribunales, ya que tal requerimiento es requisito previo a la demanda, y es mediante ésta, cuando no existe conformidad en las partes, como debe obtenerse y producirse la declaración resolutoria».

Una lectura apresurada del considerando parcialmente reproducido, pudiera causar la impresión de que nos hallamos ante una afirmación ocasional como tantas otras, que nos indujera a preguntarnos

qué fue primero para la Dirección: si esta supuesta accidentalidad o la voluntad deliberadamente rebelde en sí misma; si fue, en fin, su aparente carácter casual lo que llevó a la voluntad deliberadamente rebelde, o fue una interpretación desviada de este requisito. Probablemente las dos cosas coincidieron para conformar la cuestión en una estructura cerrada aparentemente sin cisuras.

Pero la cisura existe. La afirmación no es ocasional, ni siquiera una interpretación desviada de la voluntad deliberadamente rebelde. De hecho el considerando de marras se dirige a desmentir una supuesta inaplicación de doctrina legal malentendida por el recurrente y contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 17 de febrero de 1912, 19 de junio de 1913, 23 de junio de 1925, 24 de octubre de 1941, 28 de enero de 1943, 7 de enero de 1948, 19 de noviembre de 1949 y 10 de marzo de 1950. Pues bien, me he preocupado de revisar cada una de estas Sentencias y todas ellas aluden a la posibilidad de ejercitar la facultad resolutoria del artículo 1.124 en la vía extrajudicial mientras no haya oposición del comprador.

La Sentencia de 16 de noviembre estima que no hay desviación de la tesis jurisprudencial esbozada en aquéllas, porque, visto que ha habido oposición no es posible reconocer eficacia «a tal resolución contractual» sin contar con los tribunales.

Esto ya, por sí solo debería hacernos sospechar acerca del planteamiento inicial, y es que, cual insiste el refrán popular, por el hilo de cada ovillo, y aquí el ovillo se encuentra, ni más ni menos, en el auténtico revoltijo de hechos que preceden a la Sentencia comentada. De la prolija narración en la que se suceden dobles ventas, requerimientos, querellas, embargos, y otras historias, lo que verdaderamente importa a nuestros efectos es el hecho de que el documento privado de 5 de enero de 1963 no contiene pacto resolutorio expreso.

El equívoco nace de las mismas palabras empleadas: cuando se habla de «tal resolución contractual» el Tribunal Supremo no hace alusión al pacto resolutorio, sino a la resolución extrajudicial del contrato.

¿Qué nos dice entonces la Sentencia? Sencillamente que la resolución unilateral del contrato (desprovisto de pacto resolutorio) queda en suspenso cuando el comprador se opone, por cuanto la resolución del contrato o «resolución contractual» habrá de ser examinada entonces por los tribunales a fin de que establezcan su procedencia.

La Sentencia pierde a marchas forzadas su pretendida singularidad: el descubrimiento de la inexistencia de pacto resolutorio, la coloca en la misma línea que las registradas en el motivo de casación aludido. La doctrina de la resolución unilateral en vía extrajudicial, surgida con ocasión del 1.124, tiene perfecta cabida en el 1.504, siempre que, como en el caso de autos, no haya cláusula resolutoria.

Así entre las Sentencias anteriormente citadas cabe entresacar la de 28 de enero de 1943, que relativa a un arrendamiento de servicios,

nos dice con claridad meridiana «que la facultad que atribuye el artículo 1.124 del Código civil al contratante que no haya incumplido previamente sus obligaciones, para que a su amparo las resuelva, eximiéndose de la prestación de las mismas, no es sólo ejercitable en la vía judicial, sino también fuera de ella por manifestación unilateral, sin perjuicio de que si el derecho ejercitado de este modo se impugna haya de quedar sometido a examen y sanción de los tribunales, según tiene ya declarado en esta Sala, siguiendo una orientación marcada en anteriores Sentencias, entre otras, en la de 24 de octubre de 1941; y siendo esto así, no cabe duda de que cuando la parte contratante, perjudicada por el incumplimiento opta por la resolución del contrato y manifiesta, sin acudir a juicio, su voluntad de quedar liberada de las obligaciones recíprocas, entonces tiene lugar y produce sus propios efectos la resolución aunque después se discuta su procedencia, si en el pleito que para ello se siga no se declara malhecha la que lo fue unilateralmente». En este mismo sentido se pronuncia recientemente en torno a dicha facultad resolutoria la Sentencia de 14 de junio de 1988.

Esto es, consecuentemente lo que sanciona con entera corrección la Sentencia de 16 de noviembre, porque lo que estaba en tela de juicio era la procedencia o improcedencia de la resolución extrajudicial sin base en una previa cláusula resolutoria.

Así puestas las cosas resulta fácilmente constatable que el artículo 1.504 alude a dos hipótesis de origen diferente: la resolución unilateral y la resolución previamente paccionada. El tratamiento común, que predica, se reduce exclusiva y literalmente a la necesidad de un previo requerimiento.

Esto supuesto, la cuestión se desliza hacia la determinación del valor correspondiente a la oposición del comprador en cada una de las dos hipótesis diferenciadas.

La solución jurisprudencial, corroborada en la Sentencia de 16 de noviembre, permite, a pesar de no estar previamente pactada, un anticipo de la resolución a cuenta o de la falta de oposición o de la correspondiente Sentencia. En el primer caso, sin duda, porque el allanamiento o contentamiento del comprador permite deducir su aceptación de la decisión resolutoria. En el segundo, porque, a falta de aceptación, es indispensable el análisis judicial sobre la procedencia de la resolución, que si es conforme operará desde el momento mismo de la originaria manifestación del vendedor. En consecuencia, la oposición supone la suspensión de la resolución que quedará pendiente del pertinente fallo.

De la explicación antecedente conviene retener una idea absolutamente básica: la existencia de aceptación excluye la intervención judicial.

Es cierto que la misma se produce tras el incumplimiento —recae *a posteriori*—, pero es igualmente cierto que la oposición, lo que ver-

daderamente refleja es esa ausencia de aceptación; y es esta carencia lo que conduce por modo automático el debate judicial sobre el incumplimiento.

La existencia de un pacto resolutorio previsor del incumplimiento se interfiere en este esquema y transfiere a la oposición del comprador un significado diferente, pues ya no expresará la falta de aceptación de la decisión resolutoria (o la inexistencia de una resolución consentida), sino, en otros términos, la inexistencia de la resolución misma, a raíz de causa justificada. De causa justificada y no simplemente invocada. La oposición no confirmada judicialmente no puede provocar la suspensión de la resolución paccionada con antelación. No puede, porque ello implicaría que prevaleciera, no ya sobre la resolución, sino, en el fondo, sobre el pacto mismo, suspendido por su sola palabra.

Por consiguiente, la situación se invierte por completo: será la oposición y no la resolución la que necesite el pronunciamiento judicial para sobrevivir. Lo contrario, dar preferencia a la oposición frente a la resolución, sería tanto como otorgársela sobre el mismo pacto frente a lo que claramente se desprende del artículo 1.256, «acerca de que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

El hecho de ser la cláusula resolutoria un pacto adjunto o integrante —en términos más exactos— del contrato matriz, no es suficiente para diluir lo dispuesto en el citado artículo: la vigencia del pacto no puede, por definición, depender del solo arbitrio o de la exclusiva palabra del comprador.

La consecuencia de lo dicho es palmaria: la resolución habrá de operar como un efecto contractual mientras no se destruyan judicialmente por el comprador sus presupuestos; no hay que olvidar que el pacto está ligado a la ausencia de una realización simultánea del precio, que resta aplazado a los lomos de la cláusula resolutoria. El pacto, pues, lleva la sobrecarga del plazo. Por ello, si no se quiere predicar un arrinconamiento unilateral y jurídicamente inviable a la luz del 1.256, no hay más remedio que aceptar que el requerimiento, al liberar al pacto del plazo, desencadena su entrada en vigor, sin que ésta pueda ser detenida de otra manera que por sentencia. El pacto presupone que la carga probatoria descansa sobre el comprador, obligado a demostrar el pago o la inexistencia de incumplimiento (prueba referida al deudor, sin ir más lejos en el 1.214 y en la S. de 12 de mayo de 1988). Lo contrario implicaría una clara transgresión, no sólo del artículo 1.256, al suspender su eficacia sin causa probada, sino del propio pacto que asume el plazo únicamente hasta el requerimiento, de modo que practicado éste, sea el comprador quien haya de justificar que no está incurso en el incumplimiento consiguiente.

Tenemos así que la Dirección —al paio de los nuevos gustos y tiempos— se ha visto finalmente impulsada, al igual que en el neocla-

sicismo, a construir con escayola y materiales ornamentales sobre las piedras góticas. Pero detrás del ornamento el edificio perdura. Es necesario, pues, iniciar un proceso de rehabilitación que, sobre levantar lo que hay de puramente ornamental, conserve las estructuras, sin ignorar ni deshechar la problemática subyacente.

Es evidente, en este orden de ideas, que se han producido abusos en el ejercicio de la resolución. Sin embargo, ello no debe enturbiar una exacta visión de la realidad. A veces, los abusos, no nos dejan, como las ramas, percibir el bosque, y en el caso que nos ocupa, éste se refleja en la función de garantía que desempeñan tales cláusulas, que normalmente aseguran un final feliz a la inmensa mayoría de las compraventas aplazadas.

Pero que haya de reducirse el impacto de lo patológico a sus límites estrictos, no libera al intérprete de la sincera preocupación que late en el transfondo de la resolución de 1982, en el sentido de establecer puertas que, a la par que cierran el paso a los abusos, se abran también para no perjudicar esa función que normalmente desempeña el pacto.

Siguiendo esta orientación, pienso una vía de naturaleza convencional, que acaso sirva para que la Dirección olvide sus reparos a la reinscripción. En efecto, ¿cómo conciliar los intereses contrapuestos reflejados por el requerimiento y su contestación? La mejor manera, a mi juicio, sería prevenir que en caso de oposición, se llevara a cabo la reinscripción a favor del vendedor, pero con una simultánea reserva de puesto por el tiempo que se predetermine en favor de una posible anotación preventiva de demanda solicitada por el comprador.

No sería, obviamente una auténtica reserva de puesto, pues en vez de operar sobre el rango, lo que hace en rigor es dar carta de naturaleza a una modalización contractual de los efectos resolutorios, perfectamente admisible y lícita conforme se desprende del artículo 1.120 en conexión con el 1.255 del Código civil.

El asunto se contrae entonces a la determinación del plazo de caducidad. Frente a su fijación convencional, el Registrador no está en situación de cuestionar los plazos. Es evidente, que de ser insuficiente para obtener la anotación, no se habrá conseguido solucionar enteramente el problema. Mas es aquí donde habrá de jugar un papel relevante la información suministrada por el Notario, ya que, por definición, operamos con escrituras públicas. Así un plazo razonable, por imitación del artículo 45, apartado 2, de la Ley Hipotecaria, como del mismo artículo 48 de la Ley citada, sería el de 180 días que se estima en aquéllos como cobertura suficiente para la solicitud judicial de las respectivas anotaciones de adjudicación para pago de deudas y de legados de género o cantidad.

D) Las condiciones de reinscripción

Entre la resolución y su reflejo registral por medio de la llamada reinscripción se infiltran una serie de requisitos, entre los que ocupa el lugar central la consignación.

La consignación

La exigencia de la consignación como antecedente obligado de la nueva inscripción se forja sobre la doble base de la doctrina y las resoluciones de la Dirección General. Por ello el examen de la materia requiere, tras presentar la doctrina sentada por el centro directivo, una breve exposición del estado de la cuestión entre los autores precedentes.

E) La doctrina de la dirección

La resolución de 3 de junio de 1961, encabeza la lista cuando advierte que «siempre que no se hâya estipulado expresamente como cláusula penal un derecho del vendedor a retener y hacer suyas las cantidades que como precio o parte de él se hubieren entregado..., será necesario para llevar a cabo la nueva inscripción a favor del vendedor, que éste presente su título y se haga constar, según establece el Reglamento, la notificación judicial o notarial hecha al comprobador y, además, para poder cancelar las cargas o gravámenes constituidos por éste se deberá cumplir lo requerido por el artículo 175-6 del Reglamento, consignar el importe de los bienes en un establecimiento bancario o Caja oficial, siempre que proceda el reintegro del precio». La consignación nace así limitada al solo objeto de cancelar derechos inscritos a favor de terceros y bajo el expreso presupuesto de que no haya cláusula penal.

La jurisprudencia registral va a ensanchar paulatinamente el marco inicial de aplicación. Pesa en ello el sincero deseo de soslayar los posibles abusos del vendedor.

La por múltiples conceptos, interesante Resolución de 17 de noviembre de 1978 revela a las claras esta preocupación, ya que: «los mencionados preceptos (1.504 Cc., 59 y 175-6 RH), introducen un enérgico sistema de autotutela a favor del vendedor que le permite obtener la reinscripción de los bienes transmitidos en caso de incumplimiento por el comprador de sus obligaciones de pagar el precio a través de un procedimiento caracterizado por su automatismo, pero que por su mismo rigor debe ser examinado con todo tipo de cautelas, a fin de salvaguardar los posibles derechos de todos los interesados y terceros y evitar que el vendedor —en particular en los casos en que se ha pactado en concepto de indemnización que puede apro-

piarse de la parte del precio ya entregada—, por su sola voluntad, y sin la intervención de los tribunales, pueda decidir unilateralmente una cuestión, en la que, por otra parte el artículo 175-6 del Reglamento sólo le autoriza a realizarla en el supuesto de que devuelva el importe de los plazos recibidos con las deducciones que en su caso procedan, mediante la consignación en el correspondiente establecimiento bancario o Caja de Ahorros.»

Acusa el centro directivo la necesidad de proceder con todo género de cautelas. En esta línea la resolución da un paso más que su predecesora, y refiere la necesidad de consignar de forma indiferenciada, haya o no terceros, si bien, deja a salvo las deducciones procedentes. No incluye, entre las cantidades a descontar, las retenidas como pena. Pero tampoco las excluye, lo que hubiera sido menester, dadas las directrices de la resolución de 3 de junio de 1961. Hay pues extensión subjetiva, pero no objetiva del deber de consignar, aunque atisba ya esta posibilidad. La extensión objetiva de la consignación habrá de esperar a la inevitable resolución de 29 de diciembre de 1982. Enlaza con la anterior cuando advierte que la cancelación automática del párrafo 2, del artículo 82, de la Ley Hipotecaria «supone un procedimiento que debe ser examinado con todo tipo de cautelas, según ha afirmado esta Dirección General, dado el rigor con que se produce..., y esta cuestión, si cabe, tiene una mayor trascendencia en el supuesto concreto de la facultad resolutoria por el vendedor en caso de compraventa con precio aplazado garantizado con pacto comisorio, que entonces puede aquél, en base al artículo 1.504 del Código civil, por su propia voluntad y sin intervención de los tribunales, decidir unilateralmente la resolución del contrato pactado». Ante esta circunstancia y para que pueda proceder a la reinscripción, «habrá de tenerse en cuenta por el Registrador no sólo si se han cumplido los requisitos y formalidades que este artículo 59 señala, *sino también si se han realizado por el vendedor aquellas obligaciones derivadas de la propia cláusula pactada, como podría ser en su caso la consignación*, de acuerdo con el artículo 175-6 del Reglamento, del valor del bien vendido o del importe de los plazos, que con las deducciones, si proceden, haya de ser devuelto, sin que quepa disminuir nada en base a una posible cláusula penal cuando pueda tener aplicación la corrección judicial prescrita en el artículo 1.154 del Código civil».

Este considerando se reproduce literalmente en las Resoluciones de 16 y 17 de septiembre de 1987. En cambio —como hace notar Pedro Avila (16)—, se silencia en la resolución de 29 de septiembre de ese año, el inciso final «cuando pueda tener aplicación la correc-

(16) *Comentarios R. 4 de febrero de 1988*, «RCDI», número 587, julio-agosto 1988, pp. 1359 y ss.

ción judicial» para evitar equívocos sobre la obligación de consignar recayente siempre que haya habido entregas parciales del precio.

La cuestión se acaba —por así decirlo— de perfilar en la resolución de 4 de febrero de 1988: «2.—La resolución exige que simultáneamente se proceda a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato —sin carga o hipoteca impuesta por el comprador— y del precio o prestaciones recibidas por el vendedor (cfr. arts. 1.124 y 1.295 del Cc.)». Aunque, el artículo 175-6, apartado 2, del Reglamento Hipotecario, al exigir la consignación de las cantidades que hayan de devolverse por efecto de la resolución de la venta para la cancelación del asiento de cargas y gravámenes que queden por esa razón extinguidos, no precisa literalmente a favor de quién deba verificarse aquélla, es evidente que la interpretación con el tratamiento jurídico dado a hipótesis similares (arts. 107-7; 131.2, 17 de LH; 175, 2; y 4 del RH), obliga a entender que cuando el bien sujeto a condición resolutoria se haya gravado con posterioridad la resolución comporta que los derechos que antes convergían, sobre el bien rescatado pasan a recaer ahora, por subrogación real u objetiva, sobre las cantidades adeudadas y que, por tanto, su consignación debe hacerse en favor de todos los titulares implicados: tanto el comprador, o quien hubiere asumido su posición, como los titulares de esos gravámenes de modo que la declaración unilateral del primero, de hallarse plenamente reintegrado de cuanto pudiera corresponderle, carece de virtualidad para eximir al vendedor de tal garantía (aun cuando cada uno unilateralmente podría eximir al vendedor, por su parte, de la obligación de consignación).

La Dirección, en un proceso de extensión, acaba por exigir la consignación, como condición previa a la inscripción del vendedor haya o no terceros, en favor de todos los interesados, sin deducción de las cantidades retenidas en concepto de cláusula penal.

F) La doctrina de los autores

En este epígrafe centraré mi comentario en torno a Irurzun, Roca-Sastre y Rodríguez Adrados, en la medida en que anticipan con bastante exactitud los diferentes peldaños que, en la escala de la consignación ha ido subiendo, la Dirección.

Irurzun (17) conjuga los artículos 59 y 175-6 del Régimen Hipotecario para concluir que la nueva inscripción a favor del vendedor precisa, además del título y de la notificación, la previa consignación en un establecimiento bancario o caja oficial del valor de los bienes o del importe de los plazos, que con las deducciones que en su caso

(17) *La cláusula resolutoria y el pacto comisorio*, «Revista Internacional del Notariado», año 1961, p. 55.

procedan hayan de ser devueltos. Estos mismos documentos deben ser suficientes para provocar la cancelación automática de los asientos de transmisión dominical o de constitución de gravámenes (hipotecas, embargos, etc.), que se hayan practicado con posterioridad a la inscripción de la cláusula, sin que para tal cancelación, con el carácter automático que deriva del artículo 175-6 del Régimen Hipotecario sea preciso el consentimiento del titular registral, ni la declaración o mandamiento judicial. En el caso de haber cláusula penal, concluye que no deberá justificarse la consignación exigida en el artículo 175-6, puesto que no hay devolución del precio, circunstancia ésta que deberá ser tenida muy en cuenta por los terceros, en especial por quienes pretendan la constitución a su favor de los derechos reales de garantía. Irurzun adelanta así una opinión coincidente con la reflejada en la resolución de 17 de noviembre de 1978.

Roca Sastre (18) sólo considera —a diferencia de Irurzun— la consignación en relación a la cancelación de cargas o gravámenes posteriores. A su autorizado entender tiene entonces aplicación el criterio que preside el artículo 107-10 de la Ley Hipotecaria (respecto de las hipótesis de bienes sujetos a condición resolutoria) y concretamente el artículo 175 del Régimen Hipotecario, en su regla sexta —que juzga—, bastante aprovechable para el caso que nos ocupa, aunque no esté pensado para el mismo, como denota, al hablar de acciones rescisorias y de anulación de la venta. Por otra parte, ello no quiere decir —concluye el maestro— que la consignación oficial deba cumplirse siempre, por cuanto, al compás de la *lex commissoria* cabe pacto en contrario.

Rodríguez Adrados (19), añade, «en mi opinión, la exigencia de consignación debiera haberse limitado al supuesto de la existencia de terceros adquirentes de dominio o derecho real, de bienes anteriormente sujetos a condiciones resolutorias o rescisorias, sin intentar proteger quien fue parte en el acto en el que la condición se estipuló, sobre todo cuando, como en nuestro caso, la resolución tiene lugar por su incumplimiento; para él hay cancelación automática —de aquí su inclusión en el precepto—, pero no debiera exigirse la consignación, sino, a lo sumo, un ofrecimiento de pago, aparte de que como expuso Morell, la consignación sólo sería procedente en el caso de no prestarse el comprobador o el acreedor a recibir la cantidad que se hubiera de devolver».

Hasta aquí desarrolla este autor una línea de pensamiento armónica con el criterio, sobre el particular, de Roca Sastre.

En cambio, respecto de terceros —prosigue— «es conveniente exigir la consignación del reintegro no sólo como dice La Rica, cuando se hubiere negado a recibirlo la persona a quien legalmente deba ha-

(18) D.H. 7 ed., p. 814.

(19) *Algunos aspectos de la Lex Commissoria*, «RCDI», 1967, p. 92.

cerse, sino también cuando ésta quisiera cobrar, precisamente para proteger, contra ella, a los terceros inscritos; aunque, por encima de todo, deba quedar claro que el pago o consignación, sólo son precisos, aunque existan terceros, cuando con arreglo a las normas sustantivas haya algo que devolver, pero nunca por ejemplo, cuando el comprador nada pagó que deba restituírsele, o cuando en virtud de pacto, el vendedor pueda retener, como cláusula penal, las partes de precio satisfechas..., el que la pena pactada pueda resultar a juicio de los tribunales, excesiva, no fundamenta el que el comprador conserve, en el interregno, la titularidad registral, ni puede forzarse tampoco al vendedor, para evitarlo, a una consignación *ad cautelam* de todo el importe cuando ha sido la otra parte la incumpliente». Rodríguez Adrados se encamina así tras los pasos de la resolución de 3 de junio de 1961.

Las opiniones recogidas presentan como nota común la insistencia de que no hace falta consignar lo retenido en concepto de cláusula penal. En contra de este criterio, Rodríguez Adrados (20) refiere el comentario de Ginés Cánovas Coutiño, a la resolución de 3 de junio de 1961, en el que no sin cierto aislamiento se muestra partidario de la consignación en todo caso, citando en su apoyo, como argumento de autoridad a Morell que, si bien, no se declara de modo especial y expreso sobre la indeducibilidad de la cláusula penal, no sienta, ciertamente, ninguna excepción respecto del deber de consignar en los actos onerosos.

G) Nuestra visión del particular

Al adentrarse en esta materia conviene tener siempre delante la enorme problemática que se esconde detrás. Es absolutamente innegable que se han producido e incluso multiplicado los casos de abuso, pero el abuso no integra tampoco la verdad absoluta de la *lex commissoría*. La digna función de tratar de acomodar la Ley a la realidad no debe nunca romper el equilibrio necesario entre aquélla y el caso, que quiebra siempre que se va más allá de la equidad, cuando imposibilitados para aplicarla por falta de medios, se recurre pura y simplemente a obstaculizar el efecto automático de la resolución a riesgo de crear un nuevo exceso, el que, pretendiendo corregirlos, acaba por privar al pacto de su normal desenvolvimiento.

En situaciones difíciles uno tiende a buscar un criterio a modo de guía, para salir al paso de las cuestiones suscitadas. En esta búsqueda —pese a lo breve de su comentario—, Roca Sastre nos suministra una idea básica, el artículo 175-6 del Régimen Hipotecario es

(20) *Op. cit.*, p. 94, nota 100.

bastante aprovechable, aunque, en consecuencia, no enteramente aplicable. No ha sido esta la línea de pensamiento esbozada en las últimas resoluciones sin que, por otro lado, exista en la doctrina, una corriente de opinión suficientemente clara sobre la extensión del deber de consignar, ni se haya acabado de asumir enteramente el planteamiento de la Dirección, aplaudido por unos (21), y repudiado por otros (22).

El punto álgido del desacuerdo se alza en torno al carácter deducible o no de la cláusula penal. Esto supuesto, algún autor, Rodríguez Adrados y Roca Sastre, muestran su disconformidad con la consignación si no es al objeto de cancelar derechos de terceros inscritos posteriormente.

Esta doble circunstancia nos induce a distinguir entre la aplicación subjetiva y la aplicación objetiva de la obligación de consignar.

1. *Aplicación subjetiva*

La Resolución de 3 de junio de 1961 previno la consignación únicamente en relación a las cargas o gravámenes existentes a favor de terceros. Sin embargo, en el ambiente retratado en las resoluciones posteriores, era fácil observar en el párrafo primero del artículo 175-6 del Régimen Hipotecario una invitación difícilmente rechazable hacia su aplicación ulterior al comprador estipulante.

Pero en esta hipótesis, a falta de terceras personas involucradas, resulta llamativo, en alto grado, la resistencia a publicar una resolución que está y consta fehacientemente acreditada, a costa de incurrir en la paradoja de mantener, pendiente la consignación, una titularidad que, por definición, se presupone resuelta; y ello a título de garantía del incumplidor felizmente inscrito, sin escrúpulos ante la creación de una suerte de sinalagma entre la reintegración del precio y la reinscripción, al margen de las normas sustantivas que —como declara la propia resolución de 4 de febrero de 1988— lo establecen con la devolución de la cosa. Se introduce, en suma, una separación artificial entre la resolución y su reflejo por medio de la reinscripción, entre los efectos civiles y los registrales con el riesgo de convertir al Registro en un instrumento deformante de la realidad y de llevar al Registrador más allá de las fronteras naturales de la calificación hacia una especie de control acerca del cumplimiento de sus obligaciones por los contratantes; comprobación que si no se requiere en la compraventa originaria, no se ve muy bien, por qué para la retransmisión.

(21) Vid. PEDRO AVILA, *op. y loc. cit.*, nota 16.

(22) Vid. LUCAS BADERIOLA, «RDN», 1985, número 128, pp. 269 y ss.

¿Permite el artículo 175-6 semejante comprobación?

El apartado primero de este artículo, empieza literalmente de la siguiente manera: «Las inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias podrán cancelarse, si resulta inscrita la causa de rescisión o nulidad...»

La exigencia de la previa inscripción de la condición como antecedente para la cancelación de la venta, pone de manifiesto la falta de simultaneidad entre la condición y la venta, que el artículo presupone siempre posterior. Se sigue en la línea marcada en el artículo 37 de la Ley Hipotecaria cuando establece *sensu contrario* que «se darán en perjuicio de tercero» «las acciones rescisorias o resolutorias que consten explícitamente en el Registro». El tremendo equívoco radica en el hecho de que al ser posterior la venta, el comprador del 175-6 es siempre un tercero del artículo 37 de la Ley Hipotecaria respecto de la condición resolutoria y su originaria estipulación. Por eso, porque, a la postre, es tercero, al igual que cualquier otro titular ulterior de derechos reales, el párrafo segundo del artículo 175-6 requiere en igualdad de términos la consignación también en este último caso. Los dos apartados que componen la regla sexta, del artículo 175, del Reglamento Hipotecario, se refieren pues a los terceros adquirentes del dominio o derechos reales por compraventa o a título oneroso. Así entendido, aunque con tecnicismo poco correcto, el artículo resulta claro.

La consecuencia de lo expuesto, evidencia que la Dirección ha entendido el artículo 175-6 y el deber de consignar más allá de los presupuestos previstos en el propio artículo.

En una visión estricta y ortodoxa de las cosas el artículo 175-6 sólo puede ser invocado, sólo es aprovechable, cuando la condición implique la cancelación de cargas o gravámenes posteriores.

Aun así podría aducirse, como se adujo en el recurso que dio origen a la resolución de 3 de junio de 1961, que, de exigirse la consignación, el comprador de mala fe podría, mediante una hipoteca, sortear los efectos de la resolución. Pero este argumento se disipa, a mi modo de ver, si se observa que el consentimiento prestado por el vendedor a la transmisión aplazada, aun bajo condición resolutoria explícita, provoca un riesgo, al asumir el comprador la facultad dispositiva; riesgo cuyas consecuencias deben repercutir, por principio, sobre los creadores, o lo que es igual, sobre ambos contratantes, al menos en lo que atañe al deber de consignar.

La existencia, en efecto, de una cantidad restituible al lado de una serie de personas que pretenden cobrar, nos lleva a remarcar el evidente paralelismo con la situación registrada en el artículo 1.176 del Código civil, cuando concurren varios pretendientes sobre el derecho a cobrar. Ello corrobora la legitimidad de la consignación, que se convierte en obligada por mor de lo dispuesto en el artículo 175-6.

Porque el fundamento último de la consignación reside en supues-

ta analogía o similitud con la situación contemplada en el citado artículo, sin que, en mi opinión, sea aceptable el razonamiento esgrimado en la resolución de 4 de febrero de 1988, que deriva su necesidad, de la existencia en favor de los terceros de una subrogación real que infiere por vía de armonización con hipótesis similares, de los artículos 107-7 y 131-2, 17, de la Ley Hipotecaria y 175, 2, 3, 4 del Régimen Hipotecario.

Y no estoy efectivamente de acuerdo, porque la subrogación real es inconciliable conceptualmente con la resolución, aquélla presupone la supervivencia de la relación, ésta implica lisa y llanamente su extinción. A partir de aquí, sobra todo lo demás, aunque valga la pena recordar, que la subrogación real sobre bienes singulares no debe extenderse más allá de los concretos preceptos que la disponen. Y ni siquiera habría subrogación sobre la base del 110-2, de la Ley Hipotecaria, porque defenderla implicaría, dar al precio el carácter de indemnización, y a un suceso previsto y antecesor de la hipoteca un carácter posterior e imprevisto, que es lo que requiere el siniestro contemplado en el artículo. Por otra parte, la aplicación de las reglas enunciadas en el 131 de la Ley Hipotecaria no puede extravasar los cauces del procedimiento que las contiene. En fin, no creo que el justificante de la consignación se encuentre en el principio de subrogación real, sino más bien, en la provisión con la cantidad restituible de un fondo del que poder repetir en su caso los terceros afectados por la cancelación.

Posiblemente, el régimen del artículo 175-6 termine de explicarse si se atiende a la compleja evolución de las distintas reformas hipotecarias en torno a la hipoteca de bienes sujetos a condiciones resolutorias. El artículo 109 de la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 había prohibido la constitución de hipoteca sobre los bienes adquiridos bajo semejante condición, salvo consentimiento del titular de ésta, o que el cumplimiento dependiera de la exclusiva voluntad del hipotecante, aunque entendiéndose éste obligado, mientras subsista la hipoteca, a hacer o no hacer aquello de que hubiera de depender la subsistencia de su derecho y quedando civil y criminalmente responsable para el acreedor, cuando por faltar a dicha obligación se extinguiera claramente el pacto que estudiamos. Posteriormente en la Reforma de 1869, se admitió con carácter general la hipoteca, con lo cual desapareció la excepción; pero tengo para mí que el espíritu que alentaba aquélla, en cierto modo perdura en el 175-6, cuya motivación hay que verla, no tanto como exponente de una subrogación real, sino como un fondo de previsión de posibles reintegros. Si enlazamos con nuestra exposición anterior, la compraventa aplazada bajo condición provoca un riesgo al dotar al comprador de facultades dispositivas. Este riesgo se intentó eliminar por el artículo 109 de la Ley Hipotecaria en su versión originaria. Superado el planteamiento inicial, admitida la disponibilidad del derecho del comprador, se trata de paliar la repercu-

sión de la resolución sobre terceros, por medio de la inmovilización de la cantidad —cualquiera que ésta sea— que conforme a lo pactado y explicitado en el Registro, procediera, en su caso, devolver. De esta suerte, el vendedor readquiere libre de cargas, mientras el fondo consignado queda inmovilizado a la espera de las posibles reclamaciones de los terceros afectados por el doble incumplimiento del comprador.

2. *La extensión objetiva*

Entre los presupuestos de la consignación, se encuentra lógicamente la existencia de una cantidad restituible. Cumple, pues, examinar la composición de esa cantidad, especialmente en orden a la absorción o separación de lo retenido en concepto de pena.

El marco en que debe emplazarse el asunto nos lo proporciona la misma resolución de 1982, en tanto se circunscribe a la determinación «de si se han realizado por el vendedor aquellas obligaciones derivadas de la propia cláusula pactada, como podría ser, en su caso, la consignación de acuerdo con el artículo 175-6 del Reglamento».

El interés de este considerando reside en el hecho de que deduce la consignación, acorde según la Dirección con el 175-6 del Régimen Hipotecario, de las obligaciones derivadas de la propia cláusula pactada. La consignación se vincula o conexas a la cláusula pactada originariamente.

¿Cómo conjugar —entonces— la delimitación convencional del *quantum* restituible y la negativa a deducir las cantidades retenidas en concepto de cláusula penal?

El deseo de poner coto a los desmanes ha llevado a la conclusión de que el simple pacto de retención no libera de la consignación, que en última instancia no es devolver, sino depositar.

Se procura así solucionar una legítima preocupación, pero a costa de invertir la situación. Puede suceder, de esta suerte, que se acabe de corregir el posible acceso, con otro, que de menor relieve, se ha de producir, inevitablemente, ya que, obligar a consignar, es tanto como tener que pedir la corrección judicial para recuperar la cantidad.

Se dirá que es un mal menor (aunque ello implique preconizar la amputación como medida preventiva de un mal meramente posible e incierto). Pero la automutilación no deja de ser una salida insatisfactoria. No se escapa esta circunstancia a la propia Dirección, porque late en el fondo de la siguiente declaración formulada en la resolución de 4 de febrero de 1988: «Lo que no significa que entre vendedor y comprador no sean posibles otros pactos conducentes a una retransmisión que deje a salvo los derechos de terceros, pero entonces habrán de cumplirse los correspondientes requisitos de constitución y constar, para su inscripción en el Registro, en escritura pública.»

La Dirección no se fía de la cláusula penal, que puede haber sido

pactada *in continenti* o sin verdadero conocimiento de causa. Pero considera obviado el peligro, si la renuncia a la consignación se verifica *ex intervallo*. Con ello enuncia una posibilidad, pero ¿agota el círculo de las posibles soluciones?

En el derecho intermedio ante la sucesión de renunciaciones y juramentos liberatorios de los requisitos de validez de los contratos civiles, se acabó por instrumentar su anulación, expone Figa Faura (23), sobre la base de presuponer que habían sido prestados o *in continenti* o sin conocimiento de causa. En este último caso, se dio carta de naturaleza a la doctrina de la *cercioratio*, que en síntesis implicaba una inversión de la carga probatoria, para recaer a espaldas del beneficiario de la renuncia. Se advertirá, en seguida, la analogía de situaciones. La exigencia de consignar las cantidades convencionalmente retenidas, provoca finalmente que sea el vendedor y no el comprador el que haya de solicitar la corrección judicial para recuperar la pena.

Ahora bien, paralelamente en el Derecho intermedio la práctica cautelar diseñó procedimientos para salvaguardar la efectividad de las renunciaciones, alejando los temores y riesgos de posibles abusos.

Uno de estos procedimientos fue, de manera similar al registrado en la Resolución de 1988, la renuncia *ex intervallo*, del que no faltan ejemplos en nuestro derecho, así en sede de rescisión por lesión *ultra-dimium* en Cataluña.

Pero no hay que poner fin a los remedios. La prueba se refleja, según creo, en nuestro propio Código civil, porque el artículo 1.477, no hace sino expresar una reacción a la *cercioratio*: «cuando el comprador hubiese renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea éste, deberá el vendedor entregar únicamente el precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, *a no ser que el comprador hubiere hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometién dose a sus consecuencias*». Este precepto, afirma nuestra convicción sobre la deducibilidad de la cláusula penal: visto que el comprador puede renunciar a la evicción, ¿por qué no a la consignación de lo que haya de recibir? En cualquier caso y aun bajo los planteamientos de la Dirección, el asunto no sería otro que encontrar una vía que permitiera constatar el efectivo conocimiento de causa, y esta técnica, a mi entender, consiste en instrumentar pura y simplemente una renuncia en términos similares a la contemplada y admitida en el 1.477 del Código civil.

Así, no me parece que resulte inconciliable con la interpretación que hace la Dirección del 175-6 del Régimen Hipotecario, proponer la configuración de la cláusula penal (aunque no sea éste nuestro criterio) como indeducible, salvo que por el comprador se renuncie a este beneficio, con conocimiento de los riesgos consiguientes y some-

(23) Vid. FIGA FAURA: *Estudios t. I. El título preliminar del Código Civil. V.I. Parte General. La Renuncia de derechos y la exclusión voluntaria de la Ley*, pp. 241 y ss.

tiéndose a sus consecuencias. Lo único que se requiere es que se obje-tive claramente el conocimiento de causa por parte del comprador, y la cosa, lejos de ser difícil, se traduce, sin perjuicio de otras alter-nativas, en una simple indicación de la cifra máxima exenta de consi-gnación, unida a una expresa advertencia por el Notario de la posi-bilidad existente, con todo y con eso, de solicitar judicialmente la moderación de la pena y sobre el indudable riesgo de tener que recla-mar, en su caso, la cantidad en que consista el sobrante sin que éste se halle consignado.

A mi manera de ver, esta delimitación convencional del *quantum* restituible y sujeto a consignación es también operante respecto de terceros que inscriban posteriormente, puesto que, como precavida-mente indica el artículo 51-6 del Régimen Hipotecario, las condicio-nes resolutorias se han de copiar literalmente y ello postula la inscrip-ción de la cláusula penal que directamente incide en los efectos resti-tutorios de la resolución. Contra semejante pacto, no pienso que pue-da prosperar la invocación del artículo 6-2 del Código civil, que ha-brá de ser rechazada por intempestiva, pues, en última instancia, al contenerse tal previsión en la compraventa matriz, no es posible ha-blar con antelación de terceros perjudicados por la resolución, pues éstos serán siempre, por definición, posteriores.

Finalmente, la propuesta que me he atrevido a sugerir como una vía de solución, es igualmente compatible con nuestra posición en torno al artículo 175-6, del Régimen Hipotecario, o lo que es lo mis-mo, para enlazar con el razonamiento anterior, con la existencia de terceros ulteriores.

A primera vista, pudiera parecer excesivo habilitar a las partes originarias para aminorar, o deshacer incluso, una garantía estatuida en beneficio de terceros, dotando, por así decirlo, al convenio libera-torio de consecuencias reales. Pero una consideración más profunda evidencia el carácter residual de la garantía que se encuentra supedita-da al *quantum* restituible entre las partes, o en otras palabras, que la licitud del pacto anticonsignación viene abonada por la circunstan-cia de que en dicho acuerdo la repercusión sobre los terceros se ins-trumenta a través del sacrificio asumido por el comprador, que habrá de ver menguada su propia pretensión. Así, por un efecto reflejo del contrato, la consignación se contrae por modo automático a la canti-dad predeterminada por las partes. Ello no requiere aceptación expre-sa por los terceros, salvo que dicho acuerdo resulte, como en el caso contemplado en la resolución de 4 de febrero de 1988, cronológica-mente posterior a su existencia como tales.

H) La representación del precio en letras de cambio

a) *La presentación de las letras como presupuesto de la reinscripción*

Debo confesar que no tengo especiales simpatías hacia la letra de cambio, en funciones representativas del precio aplazado, en las compras de viviendas. Por ello, aunque no comparto su opinión, quisiera recoger las palabras de Figa Faura (24), que no por radicales, dejan de situar con nitidez el problema en tanto «se transforma ilegalmente un crédito civil cuya cesión a tercero no extingue según el artículo 1.529 del Código civil, las excepciones que el deudor podrá oponer al primer acreedor, en un crédito mercantil abstracto que, de ser endosado, está sujeto al principio, tan caro a los comerciantes, *de solve et repete*, repetición que para economías débiles, resulta una posibilidad inalcanzable».

No se pretende con ello, a lo que creo, insinuar un cambio de naturaleza del crédito originario, sino resaltar la imposición del régimen jurídico mercantil. Dicho esto, resulta excesivo afirmar el carácter ilegal de semejante transformación; pero es comprensible, porque hay que aceptar que el régimen jurídico de la letra, no está pensado para el hombre civil, como no tiene empacho en reconocer la Ley cambiaria, al anunciar que su promulgación no impide: «que tras los oportunos estudios y cuando las circunstancias sociales y económicas lo requieran pueda abordarse la elaboración de un texto legal complementario y específico que establezca las normas que hayan de regir para las letras emitidas en operaciones realizadas por consumidores y usuarios». Lo cual, poco menos, que como concluye Figa, significa una remisión a las calendas griegas.

Ello, sin embargo, no ha de llevarnos —contrariamente a lo propugnado por este autor— a una erradicación de la letra de este ámbito civil. De hecho, sin desconocer las posibles extralimitaciones, ha cumplido y cumple todavía un papel relevante como medio para acceder a la propiedad. Por otro lado, en nuestra cotidiana experiencia en la notaría, tiene uno la impresión de que otros sistemas de financiación están desplazando, de la compra de pisos, a las letras de cambio. Hoy es cada vez más frecuente una operación combinada de préstamo y compraventa con una caja o banco como intermediario financiero. Las letras han perdido, pues, en ciertas dosis, el protagonismo que antes poseían.

Con todo y con eso, en la pluralidad de posibilidades, hay siempre una riqueza que no conviene despreciar. Por lo demás, se echa en falta un mecanismo que en la esfera civil permita conjugar la emisión de la letra con las excepciones salvaguardadas en el artículo 1.529

(24) «Invasión del ámbito civil por las normas mercantiles», A.A.M.N., t. XXVIII, p. 173 y ss, especialmente 190.

del Código civil. La ausencia de ese nexo causal, acaso podría haber sido solventada, por medio de una mención adicional en la letra que pusiera de relieve su emisión en base a la escritura de que se trate y la subrogación del vendedor (librador) en lugar del aceptante caso de resolución o desaparición de la provisión a fin de lograr la consiguiente liberación de éste. Quizá peque con ello de ingenuidad, pues tal limitación ha de dificultar, sin duda, la circulación de los títulos; mas siempre hay remedios en botica; por ejemplo, en el caso de bancos, propugnar, ante el mayor riesgo del descuento, su inclusión en los coeficientes de caja, aunque éstos se encuentren en trance de desaparición en aras de una liberación de nuestra economía. En fin, todo esto son puras disquisiciones. Lo que es claro, de cualquiera de las maneras, es que, sin ser plenamente satisfactorio, el recurso a la letra es una posibilidad que no cabe negar: se encuentra en la realidad y junto a las desviaciones son probablemente mayores los buenos servicios prestados como sistema de acceso a la propiedad.

La Dirección ha enfrentado directamente el tema de las letras: «Considerando —finalmente, arguye la resolución de 29 de diciembre de 1982—, que al igual que sucede en materia de hipoteca cambiaria —como pusieron de relieve, entre otras, las Resoluciones de 26 de octubre de 1973 y 31 de octubre de 1978— en que para proceder a la ejecución hipotecaria se requiere que el acreedor presente y tenga en su poder las restantes letras todavía no vencidas, a fin de evitar una doble ejecución, la derivada de la hipoteca y la derivada de la acción cambiaria, en los casos en que se haya pactado en una compraventa con precio aplazado que la falta de pago de una letra da lugar a la resolución, será necesario que el vendedor ponga a disposición del comprador todas las letras todavía no vencidas y pendientes de pago por el deudor».

Este mismo considerando se reproduce en las Resoluciones del 16 y 17 de septiembre de 1987.

La Dirección perfila el problema de fondo de la siguiente manera: la resolución, motivada por el incumplimiento reflejado en el impago de una letra (resolución de 24 de marzo de 1987), podría originar una doble ejecución por consecuencia de quedar flotantes las emitidas con vencimiento ulterior.

En la búsqueda de una solución recurre por vía analógica a otras Resoluciones (26 de octubre de 1973 y 31 de octubre de 1978) que, respecto de la hipoteca cambiaria supeditan el vencimiento anticipado a la presentación de todas las letras aseguradas.

Pero el argumento, si bien se examina, es incompleto. Las letras, el punto común de referencia, en su caso, anudan la acción hipotecaria, mientras que la condición resolutoria subyace inmóvil en el fondo de la relación causal, sin circular con la letra.

Esta circunstancia no debe pasar inadvertida. El orden de los perjudicados por la ejecución anticipada de la hipoteca y de la condición

se invierte claramente. En el decir de la resolución de 26 de octubre de 1973, el principal interesado por el vencimiento anticipado es el supuesto tenedor de las letras y acreedor hipotecario, acaso desconocedor de la exigibilidad de la hipoteca por adelantado. En la hipótesis de la condición resolutoria preocupa la situación del aceptante.

Más próxima a esta preocupación parece estar efectivamente la resolución de 31 de octubre de 1978, citada con la anterior en aquélla que comentamos, cuando literalmente concluye que la presentación de todas las cambiales «cuyo cobro ha sido garantizado» y de vencimiento posterior a la impagada evita que a la vez que la ejecución hipotecaria pueda tener lugar la de una cambial aislada, y desaparecer, a su vez, las objeciones que derivadas de la aplicación del derecho cambiario, fueron puestas de manifiesto en la resolución de 26 de octubre de 1973.

Es necesario, no obstante, interrogarse si se habría reiterado igual doctrina, relativa la hipoteca, a la obligación causal representada en letras de cambio, sin ser, pues propiamente cambiaria, porque, en última instancia la doble ejecución se predica exclusivamente de los títulos con cobro asegurado hipotecariamente, y es que, en rigor, lo que se trata de remarcar es la imposibilidad de una ejecución sucesiva fundada en un mismo título. Afirmada esta imposibilidad, la presentación de todas las letras soslaya por efecto reflejo el problema que, inherente a la condición resolutoria, suscitan las letras flotantes o circulantes.

Ha sucedido, en realidad, que al trazar la analogía se ha buscado la consecuencia, la presentación de todas las letras, por un camino que no es el adecuado, so pena de introducir en el saco de la doble ejecución, tanto la dimanante de un mismo título, como la resultante de dos obligaciones interrelacionadas, pero figuradas en dos títulos distintos.

En una visión exacta de las cosas, la cuestión no está —por más que se insista— en esa supuesta duplicidad ejecutoria, cuanto, por el contrario, en el alcance de la obligación restitutoria del vendedor, que, en principio, comprende la devolución de todas las letras.

La validez de este planteamiento viene abonada por el hecho de que permite sin quebrantos que la obligación de devolver las letras pueda suplirse con la restitución de su importe, circunstancia inconciliable con la tesis de la doble ejecución, a pesar de su utilidad, demostrada por el hecho de que implica ni más ni menos una sustitución de la provisión, que no priva al aceptante de la correspondiente cobertura, ni impide la resolución cuando las letras —como sucederá en la normalidad de los casos— no sean rescatables por haberse descontado.

El tema, bajo estos presupuestos, se desplaza al terreno ya examinado de la consignación, con algún matiz, según creo, que es preciso destacar.

Al tratar de la obligación de consignar he sostenido que la obligación todo lo más habría de funcionar en un estricto enfoque jurídico, en el solo caso de mediar terceros inscritos. En el caso de figurar letras de cambio, la consignación habría de actuar también entre partes, por la que hace a las letras pendientes, aunque conforme con nuestra interpretación del artículo 175-6 del Régimen Hipotecario, no como un presupuesto de la reinscripción, sino como un sustitutivo de los títulos en la relación interna entre las partes. Naturalmente en la escritura podrán establecerse deducciones de la cantidad a restituir por el procedimiento que hemos indicado a través de la *cercioratio*. Igualmente, podrá prevenirse expresamente la consignación del importe que haya que restituir en sustitución de las letras a modo de contragarantía para el comprador.

b) *La presentación de todas las letras para la cancelación*

No acaban, con lo expuesto, los problemas surgidos con ocasión de las letras de cambio, especialmente, en orden a la cancelación de la condición resolutoria mediante la exhibición de los citados efectos. En esa materia contrasta el espíritu abierto de la resolución de 30 de mayo de 1980, con el verdaderamente restrictivo de las Resoluciones de 21 de julio, 3 y 4 de diciembre de 1986 y 24 de marzo de 1987, pues, si en la primera se otorgó fuerza cancelatoria al acta de exhibición no prevista en la escritura originaria, en las recaídas posteriormente se ha negado la cancelación cuando la escritura no recoja el número y la serie de las cambiales, aun a pesar de aportar todos los demás datos identificativos, cuando las partes se contentan expresamente con los mismos y el vendedor presta su consentimiento por anticipado.

La primera de las Resoluciones citadas, de 21 de julio de 1986, reacciona, sin mayores especificaciones, ante lo que considera una posibilidad aventurada, pues: «aun cuando se contenga en el pacto discutido cuatro de las circunstancias fundamentales para su identificación, resulta un tanto aventurado que solamente en base a las mismas quede cerrado todo el círculo identificativo, al estar omitido, entre otros, un dato tan esencial como es la serie y el número de la letra, que por no figurar en el documento básico, cualquiera que haya podido ser la causa que lo motive (no haberse emitido o que habiéndolo sido no estén ya en poder del vendedor) podría originar toda una serie de consecuencias que se desviasen de la finalidad lícita pretendida, pudiendo provocar cancelaciones no acordes con la realidad extrarregistral».

Acontece, sin embargo, que la posibilidad de crear cancelaciones no concordes con la realidad registral no se evita, con la indicación del número y la serie, y existe incluso cuando se supedita al consentimiento del titular registral.

Es por ello, que la Dirección ha tenido que esforzarse en la búsqueda de una motivación más sólida. Las Resoluciones de 3 y 6 de diciembre, reiteradas en la de 24 de marzo de 1987, concluyen que: «la exigencia de concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral, así como de la documentación auténtica del hecho o acto inscribible para su acceso al Registro (art. 3 de la LH), conduce a la necesaria cancelación de un asiento cuando se justifica fehacientemente la completa extinción del derecho inscrito (art. 2-1; 79-2, LH, y 173 de su Reglamento). Por tanto, en el caso contemplado, si lo que se pretende es cancelar la condición resolutoria estipulada en garantía de la parte del precio, aplazada porque ha tenido lugar su pago (causa de la cancelación que deberá reflejarse en el asiento correspondiente art.173-2 del RH), será requisito ineludible la justificación de la realidad de dicho pago y de su correspondencia con el crédito cuya garantía se trata de cancelar».

«Ahora bien, dado que el precio aplazado se incorporó a determinadas letras de cambio que no fueron debidamente identificadas en el título base, por cuanto se omitió en su descripción la serie y el número, no cabe deducir del acta presentada una prueba suficiente, a efectos registrales de la realidad del pago de la parte del precio garantizada. El consentimiento que anticipadamente prestara la parte vendedora, no puede suplir esta deficiencia, pues, si bien es cierto que los otorgantes pueden configurar otros supuestos de extinción del derecho inscrito distintos del pago del débito garantizado, no puede prever un mecanismo cancelatorio que obvie la exigencia básica de justificación fehaciente de la realidad de la causa de la extinción que se pretende reflejar registralmente. Piénsese que la condición resolutoria inscrita recae determinadamente sobre la finca vendida, cuyo precio aplazado se garantiza; que la garantía se refiere a esa obligación y no a cualquier otra que pudiera haber surgido, por venta de otras viviendas o por cualquier causa, entre vendedor y comprador; que el acreedor garantizado puede ser el vendedor o un cesionario del crédito (S. de 23 de octubre de 1984); y el comprador (deudor) de diversas viviendas, al ultimar el pago correspondiente a una de ellas, puede ser o no dueño de las diversas fincas que soportan la respectiva garantía.»

El centro directivo sostiene, en resumidas cuentas, que es imprescindible para obtener la cancelación la justificación fehaciente de la realidad del pago o de la causa extintiva de que se trate; que al no constar ni el número ni la serie, estas diferencias no pueden ser suplidas por el consentimiento anticipado del vendedor, porque no se está ante una causa de extinción convencional, sino más bien ante la improvisación de un mecanismo cancelatorio que elude la primera exigencia.

La premisa mayor, la necesidad de justificar fehacientemente la real extinción del derecho inscrito, será predicable en los casos de

extinción legal del derecho, pero de ninguna manera —como arguye Del Río García Sola (25) en su comentario a la resolución de 24 de marzo— en aquellos otros en los que media un consentimiento cancelatorio anterior y ligado a un hecho, ya sea la llegada de una fecha, ya el acta notarial de que se trata. Para el señalado comentarista la Dirección acaba por confundir la causa de la cancelación y la causa de la extinción del derecho. La causa de la cancelación será el consentimiento del titular registral o la sentencia firme, y la causa de la extinción del derecho las pactadas por las partes o las establecidas por el ordenamiento. Los supuestos de extinción convencional del derecho requieren siempre, para su reflejo registral, el consentimiento del titular, anticipado o posterior, o sentencia firme que lo declare, mientras que no en todos los casos de extinción legal del derecho sucede lo mismo. La resolución citada de 30 de mayo de 1980 es prueba de ello.

Aunque estoy de acuerdo con las apreciaciones de Del Río García Sola, resulta más claro distinguir, tal como sugiere el profesor Díez Picazo (26), entre causa de la cancelación, conforme al artículo 79, y título de la cancelación de acuerdo con el artículo 82. Esto supuesto, cuando el título recoge el consentimiento del titular, aun supeditado al acta de exhibición, no es correcto ir más allá de lo exigido por el vendedor, y recabar la demostración de la causa, porque también respecto de la cancelación —cual recuerda Díez Picazo— rige el principio expuesto en el 1.277 del Código civil.

Así pues, sin entrar en mayores precisiones conviene retener una idea fundamental: el consentimiento del vendedor excluye la necesidad de justificar la finalización del derecho.

De esta suerte, negada la premisa mayor, decae por completo el silogismo montado por la Dirección. Pero, aun sobre esa base, para redondear el comentario es conveniente apurar el análisis de las restantes afirmaciones verificadas, sin perder de vista en la distancia de los dogmas que el Registro no puede, por principio, interferir en la autonomía de los particulares, para investir a la garantía como condición previa a la inscripción de una perdurabilidad no querida por las partes.

Aclarado lo anterior, la cuestión que preocupa tanto a la Dirección como a Del Río García Sola, estriba en la existencia de una hipotética disociación entre el pago del precio y las letras a raíz de una sucesiva o simultánea multiplicación de éstas.

Ello se traduce en tesis contrapuestas: la que al parecer sostiene el referido comentarista, de que hay una extinción convencional dis-

(25) *Comentario a la R. de 24 de marzo de 1987*, «RCD1», 1987, número 583, pp. 1834 y ss.

(26) *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. II, ed, Tecnos, Madrid, 1978, p. 428.

tinta del pago, y la esgrimada por la Dirección, al negar que haya propiamente extinción, lo que determina sin solución de continuidad que el consentimiento formal del vendedor resulte insuficiente por carecer de causa.

Las cosas son probablemente más fáciles, si se repara que, frente a la predicada ausencia de conexión, existe una auténtica conexión *in genere* entre las letras y el pago del precio, que permite su completa identificación, sin necesidad de nuevo convenio (art. 1.273) mediante el acta notarial de exhibición ulterior (con indicación del número y la serie) y que, en última instancia, el consentimiento del vendedor traslada implícitamente al comprador la facultad de especificar.

Es indudable que ello puede representar un riesgo para el vendedor, pero lo es igualmente que se trata de un riesgo controlado, porque la duplicidad de las letras es imposible sin su consentimiento. Pero aun entonces, lo normal será que las letras exhibidas, correspondan a las representativas del precio, ya que la consecuencia que puede originar la reproducción de las letras, es la creación de un género intercambiable o una especificación por vía de exclusión si en las restantes emisiones se precisa el número y la serie respecto de la obligación de que se trate. En el primer caso, por aplicación del 1.116 *sensu contrario* y del 1.172 del Código civil, el deudor podrá pagar con cualquiera de las cambiantes emitidas. En el segundo caso, deberá aplicar cada letra a su obligación correspondiente, sin que pueda acudir al 1.166 del Código civil, aunque al abonar las letras pueda siempre elegir las que crea convenientes (art. 1.172 del Cc.). Por tanto, aunque la posible duplicidad aparezca un riesgo, además de controlable, por el vendedor, lo normal será (vistos los arts. 1.166 y en su defecto 1.172 Cc.), que la exhibición de las letras coincida con la extinción de la condición resolutoria. En todo caso, lo que importa retener es que la oponibilidad de las emisiones realizadas requiere su indicación en el Registro. A falta de consignación, no cabrá aducir su posibilidad como argumento denegatorio de la cancelación de que se trate. La calificación se hace por los documentos presentados y los asientos del Registro, no con arreglo al cálculo de probabilidades.

Desde el punto de vista del Registro no hay una cancelación condicionada, sino una autorización para cancelar mediante la exhibición de las letras que reúnan las condiciones preestablecidas. La única razón hábil para negar el acceso del pacto examinado, estaría en la necesidad de proteger los derechos de terceros. Así lo intuye la Dirección y propone, a modo de reflexión, a unos perjudicados que, con todos los respetos, no tienen por qué ser considerados registralmente.

El primer perjudicado es, según la Dirección, el cesionario del crédito garantizado, a pesar —advierde Del Río García Sola (27)— de

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

su absoluta irrelevancia registral, puesto que en su calidad de cesionario estará vinculado por los pactos precedentes.

El segundo perjudicado requiere un cierto esfuerzo de imaginación: se piensa en la posibilidad de que el comprador adquiera del mismo vendedor varias viviendas, cada cual con condición resolutoria y con letras de nominal y vencimientos idénticos, y que luego, venda alguna de ellas a un tercero, que resultará comparativamente agraviado si la cancelación se preconizase de una finca distinta de la suya propia.

Ahora bien, el supuesto perjuicio, nacido de la imputación de las letras a una finca distinta, no expresaría otra cosa que el impago por el primer comprador del precio correspondiente a la finca nueva-mente transmitida, y contra ese riesgo, siempre latente, no existe ninguna medicina registral.

Cuestión diferente aunque próxima es la introducida en la resolución de 24 de marzo de 1987, sobre la posibilidad de resolver por impago de las letras sin serie ni número de identificación. La citada resolución parte erróneamente de la necesidad de acreditar el incumplimiento como presupuesto de la resolución, cuando en rigor la prueba del pago, compete al deudor (art. 1.214 Cc.). Sentada esta premisa, es evidente, con relación a la hipótesis anterior, que la imputación de lo pagado a una de las fincas, puede desencadenar una resolución en perjuicio de tercer adquirente, pero ello es igualmente inevitable cuando, pese a figurar el número y la serie, el deudor elige pagar unas letras en vez de otras; y es que en rigor dicha indicación no asegura el puntual cumplimiento del obligado, ni detiene la posible repercusión sobre terceros del impago sobrevenido.

Una situación similar es la contemplada en el artículo 124, de la Ley Hipotecaria, a cuyo tenor «si la parte del crédito pagada se pudiera aplicar a la liberación de una u otra de las fincas gravadas (con hipoteca) por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial de cada una, el deudor elegirá la que haya de quedar libre». Al adquirente posterior, siempre le quedará la posibilidad —enunciada tanto en el 221 del Régimen Hipotecario respecto del caso anterior, como en relación al nuestro en el más general, artículo 1.158 del Código civil—, de abonar la deuda y solicitar la cancelación.

Recapitulando, el pacto es perfectamente inscribible porque la cancelación basada en el consentimiento o autorización del vendedor no precisa acreditar fehacientemente la extinción del derecho inscrito, que por otra parte es lo que normalmente reflejará la exhibición de las letras. La inexistencia de otras emisiones es inoponible si no consta en el asiento pertinente, y el único perjudicado posible, el propio vendedor autorizante, sin que haya terceros que proteger registralmente.

2. LA RELACIÓN ENTRE EL 1.859 Y 1.884 DEL CÓDIGO CIVIL

Las *Resoluciones de 24 de marzo de 1987 y de 16 de noviembre de 1987*, declaran que: «Por otra parte existe en nuestro ordenamiento la prohibición del pacto comisorio, por el que se atribuye al acreedor la facultad de adquirir un bien del deudor como consecuencia del incumplimiento por éste de sus obligaciones (arts. 1.859 y 1.884 del Cc.), y si bien dicha prohibición tiene una excepción concreta en el artículo 1.504 del Código civil no procede extender la garantía arbitrada por la norma, a prestaciones accesorias derivadas del contrato de compraventa.»

La existencia de una prohibición general del comiso en el seno de nuestro Código civil había sido anticipada por la resolución del 10 de junio de 1986, aludida en otra de 30 de junio de 1987 y reiterada más recientemente en la resolución de 29 septiembre de ese mismo año. La novedad que aportan a esta doctrina las Resoluciones del 24 de marzo y 16 de septiembre, consiste en incluir dentro del comiso al artículo 1.504, cuyo tratamiento positivo configuran como una excepción al régimen general prohibitivo.

La conclusión de la Dirección General se asienta en dos premias que conviene examinar con todo cuidado: la mayor, que existe una prohibición general del comiso; la menor, que una excepción viene a ser la cláusula resolutoria del artículo 1.504.

Prohibición del comiso y 1.504

Empezaremos nuestro análisis por el punto que nos parece dotado de menor firmeza: la fusión del artículo 1.504 con el pacto comisorio de los artículos 1.859 y 1.884 del Código civil, a fin de convertirle en excepción a la prohibición general primeramente afirmada.

Irurzun (28) pone de relieve que en Roma coexistieron ambos pactos, el inserto en la compraventa y el atinente a los contratos de su garantía, bajo una misma denominación, pese a sus diferencias. No se comprende bien, a su juicio, cómo dos figuras tan distintas pudieron ser denominadas con el mismo apelativo. Es cierto que en ambos casos se trata de arbitrar un remedio para el caso de incumplimiento, de violación del pacto, pero el remedio tiene diversa finalidad y actúa a través de un mecanismo distinto en cada caso. La tradición histórica nos brinda una explicación que hoy no convence, que es la de configurarlas como manifestaciones de una venta condicional.

La verdad es que no está claro si en su génesis la *lex commissoria* fue una única disposición con distintas manifestaciones en la compraventa y los derechos de garantía —como sostiene Biscardi (29)— o

(28) *Op. cit.*, pp. 29 y 30.

(29) *Vid. Studi in onore di Emilio Betti*, v. II, Milán, 1962, p. 573 y ss.

bien sendas leyes, con distinto ámbito de aplicación, caracterizadas según entiende Burdese (30), porque primitivamente tanto en el caso de la venta cual en el de la fiducia se manifestaban como un condicionamiento suspensivo de la obligación de restituir, supeditada, al pago del precio, en la compraventa, o al cumplimiento del débito en la fiducia.

Pero, lo que no ofrece duda desde una perspectiva actual es el evidente alejamiento entre ambas figuras, por cuanto —cual advierte Irurzun (31)— en los contratos de garantía el comiso no tiene nada que ver con la idea de resolución, que llevaría aparejada en dicha hipótesis la contradictoria exigencia de devolver la cosa al deudor.

Esta distinción perdura, aun en el caso de que la resolución vaya acompañada de una cláusula penal, supuesto que Irurzun denomina cláusula resolutoria con comiso. Es cierto que, a semejanza del comiso propiamente prohibido, se opera entonces una retención que exime de la restitución; pero esta retención no se proyecta sobre la cosa, sino sobre las cantidades que ha de devolver el vendedor, opera en un instante lógico posterior, presupuesta la resolución. El juego de la pena puede producir abusos, lo mismo que el comiso, pero esa posibilidad no excluye sus diferencias conceptuales y se procura solucionar mediante el recurso aprobado en el 1.154 que regula su moderación equitativa por el Juez.

El comiso prohibido en los artículos 1.859 y 1.884 del Código civil, rectamente entendido, consiste en la apropiación de las cosas dadas en garantía por falta de pago por el acreedor insatisfecho con el consiguiente riesgo de una potencial desproporción entre el *quantum* debido y el obtenido, por medio de la apropiación. Entiéndase bien, el comiso no requiere que haya abuso propiamente dicho, sino que pretende evitar el riesgo de que se produzca, trata de erradicar una posible *captatio*. De ahí la prohibición que da paso a los correspondientes procedimientos legales para la realización de la garantía.

LA prohibición general del comiso

1. *El alcance de la prohibición*

Aun cuando de lo escrito resulta evidente la improcedencia de fusionar la cláusula resolutoria con el comiso, es conveniente profundizar en el examen de la premisa mayor contenida en las Resoluciones de 24 de marzo y 16 de septiembre, relativa a una prohibición general del comiso en los contratos de garantía.

(30) *Lex commissoria e ius vedendi nella fiducia e nel pignus*, pp. 13 y 15.

(31) *Op. y loc. cit., supra*, nota 28.

Presupuesto del análisis que haremos en las siguientes páginas viene a ser el de la necesaria tipicidad, o no, de los derechos reales de garantía. Es frecuente que el consabido *numerus apertus* en materia de derechos reales se trate de limitar marginando de su ámbito los derechos reales de su garantía. Esta excepción carece, a nuestro modo de ver, de la necesaria base legal, que contrariamente ampara a los defensores del *numerus apertus*, en esta parcela, inclusive. Es inevitable recordar el artículo 1.255 del Código civil aplicable con carácter general y del que cabe deducir la existencia de contratos atípicos de garantía, como reconoce, por ejemplo, la Sentencia de 22 de diciembre de 1987, en la que se hace referencia a una compraventa efectada de simulación relativa, «por cuanto no fue compraventa lo pactado, encubriendo un contrato atípico de garantía». La propia Dirección General de los Registros se mueve en esta línea cuando proyecta la prohibición del comiso a figuras distintas de las típicas. Precisamente, donde fija su doctrina sobre el carácter general de la prohibición, es en sede de opciones y ventas en garantía.

Es fundamental en este sentido la resolución de 10 de junio de 1986, cuyos fundamentos segundo y tercero reproduzco a continuación:

«Que ya las Partidas (P. 5, 13, 12 y P. 5, 5, 41) recogían la prohibición del pacto comisorio, que fue establecida por el Emperador Constantino, y declaran nulo el pacto por el que se estipula que el acreedor adquiriría la cosa dada en garantía (peño) en el caso de que la deuda garantizada no fuera pagada en su tiempo, y el Código civil recoge estos criterios tradicionales al regular los distintos tipos de garantía real, recaiga ésta sobre muebles o inmuebles, y haya o no desplazamiento de posesión, y esta prohibición se manifiesta directamente en preceptos como los recogidos en los artículos 1.859 (para la prenda o la hipoteca) o en el artículo 1.884 (para la anticresis) e implícitamente se confirma la prohibición cuando con normas imperativas se determinan los señalados casos en que, cumplidas las cautelas y procedimientos establecidos, el acreedor pueda llegar a apropiarse de las cosas dada su garantía (art. 1.872 Cc., 129 y 131 LH; 234 y 235 RH; 84, 86, 87, 88, 89, 92 y 94 Ley Hipotecaria Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento; art. 323 C. de Com.; 1.504, 1.505, 1.508, 1.519 Ley de Enjuiciamiento civil).»

«Que dado el carácter restrictivo con que debe interpretarse toda prohibición —añade el tercer considerando— algún autor clásico y también algunos autores modernos han defendido la posibilidad del pacto comisorio autónomo, es decir, del que se establece entre acreedor y el dueño del bien, sin constituir sobre él, a la vez prenda, hipoteca o anticresis; pero si en otro tiempo podía estar justificado a veces no ser riguroso en el entendimiento en el alcance de la prohibición sobre todo por la ausencia de un ordenado sistema de publicidad registral o inmobiliario, hoy no hay ninguna razón para una interpretación restrictiva, favorecedora del fraude, si se tiene en cuenta la ratio

de la prohibición del pacto comisorio, y por eso si se admitiera tal pacto «no querrían los omes rescibir de otra guisa los peños» (P. 5, 13, 12), con grave detrimento del deudor, que no aisladamente, sino en múltiples supuestos, como la experiencia demuestra, habría de obligarse, si quisiera obtener o prorrogar un crédito a las exigencias del acreedor y a que las cosas ofrecidas en garantía reciban una valoración muy inferior a los valores reales.»

Esta Resolución se complementa con la de 30 de junio de 1987, atiende a una venta en garantía, respecto de la cual recoge la doctrina de la Sentencia de 19 de mayo de 1982, cuando advierte que en la fiducia *cum creditore* no hay enajenación propiamente dicha, sino garantía o afianzamiento del débito, lo que provoca la limitada eficacia real de la venta en garantía, al tiempo que añade que: «En este sentido, en la operación celebrada —bajo la denominación particularmente impropia de venta en garantía, pues a diferencia de los supuestos ordinarios de ésta en el que al menos se hace figurar un precio, falta en el presente supuesto referencia a este elemento esencial de toda compraventa—, al sacrificio traslativo de una de las partes contratantes no corresponde ninguna promesa o prestación correlativa a cargo de la otra que lo equilibre; la satisfacción de la exigencia de garantía que acompaña a la concesión del crédito a cubrir no puede merecer tal consideración; la misma esencia de la garantía le priva de virtualidad suficiente para justificar una transmisión definitiva del dominio pleno; a lo sumo podrá fundar una transmisión eventual a consolidar en caso de incumplimiento, pero tal hipótesis choca frontalmente con la prohibición legal del pacto comisorio, proclamada, entre otros, en los artículos 1.859 y 1.884 del Código civil. Incluso hay que afirmar que esta finalidad de garantía se opone a que la verdadera voluntad de las partes contemple una transmisión real definitiva, lo que necesariamente deberá repercutir en la valoración jurídica de la operación perseguida y así lo corrobora la previsión restitutoria en caso de satisfacción adecuada en la misma escritura.»

a) *El criterio interpretativo de la Dirección*

La Dirección, a la par que recurre a la actualidad como criterio interpretativo para prescribir una visión restrictiva de la prohibición, recuerda las Partidas, cuando nos dicen que «no querrían los omes rescibir de otra guisa los peños». El problema que aparentemente se ignora es que en la práctica, producido el pacto *in contenti*, lo normal es que se mantenga oculto, o que simplemente se silencie la finalidad de garantía para conseguir una cómoda inscripción y quedar bajo la salvaguardia de los tribunales. Es más, me atrevería a decir que esto es lo que ocurre con la mayor parte de las opciones y ventas en garantía; y la propia Dirección se extraña en la resolución de 30

de junio de 1987 de que se confiese abiertamente la función de garantía asignada a la compraventa «cuando en los supuestos ordinarios se hace figurar un precio».

Por otra parte, la existencia de un sistema registral inmobiliario contribuye ciertamente a paliar alguna de las desventajas que en otro caso sería imputable a los derechos sin contacto posesorio, a la par que se asegura la pervivencia del derecho pendiente de realización. Pero, aunque ello disminuya el interés por el llamado pacto comisorio autónomo, no justifica trocar una supuesta interpretación restrictiva de la prohibición, cuando alcanza a derechos sin constancia registral como la prenda. Es igualmente curioso que se haga alusión a la posible infravaloración de las cosas dadas en garantía, por cuanto como, desgraciadamente, la experiencia demuestra, esta es la fatal consecuencia de las subastas judiciales.

Pero lo grave es que al favorecer una interpretación extensiva de la prohibición, se corre el riesgo por negar la apropiación de negar también la garantía en contra del criterio reflejado en el artículo 1.884, que, pese a decretar la nulidad del comiso, legitima al acreedor para pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble.

Ahora bien, no es esto lo que quiere decir la Dirección General, aunque otra cosa pudiera deducirse de la nulidad predicada para el pacto comisorio autónomo en la resolución de 10 de junio de 1986; lo que se pretende significar es que no puede por su intermedio conseguir el acreedor la apropiación proscrita en los artículos 1.859 y 1.884 del Código civil; de otro modo carecería de sentido la resolución de 30 de junio de 1987, que no anula la garantía, aunque se oponga, en función de ésta, a la existencia de transmisión dominical.

b) El criterio interpretativo del Tribunal

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, al tratar del *fiducia cum creditore*, no está acorde con el de la Dirección General de los Registros. El Tribunal Supremo omite significativamente toda referencia a la prohibición de comiso, que implícitamente excluye al corroborar que tanto la opción como la venta en garantía están amparadas en el 1.255 del Código civil y por tanto no son contrarias a una Ley prohibitiva (art. 6.3 del Cc.).

Esta diferencia no se supera por la referencia de la resolución de 30 de junio de 1987 a la Sentencia de 19 de mayo de 1982, a pesar de que la Sentencia de 8 de marzo de 1988, tras recoger con ánimo conciliador las precedentes de 19 de mayo y 2 de junio de 1982, así como la de 6 de abril de 1987, cuide de precisar en esa misma línea que semejante doctrina «tampoco pugna con el criterio de la Dirección de los Registros y del Notariado, a efectos de no inscripción

de una escritura en la que se otorga un contrato con la denominación de venta en garantía».

El hecho cierto es que las Sentencias —que la anteriormente mencionada intenta concordar—, silencian todas la prohibición del comiso. Por lo demás, no se puede ignorar que el criterio jurisprudencial reflejado en la Sentencia de 19 de mayo de 1982 va más lejos que el recogido en las Sentencias de 2 de junio de igual año y 6 de abril de 1987.

Es verdad que se atiende a problemas distintos; la Sentencia del 19 de mayo contempla la situación del bien respecto del fiduciante quebrado, mientras la de 2 de junio de 1982 alude al derecho de retención sobre la cosa correspondiente al fiduciario, y la de 6 de abril a la cauducidad de la opción concedida al deudor para recuperar la cosa dada en garantía.

El punto de coincidencia de todas estas Sentencias se encuentra en la invocación del artículo 1.255 en orden a la licitud de la operación, reforzada incluso por la alusión en la Sentencia de 19 de mayo de 1982, al artículo 2-3 de Ley Hipotecaria, negando que pueda motejarse al contrato «cual ficticio, aparente o disimulado por ser real y existente y querido por las partes...»

La discordancia aparece en el momento en que se tratan de concretar los efectos de la relación constituida.

La Sentencia de 19 de mayo de 1982, señala que «es justamente en la causa del contrato fiduciario donde hay que alojar la limitada eficacia real de la venta en garantía, que no puede oponerse al fiduciante, por no haberse operado una verdadera transmisión, del dominio *inter partes*, «por lo que no puede accederse a la pretensión del fiduciario de que la finca quede en su patrimonio, y no en la masa de la quiebra del fiduciante».

La Sentencia de 2 de junio de 1982, insiste en la validez de la venta en garantía y añade que en tanto no se devuelva el préstamo el fiduciario está asistido de un —ius— o *titulus retinendi*, que no permitirá que se le imponga la restitución, al no haber un simple préstamo, sino un contrato que entraña mayores efectos, pues ocasiona una transmisión basada en la buena fe. Esta Sentencia alude a la existencia de una transmisión pero no dice que ésta sea dominical.

El paso a la transmisión dominical se da en la Sentencia de 6 de abril de 1987. Esta Sentencia se refiere a una operación compleja en la que el préstamo se garantizó con una compraventa en favor del acreedor reservando al deudor una opción contra pago de lo prestado. Tras citar y recoger el criterio contenido en la Sentencia del 2 de junio de 1982 señala que «*de acuerdo con tal doctrina* no cabe estimar... que el fiduciante siga siendo dueño de la cosa, siendo el contrato fiduciario un mero instrumento para articular en la práctica la obligación del fiduciario de reponer formalmente a aquél en la posesión de la cosa, sino que por el contrario *se ha operado una*

auténtica transmisión de la cosa basada en la buena fe y con atribución dominical al fiduciario». Por consiguiente, niega que haya que restituir la cosa, caducada la opción del fiduciante.

En esta misma línea la Sentencia de 20 de mayo de 1896, atinente a un préstamo con opción de compra otorgada al acreedor en función de garantía, que considera perfectamente válida y acorde incluso al artículo 14 del Régimen Hipotecario, siquiera se aparte de la tesis del negocio fiduciario esgrimida por el recurrente, a pesar de su validez y licitud (SS. de 28 de enero de 1946, 3 de mayo de 1955 y 9 de diciembre de 1981), por estimar que semejante calificación requiere que la función de garantía no se exteriorice.

Aunque no estoy de acuerdo en la trascendencia calificatoria que atribuye al carácter tácito o expreso de la función de garantía, esta Sentencia, en lo que atañe a los contratos de garantía, se incardina en la línea de las anteriores al sancionar la licitud o validez de la opción en garantía y en comunión, concretamente con la Sentencia de 6 de abril de 1987, al no oponer ninguna cortapisa al ejercicio de la opción, en contraste con la resolución que recaería veinte días después.

c) Nuestro criterio sobre el particular

La oposición existente entre la Dirección General y el Tribunal Supremo a la hora de invocar la prohibición del comiso se debe resolver tomando como pauta las acertadas palabras de Puig Brutau (32): «el justo rigor de estas reglas no permite olvidar sus límites. Es preciso no confundir esta prohibición del pacto comisorio con la posibilidad de convenir una verdadera compraventa, aunque sometida a la condición de que el deudor deje de pagar la deuda existente. Pero es igualmente preciso evitar que un verdadero pacto comisorio quede desfigurado bajo la apariencia de una compraventa».

La advertencia del insigne civilista pone de relieve la necesidad de guardar el adecuado equilibrio en la materia. Ahora bien, el equilibrio se mantiene paso a paso. Esto pueden hacerlo los tribunales, asegurándose de la auténtica naturaleza de la relación en cada caso. Por el contrario, la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros se produce en términos más limitados: los actos inscritos no deben arrojar dudas acerca de la extensión de sus efectos. Por ello debe constar con claridad cuál es la función que están llamados a desempeñar, si de garantía o atribución dominical, o bien si ambas cosas; aunque, en este caso, a fin de evitar que el pacto comisorio quede desfigurado bajo la apariencia de una compraventa, será nece-

(32) *Fundamentos del Derecho civil*, 3.^a ed. Bosc, 1983, p. 19.

sario perfilar con claridad el tránsito de la garantía a la atribución dominical, mediante el establecimiento de un procedimiento objetivo para determinar el valor de la cosa. En rigor todo lo anterior no es sino consecuencia del principio de especialidad que claramente late en el trasfondo de la resolución de 30 de junio de 1987.

La diferencia entre el plano civil y el registral puede justificar que el contrato atípico de garantía civilmente válido no sea inscribible. Posiblemente sea esta la explicación del por qué la Sentencia de 8 de marzo de 1988 considera que no hay pugna entre la doctrina propia y la de la Dirección.

Pero entonces resulta excesivo que se oponga como defecto para llevar a cabo la inscripción una prohibición que impone la nulidad del pacto. De hecho el camino es recurrir al principio de especialidad: al mezclar la función de garantía con la atribución dominical no queda suficientemente definida la voluntad de los particulares y ello puede provocar una apropiación, que disimule o disfrace un auténtico pacto comisorio. La exigencia de claridad no postula, sin embargo, la exclusión registral de toda opción o venta en garantía. El otro camino, en cambio, aplicación extensiva de la prohibición, implicaría el cierre registral en todo caso.

Por ello estoy en desacuerdo con la Dirección al extender el pacto comisorio a todos los contratos que cumplan una función de garantía. El problema, como demuestra atinadamente la Sentencia de 19 de mayo de 1982, se sitúa con carácter previo, en el alcance de la causa de garantía, en su insuficiencia para provocar una transmisión dominical plena. El tema —y esta es la única manera de conciliar la jurisprudencia del Tribunal Supremo— se desplaza a la suficiencia o no de la causa; si no hay transmisión dominical no puede hablarse de comiso por falta de presupuestos; si hubo, junto a la garantía una transmisión dominical, habría que delimitar si la apropiación fue por falta de pago de la deuda (art. 1.884) o si esta circunstancia fue únicamente el presupuesto para una auténtica compraventa. En el primer caso habrá comiso; en el segundo, no. En caso de duda, al no venirse en conocimiento de la intención de las partes el pacto habrá de considerarse nulo conforme al 1.289-2 del Código civil. Ante semejante situación registralmente debe despejarse toda duda por cualquiera de los procedimientos que se dirán, al ocuparnos de la realización de la garantía.

2) *La realización de la garantía*

El planteamiento de esta cuestión presupone la previa revelación de la *causae fiduciae*. De acuerdo, por otro lado, con lo expuesto anteriormente presupone también una estricta función de garantía, sin que tenga aplicación esta problemática en aquellos casos en los que la garantía ceda el sitio a una auténtica transmisión dominical.

En este extremo el punto de vista que sigue de las Sentencias de 20 de marzo de 1986 y de 6 de abril de 1987, parece inclinarse hacia la realización automática o consolidación dominical plena por razón del simple incumplimiento.

No es este, por el contrario, el criterio que se deduce de la Sentencia de 19 de mayo de 1982 en la medida en que declara «que no puede accederse a la solicitada incorporación al patrimonio del fiduciario, por modo definitivo del derecho de propiedad sobre la finca objeto de la compraventa, ya que no fue ésta la finalidad perseguida, sino que se quiso sólo garantizar la efectiva devolución de lo percibido. De modo que acceder a lo pretendido significaría en el fondo atribuir al contrato una calificación diferente de la que se acomoda a su verdadera naturaleza jurídica y vender en abierta pugna con la reconocida voluntad de las partes, lo que no puede tener acogida en el terreno de la ética ni de la legalidad de que aquélla es fuente, cual aconteciera si se admitiera la incorporación al propio patrimonio, sin traba alguna, de lo que se trató como mera garantía...»

Es efectivamente en esta fase de realización de la garantía donde puede plantearse como hace la resolución de 30 de junio de 1987, el problema de una posible apropiación sin causa. No se incurre en el comiso porque no se produce la apropiación correlativa. Ahora bien, si no hay consolidación dominical inmediata al incumplimiento, ¿cómo actúa la garantía?

Según la Sentencia de 2 de junio de 1982 el fiduciario seguirá gozando de un *ius retinendi* frente al fiduciante. Se tratará de un derecho de retención con una limitada eficacia real.

Pero, ¿podrá el fiduciario realizar la garantía? El artículo 1.858, cuando afirma que es de «esencia a estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas dadas», se refiere a la prenda y a la hipoteca solamente. «Esta cuestión, la existencia o no de un derecho de realización de valor, añadido al *ius retinendi*, va a depender de la voluntad de las partes. Supuesta esta voluntad, que será lo normal, el problema del comiso puede entrar en juego en orden a la eficacia del pacto que permita la consolidación dominical *ipso iure*. En este punto habría que recordar sin solución de continuidad lo expuesto por Puig Brutau sobre el comiso disfrazado o solapado en un contrato atípico de garantía. Es, en este sentido, como a nuestro modo de ver debe interpretarse la prohibición, no como obstativa del contrato, sino de la realización automática del derecho adquirido. Diferenciación que se percibe o vislumbra con mayor nitidez en la resolución de 30 de junio de 1987, que en la de 10 de junio de 1986.

Así puestas las cosas, hay que iniciar la búsqueda de un procedimiento de realización de valor. Puig Brutau (33) acude en el caso

(33) *Op. y loc. cit.*, p. 378.

de la venta en garantía al artículo 1.872. Pero es penoso que haya la necesaria afinidad: ¿porque éste y no otro procedimiento distinto? Quizá porque es el único que se regula en el Código civil. Sin embargo, este argumento es pobre. En último término hay mayor razón de analogía con el 1.884-2, cuando establece en caso de comiso, que el acreedor «podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil el pago de la deuda o la venta del inmueble». Esta es la única solución posible a la falta de pacto.

Porque, la siguiente cuestión que se suscita inmediatamente al intérprete es, si cabe, escoger un procedimiento judicial determinado y lo que es más interesante sustituirlo por otro procedimiento objetivo de valoración.

En cuanto al primer extremo, ¿puede pactarse la aplicación del artículo 1.872 del Código civil?

En mi opinión se impone una respuesta afirmativa, que tiene sus precedentes en la reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección que admitió la extensión del artículo 1.872 a la hipoteca, que si hoy no es factible, no es en méritos del artículo 1.859, sino del carácter imperativo del artículo 234 del Régimen Hipotecario, del que adolecía, por ejemplo, el precepto correlativo del Reglamento de 1915, que salvaguardaba el principio de autonomía de la voluntad. De ello, se desprende que el hecho de que tales procedimientos sean imperativos proviene de sus concretas normas reguladoras, pero no del artículo 1.859 ni del 1.884.

Esto supuesto, no creo que haya base en la jurisprudencia comentada para negar virtualidad a semejante extensión. En todo caso, pudiera ser significativo que la primitiva referencia de la resolución de 10 de junio de 1986 abarcará el 1.872 del Código civil, mientras la resolución de 29 de septiembre de 1987 se constreñía a los artículos 234 y 235 del Régimen Hipotecario. Pero sería hilar demasiado fino, deducir por ello que en el caso de inmuebles no es predicable el 1.872 del Código civil, tanto más cuanto la indicación procedimental se hace al solo objeto de corroborar la prohibición del 1.859 y 1.884 del citado texto legal.

El segundo extremo, que hemos calificado como el más interesante es la posible elisión del procedimiento judicial.

De entrada, pienso que esta intervención puede suplirse con el consentimiento del propio deudor.

Así en el caso de la opción en garantía si el docente de la opción concurriera al otorgamiento de la escritura de compraventa, por sí o por medio de apoderado, al menos mientras este último no lo sea con carácter irrevocable (R. de 29 de septiembre de 1987, en conexión con la de 29 de octubre del mismo año).

No ignoro que a ello cabe oponer que el consentimiento quizá esté mediatizado por la creencia de que es un acto debido (este tipo de disquisiciones se contienen en la resolución de 20 de septiembre

de 1988, que niega valor al consentimiento prestado por los intereses, con carácter simultáneo, al acto realizado por un contador-partidor que se estralimitaba en su función). Pero a nuestro modo de ver, no hay por qué presumir viciado ese consentimiento ulterior, ya que es suficiente garantía el hecho de operar *ex intervallo* y, claro está, siempre que el ejercicio de la opción lleve aparejada la desaparición de la deuda.

Es aleccionadora en este sentido la interesante resolución de 16 de noviembre de 1902, que estimó no había comiso por el hecho de estipular en favor del acreedor hipotecario «que si transcurrido un año a contar desde la fecha, no se hubiera devuelto la cantidad prestada a doña..., ésta promete otorgar escritura pública de venta en favor de su acreedor de las dos fincas descritas por la cantidad de 4.000 pesetas, de las que descontadas las 3.300 del préstamo, vendría obligado a pagar 700 pesetas». Para ello argumentaba que: «si el deudor puede legalmente vender al acreedor la finca hipotecada, lo cual no ha sido nunca puesto en duda, no hay razón de ninguna clase para que no pueda del mismo modo otorgarle promesa de venta», cuando «lo que se prohíbe es la apropiación de las cosas hipotecadas... lo cual no es lo mismo que la promesa de venta».

Me parece acertado el razonamiento y francamente injusta la referencia que se le hace por la resolución de 10 de junio de 1986 para situarla entre las partidarias de reconocer efectos al pacto comisorio, cuando lo que se sostiene precisamente es lo contrario, que no hay ningún pacto de esa especie.

Y es que el negar esta posible ejecución voluntaria de la opción por el concedente, sería efectivamente inconciliable con el criterio que ya sancionara la resolución de 9 de febrero de 1901, cuando reputó válida la venta ulterior de la finca hipotecada al acreedor pese a haber sido estipulado como precio el importe de la deuda hipotecaria, porque «no se trataba de ningún acto de apropiación..., sino de venta del deudor, que es el que dispone...»

Finalmente, puede pensarse en la inserción de un procedimiento objetivo que fije el valor de las cosas transmitidas. De esta manera se excluirá caer en el riesgo que se pretende evitar. Un procedimiento de esta suerte es el reflejado en el Digesto 20-1, 16, 9, por obra de una interpolación en un texto de Marciano, de la frase *iusto pretio tuc aestimandum*, posibilidad conocida en la tradición jurídica con el nombre de pacto marciano y que recogían las Partidas al sancionar la validez de una valoración por *omes buenos*.

En este orden de ideas, creo que será válida la apropiación cuando la cosa haya sido valorada objetivamente. Piénsese en el caso de acciones cotizables, de viviendas de protección oficial (con valoración obviamente tasada) o en la determinación del valor por peritos, o por referencia, artículo 1.448 del Código civil a un determinado día, feria o mercado. En todos estos supuestos me parece lícita la apropiación.

ción; sobre todo, si la valoración se practica en el momento de la realización. Pero, aun cuando se hubiere verificado anticipadamente, con arreglo a estos procedimientos objetivos, me inclino por su validez, porque en último término la cuestión se desplaza a la absorción de las plusvalías, y es perfectamente posible y hasta lógica, cuando la valoración se hace por anticipado, que el riesgo de la pérdida o beneficio recaiga en aquel que se quede con las cosas.

El derecho de opción (*)

Por MARIA YSAS SOLANES

Bellaterra, junio de 1986

SUMARIO: I. *Introducción y funciones:* 1. Introducción. 2. Funciones de la opción. 2.1. La opción como instrumento de acceso a la propiedad o a otros derechos. 2.2. La opción como garantía. 2.3. La opción como sustitutivo del pago. II. *Concepto, clasificación y constitución de la opción:* 1. Concepto. 2. Clasificación. 2.1. Opción real u obligacional. 2.2. Opciones voluntarias y opciones legales. 3. Constitución. 3.1. Bilateral. 3.2. Unilateral. III. *Perfección y eficacia del título constitutivo:* 1. Perfección del título constitutivo. 1.1 Contrato. 1.2. Donación. 1.3. Legado. 2. La eficacia de la opción. Su transmisibilidad. 2.1. Eficacia para el concedente. 2.2. Eficacia para el optante. IV. *El ejercicio de la opción. Efectos:* 1. Perfección del negocio optado. El ejercicio del derecho de opción otorgado en contrato. 1.1. La declaración de voluntad. Declaración de aceptación. 1.2. Diferentes tipos de aceptación. 1.3. Perfección y consumación del contrato. 1.4. Cumplimiento de las obligaciones. 2. El ejercicio del derecho de opción otorgado en negocio unilateral. 3. El ejercicio del derecho de opción. Objeto y cuestiones registrales. 3.1. Objeto. 3.2. La inscripción del ejercicio de la opción. 4. Efectos del ejercicio del derecho de opción.

I. INTRODUCCION Y FUNCIONES

1. Introducción

El presente trabajo sobre la opción tiene por objeto una aproximación a esta figura jurídica desde un punto de vista global y unitario

Global, porque si bien se distinguen los diferentes tipos de opción, por su naturaleza jurídica, constitución, objeto y finalidades, no se

(*) El contenido del presente escrito responde a la lección que expuse en el concurso de una plaza de profesor titular de Derecho civil, de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, el 26 de junio de 1986.

han utilizado estas distinciones como compartimentos estancos, en los que se encierran determinados supuestos perfectamente diferenciados. En efecto, la opción no es una institución cerrada y perfectamente delimitada, sino que a partir del momento en que se empieza a estudiar, aparecen una importante variedad de supuestos que se entrecruzan con otras instituciones, de forma que se ha creído conveniente evitar la excesiva clasificación.

Se ha dicho, también, que el criterio utilizado era *unitario*. Esta afirmación ha de interpretarse en el sentido de que la opción supone un derecho de preferencia, que es precisamente la característica común a todos los tipos de opción. Tanto si se trata de una opción legal de retorno arrendaticio (art. 81 LAU), como de una típica opción de compra pactada en contrato; porque, en definitiva, para el titular del derecho de opción lo importante es que deberá ser preferido frente a todos en la adquisición del objeto de la opción, cuando la ejercite.

Quizá, el enfoque apuntado diste bastante del utilizado normalmente en los estudios realizados sobre derechos de adquisición preferente, ya que la mayoría de las veces se parte de la ya clásica controversia de calificarlos como derechos reales o derechos de crédito. En concreto, para la opción de compra de inmuebles —una de las más corrientes—, esta distinción queda relativizada en función de la posibilidad de inscripción que ofrece el artículo 14 del Régimen Hipotecario, y como lógica consencuencia entrará en función la calificación, derivada de su eficacia frente a terceros:

- Opción inscrita, que no ha de ser necesariamente real.
- Opción no inscrita.

(Ahora bien, a pesar de la inscripción en el Registro de la Propiedad, parece ser que el trato dado a las opciones inscritas no es el mismo, según se trate de opciones reales u obligacionales.)

Con todo no se trata de justificar la no utilización de la distinción citada como base estructural de este trabajo, sino tan sólo, poner de relieve que el diferente enfoque es consecuencia de la visión dinámica que se intenta dar de la opción, apoyada en parte de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las Resoluciones de la Dirección General de Registro Notarial

La finalidad no es agotar el tema, sino tan sólo de constatar la operatividad de la figura, su vigencia y las tendencias evolutivas cara al futuro. Es una figura abierta, con un campo de aplicación amplio y evidentemente poco regulada.

2. Funciones de la opción

Las funciones del derecho de opción son múltiples. Básicamente puede hablarse de tres ámbitos propios de actuación:

1. La opción como instrumento adecuado para acceder a la propiedad, o a cualquier otro derecho.
2. La opción como garantía.
3. La opción como sustitutivo del pago.

2.1. *La opción como instrumento de acceso a la propiedad o a otros derechos*

En este primer supuesto pueden darse las siguientes variantes (algunas de ellas citadas por Lacruz):

1. Opción de compra sobre un inmueble, con la única finalidad de permitir al optante estudiar la posible operación durante un plazo de tiempo, generalmente corto.

2. Opción de compra sobre un bien inmueble, durante un plazo más largo, que permita al optante hallar el numerario suficiente para pagar. Es el caso típico de la compañía inmobiliaria que adquiere un terreno para edificar y la opción de compra del terreno contiguo, de forma que los beneficios generados por la comercialización de lo edificado en el primero sirvan para sufragar el precio del segundo.

3. Los contratos de arrendamiento con opción de compra, ejercitable durante el plazo del arrendamiento. Se trata de una posibilidad de acceder a la propiedad del bien arrendado, aunque algunas veces ha sido utilizado en arrendamientos urbanos como una forma de burlar la prórroga forzosa.

La Jurisprudencia ha contemplado infinidad de casos como el descrito, y el problema principal ha radicado en determinar el tipo de contrato de que se trataba.

Un caso típico es el resuelto en la Sentencia de 21 de octubre de 1974, en el que se presentaba una *opción de compra onerosa*, cuyo precio debía ser satisfecho a modo de canon mensual de mantenimiento, hallándose el optante en posesión de la finca. La duda surge en torno a la calificación del contrato como *arrendamiento* o como *opción de compra onerosa*. El Tribunal Supremo consideró, que se trataba de un precontrato de opción de compra, y que el desplazamiento posesorio era válido como pacto accesorio. Llegaba a esta conclusión en base al *principio de autonomía de la voluntad* (art. 1.255 Cc.), e interpretando las cláusulas del contrato (arts. 1.281 y ss y art. 1.091 Cc.), al que calificó como contrato mixto pero con unidad de fin, al no ser deducible la existencia de un contrato disimulado de arrendamiento. En consecuencia, caducada la opción, el optante deberá dejar libre el piso en cuestión.

4. Opción de compra sobre bienes muebles, incardinada en otro contrato de arrendamiento y como alternativa a otras posibilidades: el «leasing».

5. Opciones legales, destinadas a proteger a determinada categoría de sujetos en función de su posición respecto al objeto. Así, el derecho de retorno arrendaticio, el derecho de suscripción preferente de acces; etc.

2.2. *La opción como garantía*

La opción puede ser utilizada como garantía, en diferentes versiones:

1. El deudor concede al acreedor un derecho de opción sobre un inmueble, ejercitable durante un determinado plazo, por un precio igual o superior al préstamo que ha recibido. Se trata de una opción onerosa cuyo precio es igual o superior al préstamo que naturalmente se comportará como parte del precio cuando se ejercite la opción. Aquí se parte de la base de que el prestamista optante tiene un interés en el negocio de compra y adelanta parte del precio.

2. El deudor concede al acreedor un derecho de opción sobre el inmueble, por determinado plazo pero el importe del crédito es igual al valor del inmueble. Roca Sastre (1) plantea este supuesto: si el deudor grava o enajena la finca a un tercero, llegado el momento de ejercitar la opción el acreedor-optante deberá depositar el importe de la opción de forma que habrá de pagar otra vez, porque el Juez ordenará suspender el curso del procedimiento mientras no se realice la consignación. Por tanto, la garantía no existe.

Ahora bien, si no hay transmisión, ni gravámenes la garantía funcionará perfectamente.

3. El deudor vende al acreedor un inmueble y este último concede al primero una opción de compra por un plazo determinado ejercitable por un precio superior al pagado por la venta (que engloba capital e intereses), que en realidad ha actuado como préstamo. Es posible además pactar un arrendamiento a favor del vendedor optante (es un sistema similar —no igual— a la compraventa con pacto de retro o retracto convencional).

Un supuesto parecido fue tratado en la Sentencia de 25 de abril de 1972, en la que el vendedor se hallaba en una situación de angustiosa falta de liquidez, y el precio a pagar al ejercicio de la opción era tres veces el importe recibido, teniendo en cuenta que el plazo para dicho ejercicio era de cinco años, los intereses del crédito suponían el 30 por 100 anual.

El Tribunal Supremo estimó que se trataba de un contrato de préstamo con sus garantías y con intereses desproporcionados; disimulado bajo la apariencia de un contrato de compraventa, uno de opción de compra y otro de arrendamiento.

(1) ROCA SASTRE, Ramón María: *Derecho Hipotecario*, tomo III, Barcelona, 1979, p. 545.

Estos dos últimos sistemas de garantía real, pretenden ser más efectivos y baratos que la hipoteca, burlando el pacto comisorio. En caso de aflorar la verdadera naturaleza del contrato, serán de aplicación las normas correspondientes, y si hace al caso, la Ley de Usura.

Ahora bien, en cuanto al pacto comisorio, un sector de la doctrina representado por Albaladejo (2) cree que no afectará si la valoración de la cosa se ha hecho con criterios objetivos (dice: se arregla considerando que en estos casos no hay pacto comisorio).

2.3. *La opción como sustitutivo del pago*

Otra posible función de la opción es considerarla apta para ser *sustitutivo del pago*, de la misma forma que puede serlo la *dación en pago*.

En este caso el deudor concede al acreedor una opción de compra sobre un bien. Esta puede ser gratuita u onerosa. Es onerosa cuando el precio fijado para la opción se compense con el crédito. Si es gratuita el importe de la deuda se rebajará del precio real del bien en el momento del ejercicio de la opción.

En ambos supuestos el precio a pagar al ejercitar la opción es inferior al valor real del bien, porque la diferencia es precisamente el importe de la deuda. De tratarse de una deuda de un importe igual o superior al precio del bien, no tendría sentido otorgar opción de compra, mejor sería ceder el bien directamente (a no ser que se tratara de una cosa futura —un inmueble en construcción—, en cuyo caso sí que podría funcionar la opción, como condición suspensiva de finalizar la obra).

Aunque no se ajuste exactamente al esquema propuesto la Sentencia de 24 de septiembre de 1985, contempla un caso parecido.

La constructora «Cotos, S. A.», demandó a «Mulhacen, S. A.», sobre ejercicio del derecho de opción de compra. Los hechos son los siguientes: «Cotos, S. A.», construyó por cuenta de «Mulhacen, S. A.», dos inmuebles; en un momento posterior «Mulhacen, S. A.», reconoció su deuda a «Cotos, S. A.», para cuyo pago se pactó un derecho de opción de compra a favor de esta última. Más tarde ambas sociedades pactaron que la parte responsable («Cotos, S. A.») debería proceder al saneamiento por vicios observados en uno de los edificios.

Cuando «Cotos, S. A.», ejerció la opción, «Mulhacen, S.A.», opuso reconvencción por incumplimiento del último acuerdo, es decir, saneamiento de los vicios del edificio. «Cotos, S.A.», fue condenada a sanear y «Mulhacen, S.A.», a otorgar las escrituras de compraventa.

(2) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho Civil*, tomo III, vol. II, Barcelona, 1977, p. 233.

En cuanto al tema que nos ocupa, es claro que se admite el pacto en virtud del cual la opción de compra actúa como equivalente del pago (1.255 Cc.); en este caso la opción era sobre dos apartamentos, a cambio del crédito que ostentaba la constructora contra la contratante en virtud del contrato de obra. El montante adecuado actuaba como precio de la opción, por tanto, opción onerosa, y como precio de la compraventa a la que sólo había que añadir en el momento del ejercicio del derecho una pequeña cantidad.

En realidad actúa como un supuesto de dación en pago (pro soluto —por el total o por parte de la deuda—), con la particularidad de que el cobro efectivo de la deuda, es decir, la satisfacción del derecho del acreedor, exige una actividad por su parte: el ejercicio de la opción. Con el riesgo, en consecuencia, de la caducidad del derecho por su no ejercicio.

Los supuestos citados hasta aquí como posibles funciones de la opción, no son los únicos; sólo se ha pretendido trazar diversas líneas y ver cómo este derecho discurre por ellas, amoldándose a distintas situaciones.

II. CONCEPTO, CLASIFICACION Y CONSTITUCION DE LA OPCION

1. Concepto

En principio, definiremos a la opción como un derecho de adquisición preferentemente, que confiere a su titular la facultad de adquirir determinado bien o derecho en las condiciones establecidas previamente.

La primera cuestión que se plantea es determinar qué tipo de derecho es la opción. Parte de la doctrina la ha considerado como un derecho potestativo, frente a otro sector que la califica de derecho subjetivo (3).

De Castro, nos dice que:

1. El derecho subjetivo es un poder confiado a un miembro de la comunidad que le confiere *una posición de superioridad*. Esto supone:

a) Un *poder sobre una situación jurídica*. El acto del titular puede afectar a la substancia del derecho subjetivo, transmitiendo, reduciendo o limitando el derecho.

(3) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, p. 346. DÍEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, Madrid, 1983, p. 285. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho Civil*, tomo III, vol. II, p. 330. LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil*, tomo I, vol III, Barcelona, 1984, p. 91. En contra, DE CASTRO BRAVO, Federico: *Derecho Civil de España*, Madrid, 1984, p. 606, nota 1. SERRANO ALONSO, Eduardo: *Notas sobre el derecho de opción*, «RDP», 1979, p. 1113.

b) *Licitud de los actos realizados dentro de la esfera concedida.* El titular tiene un ámbito de libre ejercicio dentro del cual puede realizar modificaciones en el objeto y permitir que participen en él otras personas.

2. El derecho subjetivo es una *situación de poder concreto*:

a) Es un *centro de unificación de facultades*. La unidad típica del derecho subjetivo le hace adquirir un nuevo valor: el de «situación jurídica» unitaria. Con ello se satisface la necesidad técnica de dar un asiento a los distintos haces de facultades, y la social de impedir la atomización de los poderes jurídicos y asegurar la estabilidad de las situaciones.

b) Los derechos subjetivos constituyen *unidades independientes*, pero siempre están *dentro de una relación jurídica*, existen como elementos y manifestación externa de una relación jurídica; *pero sólo se puede hablar de derecho subjetivo cuando éste aparece independizado exteriormente, abstrayéndose la relación, para tener propio significado en el tráfico jurídico y poder a su vez servir de base segura a otros poderes o derechos subjetivos secundarios*. De ahí:

- Hay que distinguir entre la relación jurídica y el derecho subjetivo que de ella se deriva.
- Mientras el derecho objetivo no independice por completo el derecho subjetivo de la relación básica, aquél continuará matizado por ésta.

Es cierto que el titular del derecho de opción tiene una *posición de superioridad*. Su actuación puede producir la extinción de la opción, la transmisión de la misma (en ciertos supuestos); y la no actuación, su caducidad.

La opción es una *situación de poder concreto*. Veamos:

1. El contenido del derecho de opción supone la posibilidad de hacerse transmitir un determinado bien lo que conlleva como contrapartida que el concedente no podría disponer del mismo, hasta que se ejercite la opción o caduque.

2. El contenido del derecho supone la posibilidad de que el titular del mismo se haga transmitir un bien, de quien sea propietario del mismo en el momento de ejercitar la opción. No se da ninguna limitación el poder de disposición del concedente para la transmisión del bien, ni en principio tampoco para la transmisión del derecho de opción.

Se ha dicho que los derechos subjetivos constituyen *unidades independientes*, pero siempre dentro de una *relación jurídica*. En este aspecto el derecho de opción se ajusta perfectamente al esquema en cuanto a la situación dentro de una relación jurídica. Ahora bien, en cuanto a *unidad independiente*, es discutible en ciertos supuestos. Piénsese, por ejemplo, en determinadas opciones legales.

De lo dicho se deduce que es necesario tener en cuenta como mínimo dos notas:

1. El derecho de opción no es una figura típica, con una única naturaleza jurídica y con unas funciones determinadas.

2. Como consecuencia de lo anterior calificar el derecho de opción en general como derecho subjetivo, puede no ser acertado en ciertos casos, ya que dependerá del supuesto concreto que se dé. Tomemos, por ejemplo, por un lado el derecho de retorno de la Ley de Arrendamientos Urbanos, mediante el cual el arrendatario puede optar a retornar al inmueble reconstruido, y por otro el derecho de opción de compra sobre un inmueble, concedido como derecho real e inscrito en el Registro de la Propiedad. En el segundo supuesto la opción reúne los requisitos de un derecho subjetivo, mientras que en el primero da la impresión de que la opción *se parece más* a una simple facultad.

Si este razonamiento es correcto determinados casos de opción (en especial las opciones legales) no reúnen los requisitos necesarios para ser calificadas de derechos subjetivos. Luego habrá que determinar qué son.

Tradicionalmente se han configurado como *derechos potestativos, poderes jurídicos de formación o de modificación jurídica*, una serie de situaciones intermedias entre las facultades jurídicas y los derechos subjetivos, que De Castro define como, «derechos que dan la posibilidad de actuar sobre una situación jurídica, mediante una declaración de voluntad o un acto».

El problema de esta categoría de derechos, es que engloba fenómenos muy dispares, tales como la ocupación de cosas abandonadas, el derecho a cazar o pescar, el aceptar una herencia, revocar, confirmar, impugnar, rescindir, etc. En este sentido puede decirse que si el derecho potestativo supone la posibilidad de alterar una situación jurídica, no habrá prácticamente ningún derecho subjetivo que no encierre la posibilidad de alterar una situación jurídica (4).

En el Tratado de Ennecerus-Kipp-Wolff (5), cuando se hace referencia a los derechos reales de adquisición, se dice que son gravámenes de una cosa, que otorgan al titular el derecho a convertirse en propietario, y se subdividen en tres clases:

- *Meros derechos potestativos*, de modo que el titular adquiere la propiedad mediante un acto unilateral (toma de posesión) o mediante un acto propio unido a un acto oficial (instancia de inscripción e inscripción). A esta clase pertenecen los derechos de apropiación (caza, pesca, minas, el derecho de apropiación de inmuebles nullius y otros).
- *Gravámenes que sólo producen pretensiones de transmisión*, sean de derecho privado (tanteo) o público (derecho de expropiación).

(4) DE CASTRO, F: *Derecho Civil de España*, Madrid, 1984, p. 605.

(5) ENNECERUS-KIPP-WOLFF: Tomo III, vol. I, Barcelona, 1970, pp. 19 y ss.

— Derechos que *otorgan una expectativa de adquisición de la propiedad*, y en ésta se transforman sin acto jurídico alguno.

De acuerdo con esta orientación los derechos de adquisición estarían incluidos en la segunda categoría: «*pretensiones de transmisión*» y son derechos reales, con lo cual no hallamos la solución al problema planteado (no se corresponde, aquí se habla de derechos reales y nosotros nos hallamos a medio camino entre facultad y derecho).

De lo dicho hasta aquí, podemos hacer las siguientes consideraciones:

1. Las figuras que se califican como derechos potestativos son diversas, no existe un criterio unitario en cuanto a determinar cuáles están incluidas en esta categoría.

2. Si seguimos el enfoque dado, resulta que los derechos potestativos, no se hallan entre las facultades y el derecho subjetivo, sino que pueden ser derechos reales y como tales subjetivos y además derechos potestativos.

3. De ello se deduce que la aplicación del calificativo de derecho potestativo se realiza en diferentes sentidos. Al menos en dos:

— Como un derecho que no llega a ser un derecho subjetivo porque no goza de la independencia típica de éste.

— Y para indicar que el ejercicio del mismo es facultad exclusiva del titular que puede ejercitarlo a su arbitrio dentro del plazo de duración del mismo, pero no afecta a la naturaleza del derecho de adquisición, que puede ser personal o real, voluntario o legal.

En definitiva el derecho de opción, será un derecho subjetivo (en la inmensa mayoría de los casos) o un derecho potestativo —entendiendo como tal el primer criterio dado: derecho que no goza de la independencia típica del derecho subjetivo (generalmente opciones legales)—. Ahora bien, siempre será un derecho potestativo si consideramos que tal supone el ejercicio del derecho por parte del titular sin necesidad de que intervenga nadie más.

2. Clasificación

2.1. *Opción real u obligacional*

La opción de compra tendrá naturaleza real y obligacional, según como se haya establecido en el título de constitución.

La posibilidad de la opción real, es recogida actualmente por la doctrina (6) de manera casi absoluta, incluida en los derechos reales

(6) ALBALADEJO GARCÍA, M: *Derecho Civil*, tomo III, vol. II, p. 329. LACRUZ, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, vol. II, Barcelona, 1980, pp. 234 y ss. PEÑA, B. Q., M: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, p. 348.

de adquisición preferente. En este sentido es muy clara la resolución de la Dirección General de Registro Notarial, de 13 de diciembre de 1955, en la que se afirma que: «En derecho español la opción puede configurarse como derecho real si así lo convienen las partes en cuyo caso produce para el optante el efecto de poder ejercitar en su derecho contra el dueño de la finca o contra cualquier posterior adquirente y para el titular registral del inmueble el de disponer del mismo o gravarlo, pendientes estos actos de la condición resolutoria del posible ejercicio del derecho de opción por su titular...»

El caso típico real es el derecho de opción de compra sobre bienes inmuebles. Sin embargo, la configuración de este derecho ha provocado ciertas discusiones. En efecto, el derecho de opción es inscribible en el Registro de la Propiedad, si reúne los requisitos establecidos en el artículo 14 de Régimen Hipotecario, a saber:

- a) Convenio expreso de las partes para su inscripción.
- b) Precio estipulado para la adquisición de la finca, y en su caso el de la opción.
- c) Plazo de ejercicio de la opción que no podrá exceder de cuatro años (excepto en el caso de arriendo con opción de compra).

La opción inscrita goza de efectos frente a terceros y tiene la protección del Registro. Como se ha dicho, la opción puede ser real y obligacional, pero para su inscripción son posibles dos vías:

1. Las opciones inscritas a través del artículo 14 del Régimen Hipotecario tienen siempre naturaleza obligacional y de ahí los requisitos exigidos en dicho artículo. En cambio las opciones reales no han de pasar por el artículo 14 del Régimen Hipotecario para su inscripción, ya que tienen entrada en el Registro de la Propiedad a través de los artículos 1 y 2.2 de la Ley Hipotecaria.

2. El artículo 14 del Régimen Hipotecario admite la inscripción de cualquier opción prescindiendo de su naturaleza (real y obligacional) mientras reúna los requisitos necesarios.

En este sentido, Roca Sastre (7) entiende que el derecho de opción a que se refiere el artículo 14 de la Ley Hipotecaria tiene la naturaleza de derecho personal extrañamente inscribible, en tanto que el derecho de opción puede implicar, si no exactamente un derecho real, sí un gravamen o carga real, inscribible como tal, por hallarse comprendido en la amplia fórmula de los «demás derechos reales sobre inmuebles» que emplean los artículos 1.1 y 2.2 de la Ley Hipotecaria.

Este mismo criterio parece que es el seguido por la Resolución de la Dirección General de Registro Notarial de 7 de diciembre de 1978, cuando afirma que: «la distinción entre opción constituida como derecho real y el contrato de opción inscribible conforme al artículo 14 del Reglamento sólo tiene trascendencia a efectos de determi-

(7) ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho Hipotecario*, tomo III, p. 547.

nar los requisitos de la inscripción, ya que el derecho real se inscribe sin más, sin los requisitos del artículo 14 del Régimen Hipotecario...»

Por su parte la Ley 461.1 del Fuero Nuevo de Navarra, recoge la figura de la opción real, que puede establecerse por un plazo máximo de diez años, de forma que su entrada en el Registro de la Propiedad, no se puede dar a través del artículo 14 del Régimen Hipotecario, que limita el plazo a cuatro años.

Según Lacruz (8), a pesar de la citada Ley, sólo serán inscribibles las opciones hasta los cuatro años. Los derechos no inscribibles plantearán el problema de la falta de publicidad. Evidentemente este autor no está de acuerdo en que si la opción se configura como real, es posible su inscripción en el Registro de la Propiedad a través de los artículos 1.1 y 2.2 de la Ley Hipotecaria.

Todas estas consideraciones llevan a concluir que los derechos de opción inscritos en el Registro de la Propiedad a través del artículo 14 del Régimen Hipotecario, son de naturaleza personal, porque las opciones reales, tanto si reúnen los requisitos del citado artículo como si no, tendrán entrada en el Registro por los artículos 1.1 y 2.2 de la Ley Hipotecaria. Lo cierto es que las opciones inscritas tienen efectos frente a terceros, independientemente de su naturaleza jurídica y de la vía de acceso utilizada para la inscripción.

2.2. Opciones voluntarias y opciones legales

La constitución voluntaria de una opción es perfectamente válida en virtud de los artículos 634; 668.1 y 1.255 del Código civil, ya sea a través de un negocio bilateral o unilateral, *inter vivos o mortis causa* (9). Son precisamente las opciones voluntarias las que en mayor medida operan dentro del tráfico jurídico. Ahora bien, esta realidad (véase la abundante jurisprudencia sólo en el año 85: SS. de 9-2-85, 12-3-85, 14-6-85, 26-6-85, 24-9-85, etc.) no excluye la posibilidad del derecho de opción legal.

La opción legal es una figura que se encuentra regulada en nuestro ordenamiento, y supone que la Ley concede a determinadas personas, en función de cierta situación jurídica, una preferencia frente a otra u otras, para adquirir bajo ciertas condiciones un bien o derecho.

Pueden citarse como ejemplo:

- El supuesto contemplado en el artículo 81 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en virtud del cual cuando una finca deba derruirse para ser reedificada de nuevo, los arrendatarios, previas las formalidades establecidas en la Ley, tendrán un derecho de opción alternativo: retornar a la finca una vez recons-

(8) LACRUZ, J. L.: *Elementos*, tomo III, vol. II, p. 260.

(9) PEÑA, B. Q., M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, p. 348.

truida; otra vivienda adecuada a sus necesidades y posibilidades, que habrá de proporcionar el arrendador, o una indemnización. En realidad un derecho de opción en sentido estricto sólo se da en el derecho de retorno, ya que el arrendatario tiene preferencia frente a los terceros, para ocupar la finca correspondiente.

- El artículo 92 de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 18 de la Ley de Sociedades Limitadas, otorgan a los antiguos accionistas o socios de la sociedad el derecho de suscripción preferente en las ampliaciones de capital de dichas compañías, proporcional a su participación. (Sin embargo, en las Sociedades Limitadas, este derecho de los socios podrá ser excluido en la escritura social.)
- Otros supuestos de opción legal son los contemplados por los artículos 131.10, 11 y 12 de la Ley Hipotecaria y 235.6 del Régimen Hipotecario, otorgados en los procedimientos judicial sumario y ejecutivo extrajudicial, respectivamente, que conceden al acreedor la posibilidad de adjudicarse la finca en pago de su crédito.
- También se da un supuesto de opción legal, en la preferente adquisición por parte de un cónyuge de determinados bienes, en la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales (art. 1.406 Cc.)

Otra opción se da respecto del régimen económico a elegir para efectuar la liquidación de los gananciales en caso de nulidad del matrimonio y mala fe de uno de los cónyuges. En efecto, el otro podrá optar por la liquidación del régimen económico según las normas de los gananciales o del régimen de participación y el consorte de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias de su cónyuge (art. 1.395 Cc.)

En el caso de disolución de la sociedad de gananciales, por embargo de dichos bienes (y solicitud del cónyuge no deudor de que la traba recaiga sobre la parte del cónyuge deudor) se aplicará el régimen de separación de bienes, a no ser que el cónyuge no deudor opte en documento público, en el plazo máximo de tres meses, por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales (art. 1.374 Cc.)

Todos los casos presentados no ofrecen dudas sobre la calificación de opciones legales. Sin embargo, es posible que en determinados supuestos sea difícil determinar si se trata de una opción legal o voluntaria. Esta cuestión precisamente se plantea en el contrato de «leasing». Veamos:

En primer lugar, la figura del «leasing» se halla contemplada en los Reales Decretos de 15/1977, de 25 de febrero, y Real Decreto de 1669/1980, de 31 de julio, en los que se establece que «estas operaciones de arrendamiento financiero habrán de contener necesariamente una opción de compra a favor del arrendatario al término del

arrendamiento». Es decir, se trata de un arrendamiento con opción de compra.

Superada ya la época en que se tendía a considerar el «leasing» como una compraventa a plazos (S. de 28-3-78), actualmente se configura el «leasing» financiero como un contrato apto para la financiación de las empresas que recae sobre bienes de equipo que quedan integrados en el círculo de producción del usuario, con duración calculada en función del tiempo de vida económica y fiscal del bien de que se trata, y el cómputo del precio se hace de tal suerte que el importe total de las mensualidades satisfechas al término del contrato, más el llamado «valor residual» rebasan el *quantum* de la suma dineraria desembolsada como precio por la Entidad financiera y arrendadora, pues obviamente ha de abarcar la totalidad de los gastos causados por la operación, el pago de los impuestos y el correspondiente margen de beneficios para la compañía de «leasing», que ha desembolsado un capital importante (10).

De lo dicho deducimos que hay una diferencia importante entre el «leasing» y un arrendamiento con opción de compra que se establece sobre todo para la adquisición de inmuebles. Sin embargo, la diferencia no es tanto en relación al objeto de la opción, cuanto en la configuración del contrato. Es decir, antes de calificar la opción contenida en el «leasing» como legal o voluntaria, será necesario determinar cómo se incardina la opción en el llamado arrendamiento financiero.

Para ello ha de estudiarse atentamente si la opción de compra forma parte del tipo contractual «leasing». En efecto, en primer lugar, hay que analizar la estructura del «leasing».

La estructura del tipo contractual «leasing», está formada por los índices generales del tipo: consentimiento, objeto, causa y forma (11):

1. El «leasing» es un contrato, para la conclusión del cual es necesario un acuerdo de voluntades. Los sujetos deben reunir las condiciones establecidas por el artículo 22 del Decreto-Ley de 25 de mayo de 1977.

2. El objetivo del mismo, son los bienes de equipo, capital productivo y vehículos (art. 19 DL 25-5-77), que queden integrados en el círculo de producción del usuario, y los inmuebles que reúnan los requisitos establecidos por el Real Decreto de 31 de julio de 1980, artículo 1.

3. La causa es onerosa: el arrendatario ha de satisfacer una renta, en mensualidades, más el valor residual, y la Compañía de «leasing» pretende obtener un beneficio. Precisamente y para que se realice plenamente la función contractual, deberá conseguirse la causa fi-

(10) ADC, 1981-4, Jurisprudencia, S. 10-4-81.

(11) GETE-ALONSO, M. Carmen: *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona. 1981.

nal: facilitar la financiación y en su caso el acceso a la propiedad al arrendatario, y cerrar el círculo en el sentido, que el arrendador sólo puede obtener beneficio, si se queda definitivamente con el bien o si el arrendatario satisface el valor residual.

4. En cuanto a la forma, es escrita (art. 1.280 CC).

Si se trata de un contrato calificado por ciertas particularidades de la causa que configuran un tipo nuevo: el «leasing».

Si lo dicho es cierto, la opción y el arrendamiento, son dos figuras perfectamente integradas que forman este tipo contractual nuevo: el «leasing», regulado por la Ley. Por tanto deberíamos afirmar que el «leasing» contiene una opción legal.

Ahora bien, no es esta la única lectura que puede hacerse del contrato de «leasing». En efecto, en una segunda aproximación podemos distinguir diferentes fases:

Una primera, en la que el futuro usuario contacta con la empresa productora o distribuidora de los bienes que precisa.

Un segundo momento, en que el usuario encarga a la Compañía de «leasing», la adquisición de dichos bienes. Aquí se ha discutido si se trataba de un mandato o de un préstamo, sobre todo teniendo en cuenta que la propiedad de los bienes es de la Compañía de «leasing».

A continuación, dicha Compañía adquiere los bienes y los arrienda al usuario por un canon mensual, durante un plazo de tiempo determinado, finalizado el cual se establece una triple opción para el usuario:

1. Devolver los bienes dando por finalizado el contrato.
2. Establecer un nuevo contrato de «leasing», pero teniendo en cuenta para fijar la renta no el valor real de los bienes, sino el valor residual.
3. Una opción de compra a favor del usuario por el valor residual, que no ha de ser simbólico, sino real; ya que de lo contrario sería una compraventa a plazos.

De lo dicho cabe afirmar, que el arrendamiento financiero o «leasing», es un contrato que sólo puede ser celebrado por determinadas personas y su objetivo es limitado —bienes de equipo, capital productivo, vehículos y ciertos inmuebles— con la finalidad de promover la financiación de las empresas. Estas especialidades son suficientes para caracterizar este tipo secundario de arrendamientos: el arrendamiento financiero.

En cuanto a la opción de compra que generalmente contiene, no es un elemento esencial del contrato, no forma parte del tipo (la adquisición de la propiedad no es la causa final, sino la financiación de las empresas) y es voluntaria.

En efecto, el artículo 19 del Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977 sobre medidas fiscales y financieras, previene que: «A efectos de la presente disposición, constituyen operaciones de arrendamiento

financiero... Las mencionadas operaciones deberán incluir una opción de compra a favor del usuario al término del arrendamiento.» De lo que se deduce que, en caso de no incluir la mencionada opción, la única consecuencia es que no le será aplicable la normativa citada (12), pero esto no quiere decir que no sea un contrato de «leasing». Es más en algunos supuestos de maquinaria punta o de vehículos, generalmente se constituirá un nuevo «leasing», con nuevos bienes que incorporen los últimos adelantos, con lo cual la opción de compra no tiene sentido.

Creemos que esta segunda postura es la correcta, en función de la cual cabe afirmar que la opción de compra generalmente contenida en el contrato de arrendamiento financiero «leasing», es voluntaria, y que su inclusión en el mismo tan sólo supone la aplicación de determinada normativa para ciertas cuestiones, especialmente fiscales (RDL 25-5-77 RD 31-7-80 y RD 19-10-81). En estos casos, el arrendamiento y la opción, a pesar de ser dos contratos, forman parte de un sólo negocio. Es uno de los supuestos a los que Díez-Picazo denomina contratos coligados (13).

3. Constitución de la opción voluntaria

La opción se constituye por negocio *inter vivos* o *mortis causa* (14). Este negocio es el título constitutivo, que a su vez puede ser:

1. Bilateral, en cuyo caso estaremos en presencia de un contrato, que puede ser gratuito u oneroso.
2. Unilateral, por donación o legado.

3.1. *Bilateral*

Esta división que hemos establecido *a priori* debe ser justificada de forma conveniente, ya que la discusión, sobre todo en el caso de la opción de compra, de si se trata de una promesa uni o bilateral de un precontrato o de un contrato de opción, ha sido largamente tratada.

Cuestión previa es aclarar la distinción entre unilateralidad y bilateralidad de un negocio jurídico:

1. Un negocio es unilateral cuando sólo se da una declaración de voluntad y bilateral cuando su perfección exige dos declaraciones de voluntad, es decir, el mutuo acuerdo de las partes.

(12) CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: *Naturaleza del «leasing» o arrendamiento financiero*, «ADC», 1981, p. 62.

(13) Díez PICAZO, L.: *Fundamentos*, tomo I, p. 254.

(14) PEÑA, B. Q., M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, p. 348.

2. Si de un contrato nacen obligaciones para una sola de las partes es unilateral, y si nacen para las dos es bilateral.

Estos dos conceptos han sido usados indiscriminadamente a la hora de intentar explicar las diferencias entre promesa bilateral de compraventa y opción de compra, en especial por la Jurisprudencia; así en la Sentencia, ya clásica en la materia, de 23 de marzo de 1945.

Opción y promesa de compraventa

La citada Sentencia de 3 de marzo de 1945 intenta diferenciar opción de compra de promesa de compraventa. Propósito que no consigue al asegurar que, «la promesa de comprar y vender es bilateral y la opción rectamente entendida, aparte de su carácter preparatorio y consensual, es generalmente de condición unilateral, salvo el supuesto que en el caso litigioso no se da, de que el beneficiario de la opción haya de pagar una prima al que la otorga».

Es decir, afirma que la opción onerosa es bilateral, lo mismo que la promesa de comprar y vender, con lo cual no fija las diferencias entre ambas figuras.

Ahora bien, esta Sentencia, a pesar de no conseguir diferenciar plenamente promesa de compraventa de opción, considera no aplicable el artículo 1.451 del Código civil a esta última. En efecto, este artículo faculta a las partes a *reclamar el cumplimiento recíprocamente* en cambio, la opción de compra sólo da derecho al optante a instar al cumplimiento de la otra parte en el sentido de formalizar la compraventa.

De ahí es fácil deducir que promesa de compraventa y opción:

1. Tienen en común: la condición de negocios preparatorios y que son bilaterales en cuanto al acuerdo de voluntades.

2. Se diferencian: en su contenido.

No hay que confundir el hecho de que el promitente en la promesa de compraventa pueda exigir que el optante compre, con los supuestos de opción con precio, en los que el concedente puede exigir que le sea satisfecho. Veamos:

Existen dos negocios distintos: el contrato de opción, por un lado, perfecto desde que se da acuerdo de voluntades entre las partes, y una futura compraventa. En el contrato de opción está integrada la declaración de voluntad irrevocable del concedente —por cierto plazo de tiempo—, dirigida al optante sobre el objeto de la compraventa.

Por tanto hay un negocio constitutivo de la opción, y preparatorio de la compraventa que se perfeccionará, como dice la citada Sentencia de 23 de marzo de 1945, con «la aceptación del optante, que realizada (como fue) dentro del plazo establecido constriñe al titular del derecho al cumplimiento y fija definitivamente las recíprocas obligaciones...»

Por otra parte, la Sentencia de 10 de julio de 1946, en un nuevo intento de marcar diferencias, sigue el mismo razonamiento de la Sentencia de 23 de marzo de 1945, pero añade: «...en la opción el promitente ha ofrecido la venta, que al ser aceptada por el optante al ejercitar la opción queda la venta perfeccionada. Es decir, el segundo negocio, la compraventa, se perfecciona con el ejercicio de la opción».

Estas dos Sentencias «históricas» tienen el valor de contribuir a la configuración del título constitutivo de la opción, calificándolo de *contrato*. Torres Laña, dice que el título constitutivo de la opción siempre es un contrato (15), afirmación con la que no estamos completamente de acuerdo, ya que debe ser matizada: el contrato sólo será el título constitutivo en las opciones bilaterales.

La Sentencia de 18 de abril de 1978 establece con claridad el régimen jurídico aplicable al *contrato de opción de compra* y a la *promesa bilateral de comprar y vender*. Esta se rige por lo establecido en el artículo 1.451 del Código civil, mientras que el contrato de opción lo hace por las disposiciones generales sobre obligaciones y contratos, y a continuación relaciona los requisitos del contrato de opción:

1. Existencia de un convenio expreso entre las partes, en el que con claridad aparezca:

- El concurso de voluntades entre los que lo suscriben.
- La expresión clara y específica de la finca y objeto sobre el que recaiga.
- El precio que se fije para su posible adquisición por el optante.

2. Concesión por el optante de modo exclusivo de la facultad de exigir o no la ejecución del vínculo asumido por la contraparte.

3. Fijación de un plazo cierto para el ejercicio de dicha opción por parte de su titular.

En esta misma línea, abundante Jurisprudencia, tanto anterior como posterior, trata del tema. A título indicativo se puede citar:

1. Sentencia de 7 de febrero de 1966, que al referirse a la opción, dice: «la institución puede ser considerada como una verdadera relación contractual».

2. Sentencia de 7 de noviembre de 1967, recoge la idea de De Castro cuando habla del supuesto de formación sucesiva del contrato de compraventa civil, mediante el ejercicio de la opción.

3. Sentencia de 26 de mayo de 1976, sigue un criterio tradicional para la distinción: «en la promesa bilateral de compraventa recíprocamente aceptada las partes no venden y compran, sino que se obligan a vender y comprar..., en cambio, en la opción... el concedente ha ofrecido la venta que al ser aceptada por el optante, queda aquella perfeccionada».

(15) TORRES LANA, José Angel: *Contrato y derecho de opción*, Madrid, 1982, páginas. 33 y ss.

4. Sentencia de 16 de abril de 1979, distingue entre promesa de compraventa con cláusula de opción y precontrato de compraventa con cláusula de opción, que equivale a compraventa definitiva supeditada su efectividad al ejercicio de la opción.

Opción y promesa unilateral

Hasta aquí sólo hemos visto la contraposición opción-promesa de compraventa (bilateral); nos queda distinguir: promesa unilateral de venta (declaración unilateral de voluntad) y contrato de opción.

Esta diferenciación es mucho más clara. En efecto, la promesa unilateral «supondrá una simple y unilateral oferta mantenida», mientras que «para que exista el contrato de opción ha de existir un manifiesto acuerdo de voluntades entre dos partes contratantes, una que se compromete a mantener una oferta por determinado plazo y otra que se reserva gratuitamente o mediante un precio el derecho de decidir en ese período de tiempo entre aceptar el negocio en las condiciones ofrecidas o desistir de él». Sentencia de 14 de diciembre de 1974.

En esta misma línea Díez Picazo (16) señala que el contrato de opción guarda una cierta semejanza con la oferta irrevocable, pero se diferencia de ella en que en la oferta hay sólo, una declaración de voluntad, mientras que en la opción hay un negocio bilateral, que obliga a ambas partes y puede, por tanto, determinar para el beneficiario unos específicos deberes, como es en su caso el pago del precio.

En este punto es necesario determinar la diferencia existente entre *oferta irrevocable*, es decir, declaración unilateral de voluntad y *promesa o precontrato de venta*, en el que se da un acuerdo de voluntades. En este sentido De Castro (17) considera que el precontrato de compraventa en el que se reserva a una parte la facultad de exigir el cumplimiento, es el contrato de opción, mientras que la promesa bilateral, es decir, el precontrato de compraventa en el que ambas partes puedan instar el cumplimiento es la llamada «promesa de venta».

Resumiendo:

Promesa de compraventa (o precontrato de compraventa). Es un negocio bilateral, es decir, que supone acuerdo de voluntades y le será aplicable el artículo 1.451 del Código civil.

Contrato de opción (precontrato de compraventa). Es un negocio bilateral, precisa del acuerdo de voluntades. El optante es el único que puede exigir el cumplimiento, es decir, la compraventa.

Promesa unilateral. Promesa irrevocable. Es una declaración unilateral de voluntad; no hay acuerdo de voluntades.

(16) DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos*, tomo I, pp. 226 y ss.

(17) DE CASTRO, F.: *La promesa de contrato, algunas notas sobre su estudio*, «ADC», tomo III, vol. II, 1950, pp. 1113 y ss.

Hemos tratado hasta aquí de opciones constituidas en contrato, pero hay que tener en cuenta que el título constitutivo no condiciona la naturaleza jurídica de la opción en el sentido de configurarla como real o personal. El contrato es título apto para la creación de ambas.

En definitiva, el contrato de opción, de manera independiente, o coligado con otro, es título válido para crear tanto derechos personales como derechos reales de opción. En efecto, la Resolución de 7 de diciembre de 1978 de la Dirección General de Registro Notarial trata precisamente de la constitución de un derecho real de opción en un contrato de arrendamiento y por el plazo del mismo.

En todo caso de no aparecer claramente su configuración, habrá de investigar la voluntad de las partes (arts. 1.281 y s. Cc.).

Contrato de opción gratuito u oneroso

Se ha dicho que el acuerdo de voluntades supone el establecimiento de una relación contractual entre las partes: el contrato de opción.

Este contrato puede ser gratuito u oneroso. Será un contrato gratuito, si no hay contrapartida por parte del optante a la concesión de la opción por el concedente.

Por el contrario, si la concesión supone un precio, será un contrato oneroso. La posibilidad de que la opción sea onerosa, se contempla expresamente en el artículo 14 de la Ley Hipotecaria, en cuyo caso deberá hacerse constar el precio en la inscripción.

La función del precio de la opción puede ser la contrapartida del derecho que supone una ventaja para el optante, pero puede actuar también como señal y quedar absorbido por el precio de la compraventa (18).

3.2. Unilateral

Hasta el momento hemos estudiado la opción constituida en contrato, es decir, mediante acuerdo de voluntades entre optante y concedente; sin embargo, también existe la posibilidad de constituir un derecho de opción por declaración unilateral.

En efecto, esta posibilidad se dará en los supuestos de donación y legado de opción.

Donación

La donación de un derecho de opción, supondrá siempre la constitución de una opción real.

(18) DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos*, tomo I, p. 229.

En efecto, esta afirmación es consecuencia de la configuración unilateral de la donación. La opción personal supone una relación bilateral; como se ha dicho su título constitutivo es el contrato de opción.

Hemos de tener en cuenta que es necesario observar los requisitos de forma exigidos por los artículos 632 y 633 del Código civil. El derecho real de opción puede tener por objeto cosa, muebles, inmuebles y derechos. Siguiendo a Peña (19), creemos que quedan incluidos en los bienes incorporales los derechos reales distintos del dominio.

Lo dicho hasta aquí, no tiene nada que ver con la concesión de una opción personal gratuita, a través de un contrato gratuito de opción. Se tratará, entonces, de un contrato gratuito no una donación.

Podría plantearse algún problema a la hora de inscribir la opción en el registro, y determinar si se cumplen los requisitos del artículo 14 del Régimen Hipotecario, en especial, el consentimiento de las partes, o si necesariamente ha de entrar a través de los artículos 1.1 y 2.2 de la Ley Hipotecaria.

La donación no requiere acuerdo de voluntades, es un negocio unilateral, no supone consentimiento del donatario. La aceptación es un requisito de eficacia, no de validez. De ahí que su entrada en el Registro deba ser a través de los artículos 1.1 y 2.2 de la Ley Hipotecaria (20).

Legado

En la misma línea de la opción constituida en donación, se encuentra la opción por legado que entra dentro del campo de las posibilidades (21). Se trata también de una constitución unilateral y, por tanto, la opción será real.

Sin embargo, el legado puede presentar otra modalidad. Efectivamente, es posible que el testador encargue al heredero la constitución de una opción a favor de un tercero. Ahora bien, en este caso la opción no la constituye el causante, sino el heredero en cumplimiento de un mandato, y de no estar establecida expresamente en el testamento la configuración de la opción y las condiciones, el heredero podrá elegir entre constituirla unilateralmente como donación o a través de un contrato de opción con el acuerdo del tercero.

Evidentemente, en estos casos habrá de determinarse, si se trata de un legado o de un modo, y en este punto, siguiendo a Lacruz (22)

(19) PEÑA, B. Q., M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, p. 43.

(20) ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho Hipotecario*, tomo III, p. 553.

(21) PEÑA, B. Q., M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, p. 348. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XII, vol. I, Madrid, 1981, «Comentarios al artículo 865 CC», p. 104.

(22) LACRUZ, J. L.: *Derecho de Sucesiones*, tomo I, Barcelona, 1976, p. 385.

es posible afirmar que el criterio de distinción entre modo y legado ha de reconducirse a la voluntad del testador (23).

III. PERFECCION Y EFICACIA DEL TITULO CONSTITUTIVO

Cuando nos referimos a la perfección es necesario distinguir dos momentos distintos correspondientes a dos negocios diferentes, si bien relacionados. En efecto, por un lado, la perfección del título de constitución de la opción, y, por otro, la perfección del negocio a que se opta.

1. La perfección del título constitutivo

Como se ha dicho, el título constitutivo de la opción, puede ser un contrato, una donación o un legado.

1.1. Contrato

El artículo 1.258 del Código civil, dice que: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento...», y el artículo 1.262.1 del Código civil añade que: «El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.»

No es este el lugar oportuno para tratar la problemática del momento en que se considera perfeccionado el contrato (24); baste decir que a efectos de considerar constituida la opción es suficiente el acuerdo de voluntades de las partes.

La inscripción en el Registro de la Propiedad de la opción constituida en contrato, podrá llevarse a cabo mediante la presentación de la escritura pública en la que conste dicho derecho de acuerdo con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, a través del artículo 14 del Régimen Hipotecario, si reúne los requisitos exigidos y también a través de los artículos 1.1 y 2.2 de la Ley Hipotecaria, si es una opción real.

Cuando el título constitutivo de la opción sea el contrato, caso de tratarse de opción real deberá documentarse en escritura pública (25), de la misma forma que si es una opción obligacional y pretende inscribirse.

(23) TORRALBA SORIANO, Vicente: *El modo en el Derecho Civil*, Alicante, 1966, pp. 184 y ss. MONTÉS PENADES, Vicente L.: *El modo testamentario y la prohibición de disponer*, «ADC», 1974, pp. 300 y ss. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Consideraciones sobre algunos extremos del modo testamentario*, «ADC», 1984, pp. 1093 y ss.

(24) DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos*, tomo 1, pp. 211 y ss., donde expone las distintas teorías de la emisión, expedición, cognición y recepción.

(25) PEÑA, B. Q., M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, p. 44.

1.2. Donación

La donación puede ser título constitutivo de un derecho real de opción. El problema de determinar, cuál es el momento de perfección de la donación ha sido discutido abundantemente y se halla relacionado con la forma de la misma.

Siguiendo a Gullón (26), tenemos que:

- Las donaciones manuales y las de bienes inmuebles en las que conste la aceptación del donatario en la escritura de donación se perfeccionan en el mismo momento (art. 629 Cc.)
- Las donaciones muebles por escrito o de inmuebles en cuya escritura no conste la aceptación del donatario, se perfeccionarán en el momento en que el donante conozca la aceptación. Hasta este momento la aceptación es revocable (art. 623 Cc.)

A efectos del derecho real de opción:

1. La donación manual no es posible.
2. La donación de un derecho de opción sobre una cosa mueble o inmueble, se perfeccionará cuando haya sido aceptada por el donatario, es decir:

- Inmediatamente si la aceptación consta en el mismo documento.
- Cuando la aceptación es conocida por el donante, si el donatario la lleva a cabo *a posteriori* en documento privado, si es de opción sobre un bien mueble o en escritura pública si es bien inmueble.

En definitiva la perfección del derecho de opción otorgado en donación se producirá cuando el donatario haya aceptado la donación. Desde este momento la donación es irrevocable.

La donación y la aceptación de una opción sobre un bien inmueble deberán constar en escritura pública, mientras que para la opción sobre un bien mueble bastará documento privado. Peña (27) manifiesta que la opción real deberá constar necesariamente en escritura pública, pero tal afirmación no contradice lo dicho más arriba, ya que será cierta cuando el título de la opción sea un contrato, pero no será necesario cuando sea una donación. (Peña parte de considerar la donación como contrato que necesita título y modo.)

En efecto, en la opción real constituida en contrato será necesaria la *traditio* para que el optante adquiera el derecho, y la única forma será la *traditio* instrumental mediante escritura pública, tanto para una opción sobre bienes muebles como para bienes inmuebles. En cambio cuando el título constitutivo del derecho real de opción sea una donación, la adquisición del derecho no necesita de *traditio* y, por tanto, la adquisición por parte del donatario sólo dependerá de

(26) GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial*, Madrid, 1972, pp. 77 y ss.

(27) PEÑA, B. Q., M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, pp. 43-44.

los requisitos de forma (arts. 632 y 633 Cc.), con lo cual, para la opción sobre bienes muebles bastará el documento privado.

1.3. *Legado*

También el legado puede ser título constitutivo de la opción. Veamos: el artículo 865 del Código civil, establece que «es nulo el legado de cosas que están fuera del comercio». De ahí cabe afirmar que pueden ser objeto de legado no solamente las cosas, sino también los derechos, tanto reales como de crédito, corporales e incorporales, presentes y futuros, etc. [Albaladejo, dice (28): el verdadero espíritu del 865 del Código civil, aunque su letra se reduzca a excluir el legado de las cosas fuera del comercio, quizá sea la regla de que «lo que se legue, cosa o derecho, debe de reunir los requisitos adecuados a lo que sea»].

No parece existir inconveniente alguno al admitir la posibilidad de legar un derecho de opción. Ahora bien, el tipo de opción legada, dependerá de cómo el testador haya constituido el legado.

Al menos se plantean tres supuestos distintos, y conviene determinar en cada uno cuándo el legatario adquirirá el derecho de opción:

1. Si el testador ha constituido una opción a favor del legatario (legado de cosa específica propia del testador), a la muerte de aquél el legatario optante adquirirá el derecho real de opción (29). Pero si bien el derecho se ha transmitido, el beneficiario no tiene aún la posesión del mismo porque de acuerdo con el artículo 885 del Código civil, deberá pedir su entrega y posesión al heredero o albacea.

Pero el derecho de opción no supone posesión del bien, sino posesión del derecho, de ahí que sea aplicable el artículo 1.464 del Código civil y se entenderá que el otorgamiento de la escritura pública equivale a la puesta en posesión. Por tanto, el legatario deberá pedir al heredero el otorgamiento, no para que le transmita el derecho que ya lo tiene, sino para que le ponga en posesión del mismo.

Además, para inscribir la opción sobre un inmueble será necesaria la escritura de entrega otorgada por el legatario y por el contador partidor o albacea, facultado para hacer la entrega, o en su defecto por el heredero o herederos (art. 83.2 RH).

Cabría discutir la posibilidad de inscribir la opción directamente, sin necesidad de otorgar escritura pública, en el supuesto de la herencia repartida en legados, ya que el artículo 14 de la Ley Hipotecaria dice que: «El título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Regis-

(28) ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios*, tomo XII, vol. I, p. 105.

(29) En este sentido, la doctrina cita la importancia de la S. 26-10-28. OSSORIO MORALES, Juan: *Manual de Sucesión Testada*, Madrid, 1957, p. 359. ALBALADEJO, M.: *Comentarios*, tomo XII, vol. I, p. 281.

tro, es el testamento, el contrato sucesorio o la declaración judicial de herederos abintestato». Creo que sería posible (30).

2. Si el testador ha ordenado al heredero la constitución de la opción, será un legado con efecto obligacional, que no transmite el derecho real, sino que impone al heredero la obligación de realizar una prestación a favor del legatario. En este caso el legatario tiene derecho a exigir el cumplimiento, pero carece de la facultad de pedir la entrega de la posesión porque la opción aún no se ha constituido. Seguimos en este punto a Vallet (31), en el sentido de que «cuando la disposición que modaliza la atribución principal consiste en el deber de realizar una prestación en favor de personas determinadas, será un legado».

El heredero deberá constituir la opción a favor del legatario. En principio cabe suponer que se tratará de una constitución unilateral mediante una donación. En este punto nos remitimos a lo dicho sobre donaciones en la constitución de la opción por negocio jurídico *inter vivos*.

3. Nos queda analizar la posibilidad de que el causante encargue al heredero la realización de determinada conducta tendente a concluir un contrato de opción con un tercero. Este mandato del testador parece ser un modo, ya que, siguiendo a Montés (32), «el legatario es un “habiente-causa” del disponente, y el beneficiario del modo lo es del gravado. Por tanto, el modo es un beneficio indirecto, una carga accesoria».

Aparte de la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de opción sobre inmuebles constituido por legado, es posible efectuar su anotación preventiva, por tratarse de un legado específico, de acuerdo con el artículo 47 de la Ley Hipotecaria, a fin de evitar, mientras no se traspase la posesión del derecho, que el heredero enajene el bien a un tercero de buena fe y por estar inscrito pueda defenderse con éxito frente al legatario (33).

2. La eficacia de la opción. Su transmisibilidad

Una vez perfecto el título de constitución es necesario determinar la eficacia de la misma. Para ello distinguiremos:

- Eficacia para el concedente.
- Eficacia para el titular de la opción.

(30) ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho Hipotecario*, tomo III, pp. 835 y ss.

(31) VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo, de 4-6 y 18-12-65*, «RCDI», 1966, pp. 176-8.

(32) MONTÉS PEÑADES, V. L.: *El modo...*, «ADC», 1974, p. 312.

(33) GETE ALONSO, M. Carmen: *Las garantías hipotecarias del legado*, «RJC», 1981, pp. 327 y ss.

La cuestión sobre la que centraremos la eficacia de la opción es la transmisibilidad, tanto referida a la del bien optado como a la del derecho de opción.

La transmisibilidad de ambos, viene determinada por el tipo de derecho de opción. Así, en principio cabe afirmar lo siguiente:

1. En caso de opción real, tanto el bien gravado como el derecho de opción son transmisibles sin ninguna traba.

2. En caso de opción obligacional, ésta se limita a las partes del contrato, no tiene eficacia frente a terceros, y por tanto determinados actos que supongan enajenación del bien o del derecho pueden ser ineficaces o significar un incumplimiento de contrato.

Veamos:

2.1. Eficacia para el concedente

La Jurisprudencia ha venido manteniendo en muchas Sentencias el criterio de considerar que la opción de compra obliga al concedente a no vender a nadie (que no sea el optante) la cosa «prometida» (en este sentido ya la S. de 23-3-45).

Sin embargo, en los casos tratados se refería a opciones constituidas en contrato de carácter obligacional y no inscritas; de ahí que este criterio no sea aplicable al supuesto de opciones inscritas en el Registro de la Propiedad.

En este sentido, la Resolución de la Dirección General de Registro Notarial, de 13 de diciembre de 1955, contempla un supuesto en que se intentaba inscribir una opción de compra (real, que se inscribió por el art. 14 del RH, no por los 1 y 2 de la LH) juntamente con una prohibición de disponer.

El caso era el siguiente:

La titular de una finca concedía un derecho de opción de compra a determinada persona que ya disfrutaba de las amplias facultades de administración sobre la finca en cuestión, pero además se trataba de inscribir una prohibición de disponer para la titular como garantía del derecho de opción, y como tal no comprendida (la prohibición), en el artículo 26 del Régimen Hipotecario.

El Registrador informó (informe que fue luego confirmado por el Presidente de la Audiencia) «que en Derecho español la opción puede configurarse como derecho personal, o como derecho real si así lo convienen las partes, en cuyo caso produce para el optante el efecto de poder ejercitar su derecho o contra el dueño de la finca o contra cualquier posterior adquirente, y para el titular registral del inmueble el de disponer del mismo o gravarlo, pendientes estos actos de la condición resolutoria derivada del posible ejercicio del derecho de opción por su titular». Lo que supone que la propietaria durante el plazo de la opción no tiene cerrado el Registro a los actos de dis-

posición, si bien, éstos quedan limitados en su ejercicio al mejor derecho del optante.

La prohibición de disponer que se impuso la propietaria a favor de la optante, entra de lleno en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria y, por tanto, no tiene acceso en el Registro.

En definitiva, en este supuesto se aprecia unanimidad ya que de entrada, tanto las partes como el Registrador (y el Presidente de la Audiencia) están de acuerdo en que la opción inscrita no priva del poder de disposición sobre la finca a la propietaria, y precisamente por esta causa se intenta inscribir una prohibición de disponer para asegurar la permanencia del bien en poder de la propietaria.

La inscripción del derecho de opción no cierra el Registro a los actos de disposición del titular del dominio y en consecuencia podrá transmitir. Pero en el caso de opción no inscrita, precisamente porque quedan delimitadas las partes del contrato definitivo, y el optante sólo puede dirigirse contra el concedente, éste queda vinculado y no puede disponer del bien; es una obligación derivada del contrato de opción, que puede provocar el incumplimiento del mismo.

Cuando el optante ejercite la opción y el concedente haya dispuesto del bien, nos hallaremos ante un supuesto de doble venta (para la solución del caso habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 1.473 Cc.), y si en bien ha sido gravado, pongamos por caso con hipoteca, el ejercicio de la opción no perjudicará a terceros, la hipoteca se mantendrá y el optante adquirirá un bien gravado.

2.2. Eficacia para el optante

El derecho de opción, afirma Lacruz, de no existir pacto en contrario será transmisible por cualquier título (34). Podría añadirse, y tanto si se trata de un derecho real como obligacional, porque, en definitiva, un derecho puede cederse sin consentimiento del deudor (art. 1.205 Cc.). Esta afirmación es exacta en lo que se refiere a la transmisión *mortis causa*, pero para el caso de transmisión *inter vivos*, hace falta puntualizar un poco más.

En efecto, el derecho de opción supone la posibilidad de colocar al optante en una situación contractual compleja. Así, en la opción de compra, con el ejercicio, de la opción el optante se convierte en comprador, lo que supone ser deudor del precio y acreedor de la cosa. Ceder la opción, no es simplemente ceder un derecho, sino algo más, es ceder toda una situación.

De ahí que debamos centrar la cuestión, no tan sólo en el título constitutivo de la misma para saber si es una opción real u obligacional, sino también en el negocio jurídico optado.

(34) LACRUZ, J. L.: *Elementos*, tomo III, vol. II, p. 260.

Se trata de distinguir si se trata de la cesión de un derecho, o de la cesión de una posición contractual.

Para la cesión de un derecho es suficiente poner en conocimiento del deudor la cesión (art. 1.527 Cc.) a efectos especialmente de realizar el pago. En cambio, para la cesión de una posición contractual hace falta el *consentimiento* de las tres partes: cedente, cedido y cesionario.

Este criterio es el recogido en la Sentencia de 6 de marzo de 1973, si bien en el supuesto presentado es difícil determinar si se trata de la cesión de un derecho de opción o de una posición contractual.

En efecto, el caso es el siguiente: un grupo de particulares demanda a «Terrenos Canarios, S. A.» sobre declaración de derechos.

Esta Sociedad había concedido a «Playas de Jandía, S. L.», opción de compra sobre cuatro fincas, y que por no serle prohibido y por haberse constituido con el carácter expreso de transmisible, ésta cedió sus derechos a los actores con comunicación a la demandada «Terrenos Canarios, S. A.», [el TS calificó: opción mediadora (art. 1.257 Cc.)].

La demandada se opuso alegando que el plazo para el ejercicio de la opción había transcurrido y que no le unía ningún lazo contractual con los actores. Fue condenada a otorgar las escrituras de compraventa de las fincas.

El problema consiste en saber si la comunicación al cedido («Terrenos Canarios, S. A.») es suficiente para que se dé la transmisión de una situación contractual, o hace falta su consentimiento. Evidentemente hay que concluir que hace falta su consentimiento (art. 1.205 Código civil).

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, esta comunicación, al no ser contestada por la demandada, supuso un consentimiento tácito a la cesión, de manera que permite al Tribunal Supremo argumentar que se trata de la cesión de una posición contractual consentida por el cedido. Así, dice: «...dada la unidad interna inescindible entre el derecho de opción y la compraventa correspondiente, el objeto del contrato de cesión fue la facultad de dar efectividad a una compleja posición jurídica, integrada por derechos y obligaciones recíprocas, cuya transmisión no era dable realizar sin la autorización o consentimiento anterior, coetáneo o posterior del cedido, ya que a éste podía no serle indiferente la persona del comprador titular pasivo de unas obligaciones que para ser cedidas requerían el consentimiento del vendedor y concedente de la opción».

A pesar de lo dicho, entiende Peña (35) que del acto constitutivo de la opción, entendido de acuerdo a la buena fe y a los usos, puede también resultar que es transmisible el derecho de opción, sin necesi-

(35) PEÑA, B. Q., M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, p. 349.

dad de contar con el consentimiento del concedente, si éste carece de interés legítimo en la inmutabilidad del titular; por ejemplo, si para la efectividad del ejercicio de la opción se impone el pago total del precio acordado.

Esta misma interpretación parece deducirse de la Sentencia de 17 de julio de 1982, en la que si bien se produjo una cesión sin la intervención del concedente-cedido, ésta fue válida, ya que los cesionarios ejercitaron la opción pagando la totalidad del precio.

En este punto es necesario tener en cuenta la opinión de Roca Sastre (36) en el sentido de que a efectos de transmisión de la opción el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no protege al tercero, que no adquiere un derecho real, es decir, no protege al adquirente de opciones inscritas por el 14 del Régimen Hipotecario.

IV. EL EJERCICIO DE LA OPCION. EFECTOS

1. Perfección del negocio optado. El ejercicio del derecho de opción, otorgado en contrato

Se ha configurado el contrato de opción como un negocio jurídico que se perfecciona por el acuerdo de voluntades entre concedente y beneficiario, pero que además es preparatorio del negocio optado, en el sentido de que contiene la declaración de voluntad del concedente como oferta al optante en vistas al segundo negocio. Esta declaración de voluntad es irrevocable por el plazo fijado por la opción. Es decir, el contrato de opción delimita la declaración de voluntad del concedente, en el tiempo y en su contenido.

Precisamente porque el segundo contrato es incompleto, es conveniente determinar los requisitos necesarios y el momento de su perfección:

- *El requisito necesario*, es la declaración de voluntad del optante, en el sentido de aceptar la oferta del concedente.
- *El momento*, de la perfección del segundo contrato, se producirá cuando se dé el acuerdo de voluntades.

La declaración de voluntad del optante es el ejercicio del derecho de opción. Y esto supone a la vez:

- Consumación y extinción del contrato de opción.
- Perfección del contrato optado.

Es decir, desde este momento, el contrato optado, generalmente una compraventa, es perfecto y genera obligaciones, que deberán ser cumplidas por las partes consumando así el negocio. Este planteamiento se encuentra con dificultades, aunque no insuperables, tanto a nivel doctrinal como en la práctica.

(36) ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho Hipotecario*, tomo III, p. 568.

Apoyando, en cierta medida, la tesis mantenida, la Sentencia de 23 de marzo de 1945 habla de aceptación del optante y de forma más concreta, la Sentencia de 10 de julio de 1946 establece que, «...al hacer el optante uso de tal derecho (la opción), a la vez que se extingue el contrato de opción, por haber surtido ya sus naturales efectos nace o se perfecciona el de compraventa, al producirse con relación a éste, el concurso de consentimientos exigidos por la Ley».

En contra de lo expuesto, Roca Sastre (37), considera que la opción es siempre un pacto adherido a una compraventa perfecta, que condiciona su eficacia. Es decir, no hay contrato de opción preparatorio de una compraventa, sino compraventa perfecta, «que se encuentra congelada por la presión de la pendencia del pacto de opción». Parece que constituye a la opción como una condición suspensiva de la compraventa y deja su cumplimiento al arbitrio de una parte, lo que no puede mantenerse.

Como se ha dicho, en la práctica surgen problemas en los puntos citados derivados de la dinámica de dicha institución, y que a falta de regulación expresa habrá de aplicarse la teoría general, especialmente la de obligaciones y contratos. Los problemas anunciados se han agrupado como sigue:

1. La declaración de voluntad del optante:
 - Declaración de voluntad y aceptación.
 - Diferentes declaraciones de voluntad y momento de perfección del contrato.
2. Perfección y consumación del contrato:
 - Perfección y otorgamiento de escritura.
3. El cumplimiento de las obligaciones:
 - Perfección y nacimiento de las obligaciones.
 - El ejercicio de la opción y la consignación del precio.

1.1. *La declaración de voluntad. Declaración y aceptación*

La Jurisprudencia ha entendido, generalmente, que el ejercicio del derecho de opción supone aceptación del contrato de compraventa por parte del comprador, quedando así cerrado el círculo contractual (SS. de 7-11-67, 26-5-76, 16-4-79, 10-12-82, 9-2-85, etc.)

Ha de determinarse cómo se ejercita la opción. El ejercicio de la opción supone una declaración de voluntad por parte del optante en este sentido. La declaración es *recepticia*, de modo que la perfección del contrato se produce, «desde el momento en que llega a conocimiento del concedente-vendedor la declaración unilateral por la que el optante exterioriza su voluntad de comprar la cosa por el precio preestablecido...» (S. de 7-11-67).

(37) ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho Hipotecario*, tomo III, p. 547.

Según este criterio, la perfección tiene lugar cuando el concedente conoce la aceptación. Sin embargo, esta tesis cabe matizarla en el sentido de que, a pesar de tratarse de una declaración de voluntad recepticia, no puede exigirse al optante una diligencia superior al «standard» medio. Es decir, si ha hecho todo lo posible para que llegue al concedente y tal cosa no ha ocurrido, no podrá considerarse mal ejercitada la opción.

Este criterio no es exactamente el mantenido por la Sentencia de 26 de mayo de 1976, que al parecer añade otro requisito: no basta la diligencia del optante, sino que hace falta que la causa por la que se dio el desconocimiento sea imputable al concedente. En efecto, la Sentencia citada nos dice: «...es cierto que la declaración de voluntad del optante de dar efectividad al contrario tiene carácter recepticio, es decir, que ha de ser notificada al concedente durante la vigencia del plazo de la opción, también lo es que tal requisito debe estimarse cumplido... porque los hechos... ponen de manifiesto que el optante emitió oportunamente su declaración de voluntad y que *si ésta no llegó* a conocimiento del citado concedente... *fue por causa exclusivamente imputable a este último...*» Se trataba de un supuesto en que la notificación del ejercicio de la opción fue recibida dos días después de cumplido el plazo, pero *el concedente había cambiado de señas*.

Más completo es el planteamiento realizado por la Sentencia de 29 de septiembre de 1981, que fija igualmente la perfección del contrato en la aceptación del optante dentro del plazo establecido, y reconoce el carácter recepticio de la declaración de voluntad, pero hace varias puntualizaciones:

1. La declaración de voluntad del optante ha de ser notificada al concedente dentro del plazo de vigencia de la opción a fin de ser conocida.
2. Con la notificación sólo se pretende el conocimiento del oferente, pero no su conformidad con la declaración de compra del optante.
3. Había de considerarse recibida la declaración, aun en el supuesto de falta de recepción del documento que así lo contenga, cuando no estaba en la potestad del optante, y sí del destinatario oferente, el conseguir u obtener tal conocimiento.

En el mismo sentido, la Sentencia de 10 de diciembre de 1982. Parece que el Tribunal Supremo adopta la teoría de la recepción. La declaración debía ser conocida por el concedente. Si la causa del desconocimiento no es imputable a nadie, la opción está bien ejercitada si el optante ha actuado con la diligencia debida, porque al fin y al cabo el concedente conocía la posibilidad de dicho ejercicio, lo que supone una cierta carga por su parte de informarse.

Podemos concluir lo siguiente:

1. El ejercicio de la opción supone la declaración de voluntad del optante en el sentido de aceptar la oferta que el concedente había ofrecido al conceder la opción, cerrando el círculo contractual.

2. La declaración de voluntad emitida por el optante, ha de serlo dentro del plazo de vigencia de la opción, y es además recepticia; es decir, que ha de ser conocida por el concedente, dentro de dicho plazo.

3. Este último criterio se suaviza en el supuesto de que el optante haya ejercido su derecho en tiempo y con la diligencia debida, y el desconocimiento del mismo por parte del concedente, le sea imputable o no (aunque en la práctica siempre le será imputable, como se ha visto), en cuyo caso la notificación será eficaz, perfeccionándose el contrato optado. Lo correcto en estos casos será entender que el tiempo de la perfección es el momento en que el concedente debió conocer la notificación.

1.2. *Diferentes tipos de aceptación*

La aceptación puede darse de forma *expresa* y *tácita*. Hasta este momento hemos visto supuestos de declaraciones de voluntad expresas, con lo cual se plantea la cuestión, de si es posible ejercitar el derecho de opción de forma tácita.

La declaración de voluntad tácita, se constata a través de actos inequívocos que supongan que el sujeto se ha decidido en tal sentido. Para el caso de opción, no creemos exista ningún inconveniente en admitir tal forma de declaración.

Es éste, precisamente, el criterio mantenido por una curiosa Sentencia de 14 de abril de 1979, en un supuesto en que la empresa constructora «Viviendas del Vallés, S. A.», adquirió de un particular opción de compra sobre la finca.

La citada compañía:

- Aceptó la alteración del tendido eléctrico realizada por «FECSA», a petición suya.
- Realizó en la finca obras para preparación de otras posteriores mediante movimientos de tierras, corte de plantaciones y perjuicios en edificios de la finca.

De ahí el Tribunal Supremo dedujo que la citada Compañía había observado un comportamiento revelador del ejercicio del derecho de opción, en cuanto había realizado actos atributivos de facultades dominicales, y argumentó que no existe principio alguno que exija forma determinada referente al modo en que el aceptante debe manifestar su voluntad de aceptar la opción, y por tanto, puede ser perfeccionado tanto expresa como tácitamente. El problema de la declaración recepticia viene salvado en cuanto que el concedente tuvo noticia del ejercicio de la opción, desde el momento en que instó el cumplimiento del contrato.

En definitiva, el Tribunal Supremo condenó a la Compañía a pagar el precio de la opción, que se consideró ejercitada tácitamente.

Esta Sentencia de 16 de abril de 1979, además de admitir el ejercicio tácito de la opción, como se ha dicho, es curiosa en otro sentido, ya que a diferencia de la mayoría de pleitos provocados por el derecho de opción, es el concedente quien demanda el cumplimiento de la compraventa, y no el optante el que tiene problemas para hacer valer su derecho.

De ahí, se sigue que el derecho de opción puede ejercitarse tanto expresa como tácitamente, pero puede plantearse el problema de determinar cuándo un derecho puede considerarse ejercitado.

En efecto, la opción podrá suscitar dudas en ciertos casos, en cuanto a determinar el momento en que ha sido ejercitada, es decir:

- Si basta una notificación notarial.
- Es necesaria la interposición de la demanda para considerar el derecho ejercitado.

Téngase en cuenta que el problema tiene trascendencia al ser el plazo, para el ejercicio del derecho, de *caducidad*.

Se ha dicho que el ejercicio de la opción es la declaración de voluntad recepticia emitida por el optante que perfecciona el contrato optado. Una declaración de voluntad puede ser emitida mediante cualquier medio adecuado; siendo recepticia, es de esperar que se asegure fehacientemente esta recepción, para ello será oportuna la notificación notarial.

Por tanto, no hace falta la demanda para considerar ejercitada la opción, y la notificación notarial hecha dentro del plazo será suficiente para considerar declarada la voluntad del optante.

En este sentido, la Sentencia de 22 de junio de 1966 es suficientemente explícita. En efecto, se trata del siguiente supuesto: el *Casino de Villagarcía de Arosa* demandó por incumplimiento de contrato de compraventa a los concedentes de la opción de compra de la que era titular la citada Entidad. La Sentencia fue favorable, confirmada en la Audiencia y recurrida por los demandados. El Tribunal Supremo desestimó el recurso.

Pero uno de los motivos del recurso era que la opción había sido ejercitada fuera del plazo, pues la demanda fue interpuesta después de transcurridos los tres años para los que se había pactado, y los requerimientos notariales anteriores realizados dentro de plazo eran ineficaces por no haberse observado los requisitos acordados por la Junta general extraordinaria, si bien habían sido ratificados posteriormente fuera de plazo.

El Tribunal Supremo consideró que:

1. El contrato de opción produce en el optante la facultad exclusiva de prestar su consentimiento en el plazo señalado y comunicada al concedente perfecciona la compraventa.
2. Cuando el optante sea una persona jurídica, no es lícito inves-

tigar los acuerdos que ésta adopte para el ejercicio de la opción, siendo suficiente que el optatario conozca la decisión del optante.

3. *Es suficiente el ejercicio extrajudicial de derecho*, y por tanto hay que computar el plazo a partir de los requerimientos notariales, que además, al haber sido ratificados teniendo en cuenta que la ratificación tiene efectos retroactivos, han quedado convalidados (1.259 y 1.717 CC.)

En definitiva, queda perfectamente claro que es suficiente el ejercicio extrajudicial de la opción para perfeccionar el contrato optado. Basta también la notificación a través de acto conciliatorio, siempre que la papeleta aparezca presentada en tiempo hábil, ya que la conciliación es vía idónea para el ejercicio de los derechos y da constancia fehaciente del acto de comunicación de que se trata (S. de 12-7-79).

1.3. *Perfección y consumación del contrato*

La perfección del contrato supone que a partir de este momento nacen las obligaciones. En la opción el ejercicio de este derecho perfecciona la compraventa, y son exigibles:

- Al vendedor, la entrega de la cosa.
- Al comprador, el pago del precio.

Ahora bien, la entrega de la cosa consistirá, en el caso de inmuebles, en una entrega instrumental, mediante el otorgamiento de escritura pública.

Si el pago del precio no es aplazado, ambas obligaciones deberán cumplirse simultáneamente, son sinalagmáticas y aquí se predica el sinalagma funcional.

Ahora bien, quede claro que hemos diferenciado varios momentos:

1. Ejercicio de la opción, es decir, perfección de la compraventa, e inmediato nacimiento de las obligaciones.

Ejecución, cumplimiento de las obligaciones:

- Entrega de la cosa.
- Pago del precio.

El otorgamiento de la escritura pública forma parte del cumplimiento de un contrato de compraventa perfeccionado anteriormente, y por tanto en ningún caso supone perfección de dicho negocio.

Sobre este punto la reciente Sentencia de 24 de mayo de 1985 da una solución completamente distinta.

Trata del ejercicio de dos opciones de compra sobre sendas fincas, a las que el concedente se opone por estimar se da «lesión ultradividuum» en el precio concertado, y el Tribunal Supremo, en su caso, sólo se dará una vez se haya efectuado la transmisión.

Se plantean los siguientes problemas:

1. Determinar el momento de ejercicio de la opción y por tanto de perfección de la compraventa.

2. Qué supone el otorgamiento de la escritura.
3. Cuándo se da la lesión y cuándo puede evitarse.

(Nota: los artículos citados de la Compilación no corresponden a la numeración actual después de la reforma del 84. Los hechos son de 1974. Sigo la Sentencia.)

La citada Sentencia repite lo dicho en otras anteriores, afirmando que: «...al depender la perfección del contrato de opción, de modo exclusivo, de la aceptación del optante, realizada dentro del plazo establecido, constriñe al optatario al cumplimiento y fija definitivamente las obligaciones recíprocas que sobre su base han de ser posteriormente exigidas, lo que conduce a que dicho cumplimiento de las obligaciones del contrato exigido por el optante haya de referirse al momento posterior a dicha exigencia, y no al tiempo fijado para la opción...»

Sin embargo, a partir de este punto toma un nuevo giro, ya que condiciona al ejercicio de la opción. En efecto, dice que como consecuencia de lo anterior, «...el efecto en cuanto a la acción de rescisión por lesión... de que su ejercicio venga supeditado al otorgamiento del contrato de compraventa a que afecte (artículo 324 CDC)..., en tanto mediante dicho otorgamiento no queden fijados en definitiva las respectivas obligaciones de vendedor y comprador y se confirme en ese otorgamiento el también definitivo precio..., no puede conocerse la realidad de la desproporción pretendida, ya que hasta ese momento del otorgamiento, de darse efectivamente causa de tal lesión, puede impedirla el comprador y evitar la rescisión mediante el pago en dinero al vendedor del complemento del precio o valor lesivos» (art. 325.2 CDC), y añade:

«...Lo que es lógica consecuencia de que toda acción requiere existencia actualizada de causa que la determine y ésta *no se produce* en pretendida lesión por compraventa *hasta en tanto no se lleve a cabo el otorgamiento de éste...*, que es cuando podrán conocerse los términos precisos en que tal *acto trasmisivo* fue llevado a cabo...»

Hay que analizar estas afirmaciones con cierto cuidado:

1. El contrato de compraventa optado se perfecciona con la aceptación del optante. Desde este momento el contrato es perfecto y nacen las obligaciones previstas en el mismo, desde la concesión de la opción. Por tanto, desde la aceptación del optante puede apreciarse si hay lesión.

2. La deducción que en la Sentencia se hace derivar del artículo 324 del Código de Derecho Civil, no es correcta, porque se identifica «otorgamiento de contrato», con «otorgar escritura pública de compraventa», y no es este el recto sentido de esta expresión. En efecto, «otorgamiento del contrato» equivale a acuerdo de voluntades, que en el caso que nos ocupa supone ejercicio de la opción, es decir, declaración unilateral de voluntad del optante, que viene a sumarse a la declaración del concedente, comprendida en la opción.

Otorgar la escritura pública puede ser un acto transmisivo o una cuestión formal; supongamos que el optante tiene ya la posesión de hecho de las fincas (art. 1.279 y 1.280 Cc.)

3. La perfección de la compraventa, como se ha dicho, se da con el acuerdo de voluntades; esto se produce cuando el optante ejerce la opción y *desde este momento quedan fijadas definitivamente las obligaciones de las partes*. Si se conoce el precio, se conoce también la posible lesión. La efectiva transmisión no añade nada a la situación lesiva.

La acción de rescisión en el Código de Derecho Civil, a diferencia de la del Código Civil, no es subsidiaria, sino que es principal, esto quiere decir que va dirigida a evitar un perjuicio, no solamente como último recurso a enmendar una situación lesiva ya producida.

De todo lo dicho deducimos que:

El Tribunal Supremo ha querido seguir la doctrina ya clásica de considerar perfeccionada la compraventa con el ejercicio de la opción; pero debido a la especial interpretación que ha hecho de los artículos 324 y 325 del Código de Derecho Civil, se ha visto forzado a condicionar el ejercicio de la opción al otorgamiento del contrato en escritura pública, a fin de que transmita el bien y así justificar a partir de la transmisión la lesión efectiva y el nacimiento de la acción.

Claro está que, rectamente interpretados los artículos citados, la solución hubiera debido ser la contraria, porque el ejercicio de la opción se produce mediante declaración unilateral de voluntad por parte del optante; desde este momento el contrato de compraventa es perfecto y nacen las obligaciones. En consecuencia, desde este momento puede fijarse el importe de la lesión y nace la acción tendente a evitarla, ya sea rescindiendo el contrato o complementando el precio, a elección del deudor.

Siguiendo el criterio de dicha Sentencia se abre el camino a otro pleito, solicitando la rescisión, una vez se hayan otorgado las correspondientes escrituras, cosa completamente contradictoria con la economía, incluso con la procesal.

Este problema ya se había tratado en la Sentencia de 7 de noviembre de 1967, con una claridad ejemplar, que zanjaba la cuestión y que no ha tenido en cuenta la Sentencia de 24 de mayo de 1985. En efecto, se dice: «...debe estimarse que la fecha decisiva para el ejercicio de la acción de rescisión por lesión *ultra dimium* y para el cómputo del plazo cuatrienal de caducidad es la de la perfección del contrato de compraventa, y que tal fecha, cuando medió pacto de opción de compra, es aquella en que llegó a conocimiento del concedente vendedor la declaración de voluntad recepticia del optante comprador...»

1.4. *El cumplimiento de las obligaciones*

Un tercer grupo de cuestiones se refiere al momento en que nacen las obligaciones; en especial aparece cuando hay que determinar la necesidad de consignar el precio, al solicitar el otorgamiento de la escritura, y cuál es la calificación que deba darse a la exigencia de adelantar el pago como requisito para el ejercicio de la opción.

La doctrina dominante considera que el ejercicio de derecho de opción perfecciona el contrato optado y sólo después de este momento deben cumplirse las obligaciones estipuladas, es decir, el plazo de opción no supone que dentro del mismo deban cumplirse también las obligaciones del contrato definitivo. Así, las Sentencias de 23 de marzo de 1945, 18 de mayo de 1955, 22 de junio de 1966, 29 de septiembre de 1981, 10 de diciembre de 1982, etc.

Sin embargo, esta situación puede variarse en virtud del principio de libertad de las partes, artículo 1.255 del Código civil; así, en el caso de opción onerosa, cuya prima se paga por mensualidades y se imputa al precio.

Pero de aquí no puede deducirse que el pago o la consignación sean requisitos necesarios para el ejercicio de la opción, a no ser que se haya pactado. En todo caso la consignación será necesaria cuando se inste el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, que supondrá el cumplimiento de las obligaciones de entrega de la cosa y pago del precio.

Este caso de pago es el tratado en la Resolución de 7 de diciembre de 1978. El supuesto de hecho contemplado es el siguiente:

Se constituyó derecho real de opción sobre una finca o parcelas de la misma y entre otras estipulaciones:

1. Se pactó que el optante pudiera otorgar unilateralmente escritura pública de ejercicio de la opción, es decir, con su sola intervención.
2. El ejercicio de la opción suponía la extinción de los derechos de los subadquirentes, titulares del dominio o derechos reales sobre la finca posteriores a la opción.

El Registrador denegó la inscripción. El presidente de la Audiencia confirmó, en parte, la nota del Registrador, contra la que se interpuso recurso de apelación ante la Dirección General de Registro Notarial.

Se trata de una opción real constituida en contrato, que previene la cancelación de los derechos de los subadquirentes sobre la finca lo que quiere decir que en el momento de ejercitar la opción ésta podría tener como titular a una persona diferente del concedente (caso que no se da en este supuesto, pero que cabe dentro de lo posible).

De ahí que la Dirección General de Registro Notarial prevenga que «el optante», al decidir la opción y como consecuencia del entramado de las recíprocas relaciones derivadas de una opción de compra en trance de consumación ha de haber cumplido las obligaciones que

le atañen, lo que hace necesario que en el momento de otorgar la escritura en que conste su decisión de ejercitar su opción y consumar la prevista adquisición, acredite ante el fedatario público la previa constitución del adecuado depósito, o al menos requerir al Notario autorizante para su constitución, mediante la entrega a tal efecto de la convenida contraprestación...», y en el caso que comentamos esta circunstancia está prevista, pero que se realice el depósito con posterioridad a la consumación del contrato de opción, de forma que no cubre la exigencia de la Dirección General de Registro Notarial.

En esta Resolución la Dirección General de Registro Notarial, acepta la posibilidad de que por acuerdo de las partes pueda prescindirse del concedente, a la hora de ejercitar la opción y en consecuencia de perfección de la compraventa, porque:

- La voluntad del concedente se ha integrado en la escritura de constitución de la opción.
- La voluntad del optante lo ha hecho en la escritura de ejercicio de la opción.

Como sea que a efectos de entrega las dos escrituras cumplen los requisitos de la misma, resulta que en el momento de ejercitar la opción se juntan:

1. Consumación del derecho de opción.
- 2. Perfeccionamiento de la compraventa.
3. Entrega de la cosa, es decir, cumplimiento por parte del concedente.

En consecuencia será necesario acreditar también en este momento la consignación del precio, de forma que así queda también consumada la compraventa.

De ahí que la Dirección General de Registro Notarial, considere que, justificar el pago en el momento de la inscripción, no es suficiente, ya que la consumación de la compraventa con intercambio de la cosa por precio se da en el momento del otorgamiento de la escritura, no en el de la inscripción de la misma en el Registro.

El considerando comentado de la Dirección General de Registro Notarial puede calificarse de lógica aplicación del artículo 1.124 del Código civil, porque quien puede exigir el cumplimiento debe haber cumplido previamente. Porque al otorgarse la escritura adquirirá el dominio; por tanto, el vendedor había cumplido, lógico es, que el comprador cumpla su obligación de pago del precio. Lo que no parece necesario es que conste en el contrato de opción esta exigencia; bastaría, como comenta Torres Lana (38), que se acreditara el depósito en el momento de otorgar la escritura.

(38) TORRES LANA, J. A.: *Contrato y...*, p. 262.

2. El ejercicio del derecho de opción, otorgado en negocio unilateral

Hasta aquí hemos visto supuestos de opciones constituidas en contrato, pero como se ha dicho, también pueden constituirse por donación o por legado. En estos supuestos se tratará generalmente de opciones reales.

El ejercicio de la opción actuará como condición resolutoria de los derechos adquiridos con posterioridad a la concesión de la misma y deberá ejercitarse frente al último titular de los bienes, es decir, frente a quien sea titular de los bienes en el momento de ejercitar la opción.

Para este último, el ejercicio de la opción supondrá:

— La resolución de su derecho.

— La obligación de realizar la entrega de los bienes y otorgar la correspondiente escritura de compraventa.

(La Resolución de la Dirección General de Registro Notarial, de 7 de diciembre de 1978, en este sentido dice: «...en todo caso el derecho de opción de compra inscrito actuará contra todo propietario del inmueble afectado, que estará siempre obligado a hacer el acto de transferencia...»).

En realidad, al adquirir el bien gravado se ha colocado en la situación que tenía el concedente (39).

El problema es determinar, cómo se perfecciona la compraventa, si el título de constitución de la opción no es un contrato, sino una donación.

De cara a la perfección de la compraventa, tanto el contrato de opción como la donación cumplen un papel preparatorio, y son vehículo válido para exteriorizar la declaración de voluntad del concedente en el sentido de querer realizar la venta; luego con el ejercicio de la opción ésta queda perfeccionada.

3. El ejercicio de la opción. Objeto y cuestiones registrales

3.1. Objeto del ejercicio

Se ha analizado el ejercicio de la opción en cuanto a los sujetos (activo y pasivo), a las circunstancias de tiempo, tanto en su ejercicio como en la consumación del negocio optado, pero falta todavía una cuestión. En efecto, nos referimos al objeto sobre el que recae el derecho de opción, es decir, el objeto optado.

Pueden ser objeto de opción los bienes (muebles e inmuebles) y los derechos (reales y de crédito).

(39) PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos del Derecho Civil*, tomo II, vol. II, Barcelona, 1982, p. 55.

El objeto de la opción debe reunir ciertos requisitos: existencia real o posible, ha de ser determinado o determinable y de lícito comercio.

Sin embargo, por lo que se refiere a las opciones reales, estos requisitos se hacen más rígidos, ya que los derechos reales, por sus características, requieren una identificación total del objeto sobre el que recaen.

Efectivamente, este es el caso contemplado en la Resolución de la Dirección General de Registro Notarial de 7 de diciembre de 1978. El supuesto de hecho hace referencia a una opción de compra real sobre varias fincas arrendadas, pero con la particularidad de que el derecho de opción podrá ejercitarse en una o varias veces mientras dure el arriendo:

- Sobre la totalidad de las fincas.
- Sobre alguna de las fincas.
- Sobre parcelas de las mismas.

El Registrador denegó la inscripción e informó que: la finca es el soporte de los derechos reales y el principio de especialidad recogido en los artículos 7 y 243 de la Ley Hipotecaria, impide que el optante pueda ejercitar su derecho sobre parcelas no inscritas que puedan constituirse, aun cuando se determine su superficie en metros cuadrados, siendo reiterada la Jurisprudencia de la Dirección General de Registro Notarial, que prescribe que los derechos reales recaigan siempre sobre la finca como unidad.

El Notario recurrente había argumentado que la inscripción del derecho no supone infracción alguna al principio de especialidad, porque negar la posibilidad de que sea concedida al optante la facultad de segregar para adquirir parcialmente, sería negar la posibilidad de que el mismo propietario pudiera segregar y vender, diciendo que esta posibilidad, al afectar a parte indeterminada de la finca, infringe el principio de especialidad.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador.

Evidentemente, el razonamiento del Notario recurrente nada tiene que ver con la cuestión debatida. Efectivamente, el titular del bien tiene sobre el mismo la facultad de disposición consiguiente, pero cuando se constituye un derecho real, éste debe ser determinado, en este caso se da un mismo tratamiento a las posibilidades de actuación del dueño que a un derecho real, situación a todas luces incongruente.

La razón que añade la Dirección General de Registro Notarial para la no inscripción de la opción se basa en la necesidad de que quede claramente determinada la extensión del derecho que se pretende inscribir (art. 5.2 y 51.6 RH), ya que una facultad de segregación tan indeterminada en cuanto al objeto, de acceder a los libros registrales, no permitiría conocer a los terceros los inmuebles sobre los que recae, y atenta al principio de especialidad y a la claridad que debe presidir la publicidad registral.

Este criterio es aplicable tanto a opciones reales como obligacionales, porque si bien el principio de especialidad va referido a los derechos reales, téngase en cuenta que las opciones inscritas a través del artículo 14 del Régimen Hipotecario son eficaces frente a terceros, y éstos deben saber exactamente sobre qué bienes recae la opción.

3.2. *La inscripción del ejercicio de la opción*

Por último, una sola pregunta: ¿Es posible inscribir en el Registro de la Propiedad el ejercicio de la opción?

La Dirección General de Registro Notarial, en la Resolución de 7 de septiembre de 1982, trató el tema. En efecto, el supuesto de hecho contemplado fue el siguiente:

La Sociedad «Recuperaciones Submarinas, S. A.», concedió en escritura pública un derecho de opción de compra a la Sociedad alemana «Eckhard y Co.Gm.b.H» por un plazo de cuatro años, que fue inscrito en el Registro de la Propiedad.

El plazo para el ejercicio de la opción finalizaba el 31 de octubre de 1981 y el 18 de septiembre de 1981 la Sociedad alemana requirió notarialmente a «Recuperaciones Submarinas, S. A.», para que compareciera en la Notaría que se indicó a otorgar la escritura de compraventa.

El día 23 de octubre de 1981 se presenta en el Registro de la Propiedad una instancia acompañada del acta notarial del día 18 de septiembre de 1981, acreditativa del ejercicio del derecho de opción, en la que se solicitaba se extendiera nota marginal del ejercicio del derecho de opción conforme a lo dispuesto en los artículos 23 de la Ley Hipotecaria y 177 del Régimen Hipotecario.

La inscripción fue denegada, y recurrida.

La Dirección General de Registro Notarial, confirmó la nota del Registrador, puntualizando diversos aspectos:

1. Se trata de un derecho de opción obligacional pactado en contrato, en virtud del cual, caso de ser ejercitado el derecho el concedente estaría obligado a otorgar la escritura de compraventa.

2. El tema que se trata, es determinar si puede constar en el Registro el ejercicio de la opción por requerimiento notarial.

3. A tal efecto, sí sería de aplicación analógicamente el artículo 23 de la Ley Hipotecaria y 177 del Régimen Hipotecario.

4. Que no cabe la aplicación de dichos artículos porque no se ha originado todavía una modificación jurídico real, en tanto no se dé cumplimiento a la obligación por ambas partes.

5. Que corresponde a la diligencia del optante procurar que, ejercitada la opción, pueda otorgarse la escritura pública de compraventa antes de que, vencido el plazo de opción convenido, deje de publicar el Registro su existencia, por caducidad, o en su defecto haya queda-

do anotada preventivamente la demanda en que se pretende el otorgamiento de la escritura.

Este problema fue visto ya por Roca Sastre (40), que apuntaba como posible solución para evitar la indefensión del optante la aplicación analógica del artículo 177 del Régimen Hipotecario.

6. Sería completamente distinto el caso de una opción pactada por las partes como real y que al amparo del artículo 7 del Régimen Hipotecario se hubiese previsto que la simple voluntad afirmativa del optante expresada en escritura pública fuera suficiente para que quedase perfeccionada la compraventa y consumada la tradición.

De ahí se deduce lo siguiente:

1. El ejercicio del derecho de opción, si es obligacional, sólo supone la perfección de la compraventa, pero no su consumación, para la cual hará falta cumplir las obligaciones. En consecuencia al no producirse la transmisión no se ha consumado la adquisición del derecho y no es aplicable el artículo 23 de la Ley Hipotecaria.

Sólo tendrá acceso el ejercicio de la opción al Registro de la Propiedad cuando haya sido otorgada la escritura de compraventa, ya sea por el vendedor o por el Juez (será en realidad la transmisión de la propiedad lo que tiene acceso al Registro).

2. En el ejercicio de la opción real, *si se ha pactado*, es posible prescindir del otorgamiento de la escritura de compraventa, porque la escritura de constitución de la opción con la voluntad del concedente, más la escritura del ejercicio de la opción que contendrá la voluntad del optante, serán suficientes para no sólo perfeccionar la compraventa (acuerdo de voluntades), sino para consumir la tradición. En este caso no se trataría también de hacer constar la adquisición por nota marginal, sino de inscribir el cambio de acuerdo con el artículo 7 del Régimen Hipotecario.

Esta cuestión queda abierta y sería conveniente hallar una solución, para los supuestos como el tratado en la Resolución, que se ejercita la opción los últimos días del plazo, pues el vendedor podría cancelar la inscripción y vender a un tercero de buena fe, quedando esté protegido en contra del optante que ha ejercitado su derecho, pero no ha tenido tiempo suficiente para anotar la demanda.

4. Efectos del ejercicio del derecho de opción

Como se ha dicho, la opción se concede por un plazo determinado durante el cual el beneficiario de la misma puede ejercitarla, con lo que queda extinguida. Ahora bien, si transcurre el plazo de la opción sin que el optante actúe o haciéndolo es incorrecta, la opción se extinguirá (SS. de 17-1-73, y de 22-6-78).

(40) ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho Hipotecario*, tomo III, pp. 570 y ss.

Sin embargo, una vez ejercitada la opción puede presentarse una nueva cuestión. En efecto, en los casos en que la opción conste en el Registro de la Propiedad y con posterioridad se hayan inscrito nuevos derechos sobre el bien, es necesario determinar cuál será la suerte que correrán los mismos.

El tema ha sido tratado por Roca Sastre (41), que distingue:

El último propietario. Cuando el concedente ha transmitido el bien a un tercero, éste queda obligado, no contractualmente, como el propietario o titular concedente de la opción, sino *ob rem*, como subadquirente. Añade Roca Sastre que, en rigor técnico, queda subrogado en la obligación personal asumida por el dueño o titular. Deberá otorgar la correspondiente escritura pública, lo que implicará la oportuna tradición, quedando apta para su ingreso en el Registro.

Titulares de derechos reales o cargas inscritos con posterioridad al derecho de opción, por el mismo propietario que constituyó la opción. El sistema a seguir es la liquidación de dichos derechos cargas y gravámenes, por entrañar su extinción el ejercicio del derecho de opción de compra, procediéndose a la cancelación de los asientos correspondientes, previo abono preferente de su importe.

La doctrina es unánime en cuanto a la liquidación de dichos derechos (42) y cargas, pero la operatividad del sistema no está establecida y hace falta recurrir a soluciones analógicas, establecidas para otros supuestos de adquirentes de derechos reales sobre bienes sujetos a condición resolutoria (art. 175.6 RH) y sólo puede cancelarse si se acredita la consignación del precio.

En este sentido la citada Resolución de la Dirección General de Registro Notarial, de 7 de diciembre de 1978, afirma que el ejercicio de la opción afecta de forma directa a los titulares de derechos posteriores inscritos, y en el caso que contempla no se establece ninguna garantía a favor de los mismos que verán cancelado su asiento, no ya sin su concurso, sino que ni siquiera pueden contar con el depósito a su disposición del precio del inmueble, careciendo de las garantías de los procedimientos judicial sumario y extrajudicial de ejecución hipotecaria, por lo que es necesario contemplar no sólo los intereses en juego, sino también las previsiones que hace la Ley Hipotecaria, artículo 107.7 (pacto de retro) y el artículo 175.6 del Régimen Hipotecario, de forma que pueda practicarse la cancelación automática de los derechos reales sujetos a condición resolutoria, sólo cuando se acredite la consignación en un establecimiento bancario o caja oficial del importe que haya de ser devuelto, o bien, de acuerdo con el artículo 235.0 del Régimen Hipotecario, que el sobrante se deposite a disposición de los titulares de derechos reales posteriores, en un establecimiento público destinado al efecto.

(41) ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho Hipotecario*, tomo III, pp. 566 y ss.

(42) PEÑA, B. Q., M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, p. 349.

En esta misma línea la Resolución de la Dirección General de Registro Notarial, de 28 de septiembre de 1982, trató un problema de opción de compra inscrita en el Registro de la Propiedad con posterior anotación de embargo. La cuestión consistía en determinar si bastaba la solicitud de los optantes para cancelar la anotación de embargo una vez inscrita la compraventa, o era además necesario consignar el precio.

La Resolución mantuvo el criterio de que los afectados con la cancelación de la anotación preventiva de embargo debían contar con el depósito a su disposición del precio del inmueble, para la satisfacción de sus créditos, teniendo en cuenta sobre todo que todas las actuaciones de los interesados tienen lugar privadamente y al margen de todo procedimiento judicial y con la falta de garantía que ello podría implicar para los terceros afectados.

En definitiva, se cancelarán estos derechos, pero los titulares de los mismos tendrán la garantía del precio pagado por el optante, porque sólo podrán cancelarse como dice Peña (43), si se acredita la consignación del precio en establecimiento público.

SENTENCIAS TS

STS. 23-3-45, A.443.
 STS. 8-7-46, A.938.
 STS. 17-10-61, A.3603.
 STS. 5-7-62, A.3116.
 STS. 26-3-65, A.1481.
 STS. 7-2-66, A.793.
 STS. 22-6-66, A.3440.
 STS. 7-11-67, A.4111.
 STS. 22-4-72, A.1899.
 STS. 17-2-73, A.477.
 STS. 21-10-74, A.3898.
 STS. 12-12-74, A.4674.
 STS. 26-5-76, A.2366.
 STS. 18-4-78, A.1361.
 STS. 22-6-78, A.2360.
 STS. 16-4-79, A.1401.
 STS. 12-7-79, A.2951.
 STS. 15-2-80, A.935.

STS. 23-5-80, A.1958.
 STS. 6-2-81, A.383.
 STS. 29-9-81, A.3247.
 STS. 17-7-82, A.4254.
 STS. 7-3-83, A.1424.
 STS. 13-7-83, A.4218.
 STS. 9-2-85, A.541.
 STS. 12-3-85, A.1140.
 STS. 24-5-85, A.2621.
 STS. 14-6-85, A.3274.
 STS. 26-6-85, A.3315.
 STS. 24-9-85, A.4407.

RESOLUCIONES DGRN:

R. 13-12-55, Anuario DGRN.
 R. 7-12-78, Anuario DGRN.
 R. 7-9-82, Anuario DGRN.
 R. 28-9-82, Anuario DGRN.

(43) PEÑA, B. Q., M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, p. 349.

El fundamento democrático de la unidad de mercado (A propósito de un libro reciente)

Por LUIS IGNACIO ARECHEDERRA ARANZADI

Catedrático de Derecho civil

No hace mucho tiempo, un editorial de la revista «The Economist» (Don't forget the politics of 1992. July 16 1988, pág. 13) señalaba que «un mercado común europeo necesita fundamentos democráticos». Y apostillaba, «ahora no los tiene»

El pragmatismo presente en el momento originario de la CEE fue, indudablemente, un acierto. Se orilló la política para centrar el núcleo inicial, de lo que podía ser una Europa unida, en torno a lo económico. Pero inevitablemente —no puede ser de otra manera— el éxito de dicho planteamiento acabaría por poner sobre el tapete los aspectos políticos del proyecto.

Y con ellos —con los aspectos políticos— han aflorado de forma nítida las diversas concepciones políticas acerca de la construcción de Europa. A Margaret Thatcher se le puede negar todo menos claridad. «No quiero ver una transferencia en bloque del poder soberano de los Parlamentos hacia Bruselas. Un fenómeno que se produciría si las propuestas del grupo Delors sobre la unificación económica y monetaria fueran plenamente adoptadas». («El País», 1 de mayo de 1989, pág. 2.)

El citado editorial «The Economist» señala la que a mi juicio puede ser la regla de oro de la construcción de Europa: «cualquier desplazamiento de poder dentro de la Comunidad debe ser democrático para que sea tolerable».

La fórmula no deja de ofrecer dificultades. En definitiva, la propuesta de la prestigiosa revista pasa, casi necesariamente, por el fortalecimiento de las instituciones europeas. Y una consecuencia, probablemente necesaria, de dicho fortalecimiento del todo pasa por un debilitamiento de las partes. Indudablemente, si un día se construye Europa, será a costa de algo. Desde el matrimonio hasta la más sofisticada fórmula asociativa, converger implica ceder.

Tal vez, por ello, lo importante sea el modo. Y tal vez, por ello, la receta de «The Economist» sea de mayor calado de lo que aparenta. Ahora bien, incluso como modo de proceder presenta sombras y luces. Sombras porque una vertebración democrática de Europa como un todo, puede equivaler a una trituración de las diferencias. A veces, profundizar en la democracia supone un proceso de funcionalización en aras de la igualdad. Luego la democratización sólo aparente-

mente es neutra, contemplada desde esta óptica. Y luces, porque si efectivamente el proceso es democrático, auténticamente democrático, sabrá conjugar el necesario fortalecimiento institucional de Europa, con el respeto a la identidad de sus integrantes.

En nuestro país, vistas las cosas internamente, la transformación política operada ha supuesto una mutación inversa a la anteriormente descrita. Se ha propiciado la descentralización política, otorgando niveles institucionalizados de autogobierno, incluso en lugares donde nunca añoraron ser cosa distinta de lo que eran. Se han encontrado con unas competencias que probablemente les ha llegado más que como atención a sus necesidades, como consecuencia del desbordamiento del problema autonómico.

Por ello, la simple existencia de Parlamentos autonómicos, con sus correspondientes competencias implica una eventual fragmentación del ordenamiento jurídico. A través, de la nueva estructuración territorial del estado, pueden volver a emerger particularismos que, de alguna manera, se daban por superados.

La uniformidad en lo relativo a la vida mercantil fue un logro resultado de un proceso arduo y largo. En 1866, el Tribunal Supremo rechazó la aplicación al comercio de ciertos particularismos locales, porque, «no constituyen el derecho general o común de España, y porque de otro modo vendría a *destruirse la uniformidad establecida por el mencionado Código*» (Código de Comercio de 1829, también conocido como Código de Sainz de Andino.)

Esa unificación, mantenida también por el posterior y actual Código de Comercio de 1885, en alguna medida quedó cuestionada por la polémica sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1968, paradójico fruto del reverdecimiento foral auspiciado por un estado centralizado. Dicha sentencia admitió como norma aplicable a un conflicto mercantil una regla, de raíz romana, incorporada al derecho foral catalán —derogada en 1984 por el Parlamento Catalán—, y al hacerlo pareció abrir un portillo a la diversidad como compatible con la vida económica.

Ciertamente ahora la fragmentación no procederá, en su caso, tanto de la revitalización de lo histórico, como del prurito de tener cada Comunidad Autónoma su propia y peculiar norma para aquellas materias que, o bien sean especialmente urgentes, o bien sean ocasión de lucimiento, a través de la afirmación de su propia singularidad en un tema de trascendencia. Piénsese en la proliferación de legislación protectora del consumidor. Siendo claro, en cualquier caso, que con una —aunque eso sí, técnicamente cuidada— ley basta para atender a las necesidades de lo que es un mercado único, en vías de integración en otro más amplio.

De nuevo la unificación —propiciada a nivel supraestatal— puede presentarse como atentatoria, si no de la inexistente soberanía de cada Comunidad Autónoma, al menos sí de la competencia reconocida al poder legislativo local. Tal vez, por ello, no esté de más trasladar al ámbito interno lo que «The Economist» recomendaba para la CEE: «cualquier desplazamiento de poder dentro de la Comunidad debe ser democrático para que sea tolerable».

Aquí es, donde incide de lleno, la reciente monografía de la profesora Gaya Sicilia «Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8 de la Constitución Española». Mediante esta expresión el Estado se reserva «en todo caso», como competencia exclusiva la legislación civil sobre las materias así men-

cionadas. Se trata de un núcleo irreductible de la unidad en cuestiones referentes a la contratación, es decir, al tráfico.

Como comprenderá el lector dar cuenta del alcance de dicha expresión es una tarea apasionante, en cuanto que ofrece una legitimación constitucional, y, por ello, democrática a dicha reserva estatal. De ahí el encabezamiento de estas líneas: «el fundamento democrático de la unidad de mercado». Efectivamente, creo que *in nuce* dicha unidad está contenida en la transcrita frase del texto constitucional. Contendida con la capacidad expansiva que requiera el tema protegido. Es decir, para mí, el alcance de esa reserva equivale, en su extensión, a lo que demande la unidad de mercado, que de este modo se convierte en medida de la expresión y de la reserva competencial.

La profesora Gaya Sicilia, siguiendo los dictados del artículo 3 del Código Civil, realiza una propuesta de presente teniendo en cuenta el pasado y el futuro. Porque la expresión tiene pasado, y precisamente un pasado altamente significativo. Normalmente, para orillar la incomodidad que para el fervor localista presenta la referencia constitucional, los analistas se limitan a recordar que se trata de una expresión tomada de la Constitución republicana de 1931.

Y así es, en efecto. Lo que se omite es, por un lado, la coincidencia de un planteamiento autonomista, de mayor envergadura que el actual, con la aparición de dicha reserva. Cuando la diversidad se planteó con generosidad política, se tuvo en cuenta que había cuestiones que pertenecían al Estado, por diversos motivos.

Alcalá Zamora, el 23 de noviembre de 1931, en una importante intervención parlamentaria, explicará el por qué de esta concreta reserva. «Las bases de las obligaciones contractuales son la base de las obligaciones, porque sobre el derecho de obligaciones se enraiza la tradición mucho menos que en el suelo, en el seno de la familia y en la transmisión hereditaria; porque el criterio de los propios países federales, desde Suiza y Alemania, es la universalidad que el tráfico impone en el derecho de obligaciones».

No es menos interesante advertir —siguiendo la lectura del libro— que en el reciente periodo constituyente se buscó tanto matizar el alcance de dicha expresión, como suprimirla.

La Minoría Catalana presentó una enmienda (núm. 183) al proyecto de Constitución, matizando la reserva a favor del Estado, en el sentido de que ésta se entendiese «sin perjuicio del mantenimiento de las peculiaridades de las mismas que estuvieren vigentes en el Derecho substantivo de los territorios autónomos». La enmienda no prosperó.

El fracaso de la enmienda, no fue obstáculo para que la referencia «a las bases de las obligaciones contractuales» desapareciese a lo largo de la tramitación parlamentaria. Algo debe tener esa expresión cuando atrae tanta atención.

Atención que, al reaparecer dicha mención con carácter definitivo, tras las deliberaciones de la Comisión Mixta (Congreso-Senado), se tornó en olvido, en forma de silencio. Como si lo que tanto se combatió careciese de importancia.

Como se ve, no estamos ante una mecánica repetición de lo que dijera la Constitución de 1931, en su artículo 15. Estamos ante una reproposición meditada, discutida. Lo que atribuye a la reserva estatal mayor significado, si cabe.

Podrá objetarse que es una cuestión relativa al Derecho civil. Indudablemente, así es; el artículo 149.1.8, se ocupa de la legislación civil. Pero el propio artículo 149.1 se reserva en bloque la legislación mercantil. Con lo que la reserva alcan-

za a todo el derecho privado relativo a la economía, al mercado. Lo cual no es poco.

En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 24/1988, de 28 de julio, sobre Mercado de Valores, en su apartado noveno, es altamente significativa. «La Ley parte del *irrenunciable principio de unidad del orden económico*, del que el mercado de valores constituye pieza esencial. Responde a la necesidad de organizar el mismo como mercado único, condición inexcusable para su eficiencia y para su plena operatividad internacional. Resultaría inadecuado una solución que se encaminase hacia un *modelo territorialmente fragmentado*, sobre todo si se tiene en cuenta el contexto europeo en el que se mueve la economía española».

Este planteamiento, nítidamente expuesto, es posible a pesar de que determinados preceptos estatutarios (artículo 10, número 28, del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, o el artículo 44, número 28, del Amejoramiento del Fuero para Navarra) parecerán recabar como competencia exclusiva la materia que aborda la antecitada Ley. Bien es cierto que la atribución de dicha competencia, como autónómicamente exclusiva, se realiza «de conformidad con la legislación mercantil». En cualquier caso, es claro, que dichas competencias autonómicas, tras la aprobación de la citada Ley, quedan privadas de su potencial contenido exclusivo. No podía ser de otra forma.

Por tanto, incluso cuando desde instancias no sólo de derecho público, sino vertebradoras de la organización estatal, parece producirse la aludida fragmentación se impone «el irrenunciable principio de unidad del orden económico». Pienso que este principio no aludido expresamente a nivel constitucional, encuentra su genérico apoyo en la aludida expresión —«bases de las obligaciones contractuales»— contenida en el artículo 149.1.8. Apoyo no sólo a nivel de técnica jurídica, sino también a nivel político, porque el establecimiento de la unidad del orden económico, en nuestro caso, internamente, goza de fundamento democrático que justifica el desplazamiento de facultades —en el orden económico— hacia el poder central.

INFORMACION LEGISLATIVA (*)

A cargo de
PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH

I. DERECHO CIVIL

1. Parte General

1. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, sobre Ley aplicable a la responsabilidad por productos.

Instrumento de ratificación de 7 de noviembre de 1988 («B.O.E.» del 25 de enero de 1989).

El presente convenio señala la legislación aplicable para determinar la responsabilidad de fabricantes, productores y distribuidores por los daños causados por los productos que elaboran o distribuyen, incluyendo los derivados de la falta de información sobre sus características o modo de empleo.

La legislación aplicable será el derecho interno del Estado o de residencia habitual del perjudicado si, además, es el de situación del establecimiento del responsable o el de adquisición del producto. Será aplicable la Ley del Estado donde se haya producido el daño si también en dicho Estado reside el perjudicado, tiene su establecimiento el responsable o fue adquirido el producto.

La importancia de determinar la normativa aplicable radica en que se extenderá a regular el alcance de la responsabilidad y las condiciones de la indemnización, así como la prescripción o caducidad de la acción para exigirla.

Este convenio entró en vigor para España el día 1 de febrero de 1989.

2. Derecho de obligaciones

2. CONTRATOS SOBRE INMUEBLES. Normas para la protección de los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas.

Real Decreto 515/1989, de 21 de abril («B.O.E.» del 17 de mayo).

A) Exposición:

1. Ambito de aplicación: Las presentes normas se aplican a la oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas en el marco de una

(*) Se refiere a las disposiciones publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» durante el primer semestre de 1989.

actividad empresarial o profesional. Entrarán en vigor a los seis meses de la publicación del Decreto.

2. Requisitos generales: Las actividades de publicidad habrán de ser veraces, no inducir a error, no silenciar datos fundamentales y harán surgir el derecho a exigir el cumplimiento de su contenido.

3. Deber de información: Los titulares de las actividades reguladas deberán ofrecer información completa sobre sus propios datos de identificación y sobre las viviendas que ofrecen, incluyendo planos de emplazamiento, descripción de cada vivienda, indicación de materiales, datos registrales del inmueble y precio.

En caso de venta de viviendas deberá informarse también de las autorizaciones exigidas, el régimen de la Comunidad de Propietarios, la situación de la construcción y el modelo de contrato, que recogerá determinaciones específicas (el comprador no soportará los gastos de titulación previa; el derecho del comprador a elegir Notario y traslado de los artículos 1.279 y 1.280, número 1, del Código civil).

La completa determinación del precio de venta se realizará con entrega de una nota que detallará los conceptos a incluir, forma y medios de pago y el régimen financiero. En los folletos y demás documentos de publicidad se incluirán los datos indicados, ofreciéndose la información de suministro obligatorio.

4. Requisitos de los contratos: Los contratos sujetos a estas normas deberán redactarse con claridad y sencillez, sin referencias a textos no disponibles y responder a la buena fe y al justo equilibrio de contraprestaciones.

En particular deberán reflejar con exactitud los pagos aplazados y sus condiciones, así como las cláusulas que supongan incremento del precio (reformas), que deberán ser consentidas expresamente. No serán repercutibles a los compradores o arrendatarios los gastos derivados de errores administrativos o bancarios, ni los causados para formalizar la titularidad del vendedor.

5. Régimen sancionador: Será aplicable la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. (Véase su reseña en este Anuario, XXXVII - IV, disposición número 4 de la Información Legislativa.)

B) Observaciones:

Con este Decreto se extiende el llamado Derecho de los Consumidores al tráfico inmobiliario, superando su tradicional exclusión del ámbito mercantil. Se pone así de manifiesto el progresivo abandono de los antiguos criterios delimitadores del Derecho Mercantil respecto del Civil, pues dejan de ser útiles ante estas disposiciones, que parecen configurar una rama jurídica, próxima al Derecho Administrativo, y que inciden directamente en la aplicación de sus normas. Debe tenerse en cuenta que buena parte del contenido de los contratos queda ya definido por el presente Decreto que, en ocasiones, desarrolla y precisa el alcance de principios generales del Derecho.

El incumplimiento de estas disposiciones está, en general, sometido a un régimen sancionador administrativo pero no faltan en la Ley 26/1984 las referencias a efectos civiles (arts. 2 y 10) o penales (art. 32) que acarrearán su infracción.

3. Derechos reales

3. PROPIEDAD TERRITORIAL. Régimen para la conservación de espacios naturales y de la fauna y flora silvestres.

Ley 4/1989, de 27 de marzo («B.O.E.» del 28).

La presente Ley, de naturaleza administrativa, establece una serie de instrumentos para la protección, conservación y mejora de los recursos naturales. Principalmente serán utilizados con esta finalidad los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales, dotados de especial eficacia, pues sus determinaciones prevalecerán sobre los instrumentos de ordenación territorial o física existentes.

Para la protección de espacios naturales determinados podrán ser declarados «protegidos», en alguna de sus categorías: Parques, reservas o monumentos naturales y paisajes protegidos. La específica declaración no sólo puede conducir al procedimiento expropiatorio, sino que también atribuye a la Administración competente los derechos de tanteo y retracto en caso de transmisión de los terrenos situados en la zona protegida.

La protección de la fauna y flora silvestres se materializa en prohibiciones generales de actividades que puedan perjudicarlas y, especialmente, en la catalogación de especies amenazadas.

La Ley establece un detallado régimen sancionador administrativo, sin perjuicio de la posible competencia de la jurisdicción criminal.

II. DERECHO MERCANTIL

4. MERCADO DE VALORES. Regulación de las Sociedades y Agencias de Valores.

Real Decreto 276/1989, de 22 de marzo («B.O.E.» del 23).

Una de las principales novedades introducidas por la Ley del Mercado de Valores, de 28 de julio de 1988 (reseñada en este Anuario, XLI - IV, disposición número 12 de la Información Legislativa), es la sustitución de los actuales miembros individuales de las Bolsas de Comercio, los Agentes de Cambio y Bolsa, por entidades constituidas como Sociedades o Agencias de Valores y Bolsa. La aplicación del nuevo régimen exigía una regulación detallada de estas entidades, tarea que desarrolla la presente disposición.

En primer lugar, se establecen el procedimiento y los requisitos para la constitución de las Sociedades y Agencias de Valores, con una doble intervención administrativa; previa, mediante la autorización del proyecto por el Ministro de Economía y Hacienda, y posterior, con el registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores. También se someten a control los actos de modificación de estatutos, transformación, fusión, apertura y cierre de sucursales.

El Decreto desarrolla, también, el régimen de incompatibilidades que afectan a los partícipes en estas entidades; en particular, el alcance de la prohibición de simultanear la titularidad de acciones de varias Sociedades o Agencias de Valores. La Comisión Nacional del Mercado de Valores, controlará las participaciones, así como los actos de transmisión.

Para la actuación de las Sociedades y Agencias reviste también especial importancia la declaración de actividades a desarrollar, que se formula ante la citada Comisión, pues supone una limitación de sus posibilidades operativas.

Respecto al funcionamiento de las Sociedades y Agencias de Valores, la norma reglamentaria determina los coeficientes de liquidez y de solvencia que deben respetar, así como algunos aspectos básicos de sus operaciones financieras.

Las disposiciones transitorias se dedican a prever las etapas a cubrir para la entrada en vigor de la reforma del mercado de valores el día 29 de julio del presente año. Para ello concede plazos a los actuales miembros del mercado que, en ocasiones, son extraordinariamente cortos, dificultando la adopción racional de las decisiones.

5. ENTIDADES DE CREDITO. Regulación de las cooperativas.
Ley 13/1989, de 26 de mayo («B.O.E.» del 31).

Haciendo uso de sus facultades constitucionales para regular las bases de ordenación del crédito, el Estado procede a establecer el régimen de este tipo especial de cooperativas, previendo que, en desarrollo de sus principios, las Comunidades Autónomas dicten normas detalladas sobre la materia.

Peculiaridad de las cooperativas de crédito es el destino especial de sus actividades financieras hacia sus socios, sin que las operaciones activas con terceros pueda superar el 50 por 100 de sus recursos totales.

Como las restantes entidades de crédito, estas cooperativas están sometidas al cumplimiento de especiales requisitos para su constitución y funcionamiento, con autorización del Ministerio de Economía y Hacienda e inscripción en los registros del Banco de España, además de en el Mercantil y de cooperativas. Les será de aplicación la Ley de 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de entidades de crédito.

Los Estatutos de la cooperativa contendrán su régimen de organización y funcionamiento, siendo órganos sociales la Asamblea General y el Consejo Rector.

Las aportaciones de los socios se reflejarán en títulos nominativos y no podrán superar los límites que se establecen; serán reembolsables siempre que lo permita el cumplimiento de las normas de funcionamiento.

Finalmente, la distribución de beneficios queda limitada por la dotación obligatoria de Fondos especiales.

6. BOLSAS DE VALORES. Regulación de sus miembros y de las Sociedades Rectoras.

Real Decreto 717/1989, de 23 de junio («B.O.E.» del 24).

La Ley de 24/1988, de 28 de julio, reguladora del Mercado de Valores (reseñada en este Anuario, XLI - IV, disposición número 12 de la Información Legislativa) lleva a cabo una modificación completa del sistema organizativo de las Bolsas españolas, que entrará en vigor el día 29 de julio de 1989. El presente Real Decreto cumple las previsiones de desarrollo reglamentario de la Ley en la parte relativa a los miembros del Mercado de Valores y a la dirección de las Bolsas. Así, se regula la situación de las Sociedades y Agencias de Valores que sean miembros de las Bolsas, la constitución y funcionamiento de las Sociedades Rectoras y de la Sociedad de Bolsas que gestiona el sistema de interconexión bursátil, y las fianzas a prestar por los miembros de cada Bolsa para garantizar el cumplimiento de las operaciones.

La disposición adicional quinta aborda la solución del vacío normativo, que

se produciría a la entrada en vigor de la Ley por la falta de una reglamentación completa, estableciendo la aplicación de las normas del Reglamento de Bolsas de 1967 y sus disposiciones complementarias.

7. ENTIDADES DE CREDITO. Requisitos para su creación.

Real Decreto 771/1989, de 23 de junio («B.O.E.» del 27).

Las «entidades de crédito de ámbito operativo limitado», expresión que comprende a las sociedades de crédito hipotecario, entidades de financiación, sociedades de arrendamiento financiero y mediadoras del mercado de dinero, se encontraban tradicionalmente sujetas a una diversidad de regímenes particulares, incluso discrepantes en la regulación de situaciones equivalentes. A partir de la Ley sobre disciplina e intervención de entidades de crédito (26/1988, de 29 de julio, reseñada en este Anuario, XLI - IV, disposición número 13 de la Información Legislativa) se ha hecho patente la necesidad de uniformar su regulación acercándola al modelo más completo en la materia, constituido por el régimen de las entidades bancarias.

La promulgación del Real Decreto 1144/1988, de 30 de septiembre (véase en este Anuario, XLII - II, disposición número 12 de la Información Legislativa) sobre creación de Bancos privados, refundiendo y sistematizando la pluralidad de disposiciones que, sucesivamente, habían incidido sobre el tema, ofrece una ocasión para, a su vez, acometer la reordenación de las demás entidades de crédito.

Quedan al margen, sin embargo, las Cajas de Ahorros y Las Cooperativas de Crédito, pendientes de una regulación específica.

El nuevo Decreto realiza una aplicación general a las entidades de crédito citadas anteriormente, del Real Decreto 1144/1988, pero con las siguientes excepciones:

- El capital social mínimo será de 750 millones de pesetas para las sociedades mediadoras, 500 millones para las de crédito hipotecario o arrendamiento financiero y 300 millones para las entidades de financiación.
- Será en cada caso objeto social exclusivo el correspondiente a las operaciones que desarrolle cada tipo de entidad. En particular las sociedades mediadoras se dedicarán a la intermediación en mercados monetarios, interbancarios o de deuda pública anotada.
- Los Consejos de Administración tendrán, como mínimo, tres miembros.
- Las entidades deberán inscribirse en los registros especiales del Banco de España para cada tipo.

Por su parte, las sucursales de entidades de crédito extranjeras que desarrollen en España actividades correspondientes a los tipos antes aludidos, deberán también cumplir las previsiones del Real Decreto 1144/1988, con las adaptaciones correspondientes.

Uno de los aspectos básicos de toda alteración de los requisitos exigibles para operar en el ámbito financiero es el régimen transitorio, que permita su cumplimiento sin causar perturbaciones excesivas. Así, en general, se prevé que las entidades ya existentes deberán ajustarse al nuevo régimen antes del 31 de diciembre de 1992, salvo en lo referente al capital social mínimo, en cuya fecha bastará con tener un capital desembolsado del 50 por 100 del mínimo. Hasta entonces

no podrán reducir su capital actual y deberán siempre completar la cifra mínima si dan entrada a nuevos accionistas dominantes o grupos de control.

III. DERECHO PROCESAL

8. PROCESO LABORAL. Aprobación de una nueva Ley de Bases. Ley 7/1989, de 12 de abril («B.O.E.» del 13).

Con la finalidad de acomodar la regulación de los procesos laborales a los principios constitucionales y a la nueva organización derivada de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985, de 1 de julio, se promulgan estas 41 bases, a las que deberá ajustarse el Gobierno para elaborar, en el plazo de un año, un nuevo texto de Procedimiento laboral en sustitución del vigente, de 13 de junio de 1980.

Las bases proclaman los principios que tradicionalmente han inspirado la jurisdicción laboral, cuyos órganos disponen de gran flexibilidad de actuación. Así mismo, la intervención de las partes en los procesos se contempla con reducción de trabas y tendiendo a realizar efectivamente la igualdad procesal y el derecho de defensa. Expresamente se recoge la legitimación procesal de los sindicatos y asociaciones empresariales para la defensa de los intereses propios e incluso, para los sindicatos, en la defensa de derechos individuales de sus afiliados.

Distintas bases regulan las peculiaridades de los procesos laborales especiales y las medidas para agilizar la ejecución de las resoluciones.

La nueva organización judicial se refleja en el papel atribuido a los distintos órganos: Juzgados de lo Social, competentes en primera y única instancia; Tribunales Superiores de Justicia, para la resolución de los recursos de suplicación, y Tribunal Supremo, que conoce de los recursos de casación.

Con efectos inmediatos se modifican las cuantías de acceso a los recursos de suplicación y casación, con el fin de facilitar el tránsito a la nueva regulación.

Finalmente, una disposición adicional de la Ley establece la supletoriedad general de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto de las disposiciones de la Ley de Bases y de su texto articulado.

9. PROCESOS MILITARES. Nuevo régimen procesal militar. Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril («B.O.E.» del 18).

En el camino para la reforma del régimen jurídico militar corresponde ahora llevar a cabo una nueva regulación de sus procesos característicos, especialmente del proceso penal militar, que deben recoger los principios de garantía establecidos por la Constitución.

La nueva regulación del proceso penal trata de facilitar la defensa de los imputados y, al tiempo, agilizar el desarrollo del procedimiento, tomando como modelo los criterios de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se regulan también una serie de procesos especiales, para conocer determinados delitos, el sumarísimo, y los procesos no penales, como son el contencioso-disciplinario militar y los civiles para la prevención de testamentarias o abintestatos.

Como es obvio esta Ley deroga las normas procesales del Código de Justicia Militar de 1945.

10. PROCESOS CIVILES. Modificación parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ley 14/1989, de 29 de mayo («B.O.E.» del 1 de junio).

Se modifican los artículos 979 y 984 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referentes a la declaración de herederos abintestato, con el fin de excluir la intervención necesaria de Procurador en los procedimientos de escasa cuantía, así como la publicación de edictos.

Otra Ley, 15/1989 de la misma fecha, reforma limitadamente la Ley de Enjuiciamiento Civil en la parte que regula las habilitaciones para comparecer en juicio, con el fin de suprimir las referencias a la legitimidad de los hijos y a la habilitación que precisaba la mujer casada (arts. 1.994 a 2.001), y las autorizaciones judiciales para enajenar bienes de menores o incapacitados, que se acomodan al régimen vigente de la patria potestad y la tutela (arts. 2.011 a 2.025).

También se sustituyen todas las referencias de la Ley al «promotor fiscal» por el Ministerio Fiscal.

IV. OTRAS DISPOSICIONES

11. CONTRATO DE TRABAJO. Establecimiento del salario mínimo interprofesional y de las normas básicas de cotización a la Seguridad Social para 1989.

Reales Decretos 23/1989 y 24/1989, de 13 de enero («B.O.E.» del 17).

Se fija en 1.556 pesetas/día o 46.680 pesetas/mes el salario mínimo para trabajadores de más de dieciocho años, en cualquier clase de actividades, así como el aplicable en casos especiales y los criterios de su aplicación efectiva.

También con vigencia en 1989 se establecen los criterios para la cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional.

12. NAVARRA. Regulación de su Hacienda Pública.

Ley Foral 8/1988, de 26 de diciembre («B.O.E.» del 7 de febrero).

La presente Ley regula la Hacienda navarra siguiendo el modelo de la Ley General Presupuestaria, es decir, llegando a establecer el régimen presupuestario y de contabilidad pública, además de las normas sobre los derechos y obligaciones de la Comunidad Foral.

Expresamente se consideran aplicables, con carácter supletorio, las normas del Derecho Administrativo y las del Derecho Común.

13. IMPUESTOS SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FISICAS Y SOBRE SOCIEDADES. Régimen de los Derechos de suscripción y de las Letras del Tesoro.

Real Decreto-Ley 1/1989, de 22 de marzo («B.O.E.» del 23).

Esta disposición regula la Tributación de dos tipos de rendimiento distintos:

1.º Los derechos de suscripción, que reciben distinto trato según que procedan de títulos cotizables en Bolsa o de títulos no cotizables. La transmisión de los primeros, incluso la previa a la admisión a cotización, continuará tributando en los Impuestos sobre la Renta como hasta ahora, es decir, que se considera producida una recuperación parcial del importe de la inversión.

Si se trata de valores no cotizables, el importe obtenido se considerará como incremento de patrimonio, producido desde el momento de adquisición de aquéllos.

También se extiende a la transmisión de derechos de suscripción la aplicación del tipo tributario de los inmuebles, en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, cuando de este modo se consiga el control de una sociedad cuyo activo social sea, en su mayoría, inmuebles.

2.º Los procedentes de Letras del Tesoro, que se someten a retención por las Entidades Gestoras cuando los perceptores sean no residentes y sin establecimiento permanente en España.

14. DEUDA PUBLICA. Régimen de la contratación a plazo de Deuda Pública anotada.

Resolución de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, de 21 de marzo de 1989 («B.O.E.» del 28).

En los mercados financieros más desarrollados, el riesgo que representa la posible evolución de los tipos de interés para las operaciones realizadas sobre títulos de renta fija, especialmente deuda pública, se cubre mediante contratos a plazo, sobre valores determinados, o sobre elementos de referencia con liquidación de diferencias. La nueva regulación del mercado de Deuda Pública en España, basada en su representación por anotaciones en cuenta, ya previó la introducción de estas formas de contratación, procediéndose ahora a su establecimiento efectivo.

Se contemplan, en primer lugar, las operaciones a plazo sobre valores anotados determinados, con importe nominal mínimo de 100 millones de pesetas. También se admite la contratación de futuros, operaciones ajustadas a un modelo establecido y cuyo objeto es un valor hipotético o una combinación de valores reales, cuya liquidación se realiza por diferencias o por conversión en valores. Finalmente se contemplan las operaciones sobre derechos de opción a celebrar contratos de los antes indicados.

Como es evidente, el funcionamiento de estos mercados exige una entidad especializada, al modo de una cámara de compensación y liquidación, que figure como intermediaria de todas las corrientes de dinero o valores y garantice la ejecución de las operaciones. La resolución se refiere con detalle a una sociedad gestora que organice el mercado y asegure su desarrollo, bajo la supervisión del Banco de España.

15. TASAS Y PRECIOS PUBLICOS. Regulación.

Ley 8/1989, de 13 de abril («B.O.E.» del 15).

Las tasas son una modalidad de tributos contemplada en la Ley General Tributaria que tradicionalmente ha sufrido una expansión a campos contiguos de

carácter no fiscal. Con la intención de racionalizar su establecimiento, contabilización y control, se sucedieron en España las regulaciones, hasta llegar a la presente, que introduce la novedad de distinguir las tasas y los precios públicos.

Las tasas se mantienen en el ámbito tributario, consistiendo su hecho imponible en la prestación de servicios o realización de actividades de Derecho Público que afecten a los sujetos pasivos siempre que la recepción sea obligatoria para los administrados y no se puedan realizar por el sector privado. Consecuencia de su naturaleza tributaria es la aplicación de los principios constitucionales sobre la materia y la gestión de los ingresos.

Los precios surgen como una categoría intermedia caracterizada por la voluntariedad de la prestación de los servicios o actividades que se retribuyen, la sujeción a un régimen de Derecho Público y la aplicación de procedimientos administrativos de cobranza. Se incluyen en esta categoría los cánones exigidos por la utilización del dominio público, siempre considerados Tasas.

Este reajuste de la figura de la tasa impone su traslado a la Ley General Tributaria, que también se modifica limitadamente.

Tal vez la parte de esta Ley que ha producido efectos más llamativos sea la regulación de los «Aranceles de funcionarios públicos» que lleva a cabo su disposición adicional tercera y el «tratamiento fiscal de las diferencias de valor» de la disposición adicional cuarta, materias abordadas por simples razones de oportunidad en el texto legal.

En relación con los Aranceles, además de establecerse criterios sobre su establecimiento y alcance, se imponen reglas estrictas para su liquidación. Deberán aplicarse sobre los valores comprobados fiscalmente o declarados por los interesados, constando separadamente en los documentos los elementos de liquidación (base, número o epígrafe), sancionándose la infracción como falta disciplinaria muy grave. La aplicación de los Aranceles se comprobará no sólo por los órganos específicos, sino también por los servicios fiscales.

Por otra parte, dirigida también a combatir el fraude fiscal, principalmente en el tráfico inmobiliario, se introduce un régimen especial de tributación de las diferencias de valor que resulten de la comprobación administrativa de las transmisiones onerosas «inter vivos», siempre que exceda del declarado en un 20 por 100 y sea superior a dos millones de pesetas. La disposición, con poca claridad, establece que tal diferencia, sin perjuicio del trato que merezca en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (su liquidación), acarreará para transmitente y adquirente «las repercusiones tributarias de los incrementos patrimoniales derivados de transmisiones a título lucrativo» (oscura remisión al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones).

Finalmente se prevé la elaboración, en el plazo de un año, de unos nuevos aranceles de los funcionarios públicos.

16. CODIGO PENAL. Se reforma parcialmente.

Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio («B.O.E.» del 22).

La presente Ley de actualización del Código penal inicia una reforma de su contenido más profunda que la expresada por su título, pues introduce nuevos principios informadores del Derecho penal. Como es ya habitual la Ley eleva

los límites económicos y las cuantías de las multas previstas a lo largo del Código, pero revisten mayor importancia otros extremos, como son:

1. La aplicación del principio de mínima intervención, que supone reducir el ámbito de las conductas penalmente sancionables, al remitir algunas al campo administrativo.

Tal ocurre con buena parte de las faltas, tipificadas en el libro III del Código penal y cuya penalidad carecía actualmente de sentido.

Reciben nueva formulación las infracciones causadas por imprudencia, tanto delitos (art. 565), como faltas (arts. 586 bis y 600). Estas últimas, junto con otras de escasa importancia, sólo serán perseguibles penalmente si media denuncia del perjudicado.

2. La calificación de las lesiones abandona el criterio del tiempo de curación empleado, para fundarse en las consecuencias que acarrea al lesionado y en la conducta del agresor.

3. Los delitos contra la honestidad pasan a denominarse «delitos contra la libertad sexual», reformulándose, ampliando su tipo, el delito de violación.

4. Dentro de los delitos en el ámbito familiar se tipifican los malos tratos y el abandono de familia consistente en el incumplimiento de deberes asistenciales.

Finalmente, la disposición adicional primera de la Ley establece la aplicación, a las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por vehículos de motor, de los trámites del juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, regulando sus peculiaridades.

BIBLIOGRAFIA

Libros

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «El reconocimiento de deuda: aspectos contractuales y probatorios». Editorial Comares, S. A. Granada, 1987, 423 páginas.

La monografía que es objeto de la presente recensión está precedida de un prólogo del profesor Doral, en el que pone de relieve las cualidades personales y profesionales del doctor Albiez, así como los aspectos más sobresalientes del tema tratado.

Comienza la obra con una introducción, en la que el autor destaca que el estudio del reconocimiento de deuda responde a la necesidad de ofrecer al jurista de hoy una visión completa de una figura jurídica llena de dificultades, debido, de una parte a un excesivo dogmatismo que se ha creado en torno a ella, y, de otra, a la falta de presupuestos comunes, lo que tiene como consecuencia que una declaración de idéntico contenido tenga una configuración jurídica diferente, según cuales sean sus presupuestos.

Se ha optado por un análisis fragmentado, dividido en cuatro títulos: La declaración de reconocimiento y su significado en el Derecho civil; el reconocimiento de deuda como declaración de ciencia; el reconocimiento de deuda como negocio obligacional abstracto; el reconocimiento de deuda como negocio o contrato de fijación.

El autor ciñe el análisis al estudio del reconocimiento de deuda obligacional civil. Quedan fuera del objetivo de la investigación otros reconocimientos de deuda, que se prestan en la esfera mercantil, como los reconocimientos titulados (por ejemplo, el cheque o la letra de cambio), o en la esfera pública (por ejemplo, la declaración de la renta de las personas físicas).

El reconocimiento de deuda, en la esfera civil, no puede ser abarcado a través de una única figura jurídica. Por el contrario, no pocos reconocimientos de deuda escapan a un tratamiento unitario, y por eso han de ser objeto de estudios separados.

El reconocimiento de deuda cuando es un negocio o contrato es en nuestro Derecho siempre causal, exprese o no la causa. Por ello, la discusión no puede girar sobre la posibilidad o no en nuestro sistema jurídico de contratos abstractos obligacionales. Su validez cuando no expresa la causa y la consiguiente inversión de la carga de la prueba constituyen sólo aspectos parciales de esta figura jurídica atípica.

Cuando el reconocimiento de deuda tiene un alcance negocial, intervienen tres elementos estructurales: a) Una relación jurídica preexistente incierta o controver-

tida. b) Una voluntad de querer fijar definitivamente la relación jurídica anterior. c) Un fin muy concreto, consistente en eliminar para siempre toda incertidumbre o controversia que exista o que pueda surgir.

Cuando el reconocimiento de deuda responde a estas características ha de considerarse como un negocio o contrato de fijación de carácter transaccional, que es perfectamente admisible en nuestro Derecho (art. 1.255 del C. C.).

Un reconocimiento con tales características se aproxima al contrato de transacción, diferenciándose sustancialmente sólo en cuanto a la estructura. La transacción es un contrato bilateral, mientras que el reconocimiento de deuda es unilateral, pues sólo una parte reconoce el derecho de la otra parte y renuncia a sus propias pretensiones. En lo demás, casi se equiparan.

Existen, sin embargo, una serie de reconocimientos de deuda que por la situación o relación preexistente tienen una configuración jurídica tan especial que no pueden incluirse sin más en la categoría del reconocimiento de deuda como negocio o contrato de fijación de carácter transaccional. Entre estos reconocimientos, el autor cita el reconocimiento de una obligación natural, el reconocimiento de un daño extracontractual, el reconocimiento de deuda en testamento y el reconocimiento de saldo de una cuenta corriente bancaria o mercantil.

La determinación del significado del reconocimiento de deuda requiere una tarea de interpretación, que debe centrarse, especialmente, en las características de la relación jurídica que precede al reconocimiento. Sólo entonces se conoce cuál es la eficacia propia del reconocimiento, que puede ser una confesión extrajudicial cuando parte de hechos con la finalidad de probarlos, o un negocio de fijación de carácter transaccional cuando fija de manera definitiva una relación jurídica incierta o controvertida.

La obra de Albiez constituye la primera monografía que se ha publicado en nuestro país sobre un tema tan complejo e importante como el reconocimiento de deuda. No obstante, no es la única existente, pues ha aparecido recientemente la importante obra de la profesora Gete-Alonso, «El reconocimiento de deuda» (véase la recensión de Pozo Vilches en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1989, fasc. III, pp. 963-964). La lectura de ambas monografías es fundamental para comprender el significado del reconocimiento de deuda, y la controversia existente en torno a su naturaleza y eficacia, así como sobre la manera en que tiene que enfocarse el análisis de la figura.

En la obra que se reseña destaca la amplitud con que Albiez refleja las aportaciones principales de la doctrina alemana sobre el reconocimiento de deuda, hasta tal punto que el profesor Doral afirma en el prólogo que este libro ha sido una suerte de «coproducción» alemana y española. Se suministra, pues, una valiosa información, de difícil hallazgo, sobre el estado de la cuestión en el Derecho alemán, sin olvidar las importantes aportaciones de la doctrina italiana, claramente influida por la alemana. De esta forma, el autor ha llevado a cabo una difícil labor de contraste de las posturas imperantes en Alemania e Italia y la que se admite en nuestro Derecho, donde la doctrina, de forma mayoritaria, parte del carácter causal del reconocimiento de deuda, evidenciándolo de manera luminosa el profesor De Castro («El negocio jurídico», Madrid, 1971, pp. 302 y ss.).

«CODIGO CIVIL DE PUERTO RICO COMENTADO.» Edición revisada. Texto basado en el Título 31 de las Leyes de Puerto Rico Anotadas. Publicado por *Equity Publishing Corporation, Osford-New Hampshire*. Reimpresión de julio de 1987, 947 páginas. Suplemento Acumulativo para 1989, 113 páginas.

Con alguna significada excepción, la doctrina civilista española se limita a explicar que el Código civil de 1889 continúa parcialmente en vigor en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico, y, si es caso, alabando la fecunda coexistencia entre los sistemas del *Common Law* y del Derecho codificado, pero sin ocuparse de precisar ni el estado actual del Derecho civil puertorriqueño, ni la problemática que hoy se debate en aquella Isla sobre el futuro de este último; a ello ha contribuido la circunstancia de que la corriente bibliográfica entre ambas orillas del Atlántico sólo circula en una sola dirección.

Para remediar este unilateral desconocimiento acaso el primer paso sea facilitar la comunicación en ambos sentidos al objeto de permitir una mayor y mejor información sobre el Derecho civil actualmente vigente en Puerto Rico. Ello puede ser factible a través de esta cuidada edición comprensiva del texto legal (debe advertirse que ha cambiado la numeración del Código por obra de sucesivas reformas, aunque buena parte de los libros segundo, tercero y cuarto se conservan inalterados), que se complementa en su caso con los antecedentes legislativos inmediatos y con una bien resumida doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo de la Isla. Cierra la obra una tabla de equivalencias, de gran utilidad para el jurista español que lo maneje, pues relaciona el articulado de nuestro Código con el de las ediciones puertorriqueñas de 1902 y de 1930, así como al de Louisiana y a las Leyes de Puerto Rico Anotadas.

No procede explicar con detalle la problemática surgida ultimamente en la Isla sobre el futuro de su Derecho civil, que en modo alguno ha de dejarnos indiferentes. No parece inútil recordar que constituyen indispensable fuente de información bibliográfica las Revistas jurídicas de las tres Universidades existentes (la Estatal de Río Piedras, la Católica de Ponce y la Interamericana), a la que debe añadirse la del Colegio de Abogados. En todo caso, la presente edición del Código —que se actualiza periódicamente— constituye un utilísimo instrumento de trabajo y fuente de conocimiento para el civilista español.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

GARCIA RUBIO, María Paz: «La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero», Civitas, Madrid, 1989.

Es una satisfacción para mí informar del libro de la doctora García Rubio. Entre otras causas que diré luego, principalmente por dos: es un buen libro y es un libro útil. Por ello felicito desde aquí tanto a su autora como a la directora de este trabajo de investigación, doctora T. F. Torres.

Es un buen libro, porque está construido correctamente, sistematizado adecuadamente y escrito rigurosamente, manifestando todo él una investigación profunda y seria en una exposición sin altibajos, en la que las notas a pie de página no son datos de mera erudición, sino normalmente complemento necesario del texto.

Es un libro útil, por cuanto no se limita sólo a comentar exhaustivamente el artículo 891 del Código Civil —cosa que, desde luego, hace en su segunda parte—, sino que, con carácter previo, ofrece al lector el panorama actual de algunas de las cuestiones más candentes del Derecho de Sucesiones español, tales como la delimitación de los «status» de heredero y legatario y figuras intermedias, o la liquidación de las deudas hereditarias.

El tema objeto del trabajo es, además, de indudable interés desde el punto de vista práctico.

Como es bien sabido, el artículo 891 del Código Civil dispone que:

«Si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratarán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa.»

Contiene, pues, una excepción a las reglas generales sobre liquidación de la herencia, que hacen descansar la responsabilidad por deudas y gravámenes sobre los herederos. Su finalidad es evitar a los acreedores y a los beneficiarios de los gravámenes inconvenientes y dilaciones para recibir aquello a lo que tienen derecho. Porque es obvio que si toda la herencia se distribuye en legados, normalmente los herederos intestados no sólo no tendrán interés en solicitar la declaración de herederos, sino que, llegado el caso, repudiarán una herencia que en nada incrementa su patrimonio, sino, a menudo, al contrario. Así pues, para proteger a los acreedores la Ley hace recaer en este caso sobre los legatarios responsabilidades que no son propias de su particular «status» de sucesores.

En este orden de cosas, es exacto afirmar que cuando el testador distribuye toda su herencia en legados normalmente no hay heredero. Pero bien distinto es decir que no lo hay nunca, o que en ningún caso procede la apertura de la sucesión intestada. Porque no es absolutamente seguro que si faltan bienes que repartir el llamamiento al heredero esté desprovisto, en todo caso, de beneficios patrimoniales.

Planteémonos al respecto, algunos supuestos prácticos ilustrativos, entre otros muchos que pudieran tener lugar:

A) Que otorgado testamento distribuyendo toda su herencia en legados, fallece poco después de descubrir pruebas indudables de su verdadera filiación (es hijo de X, persona de fortuna) y sin haber reclamado la declaración de la misma. ¿No podrán los herederos *ab intestato* instar la correspondiente declaración de herederos y ejercitar la acción? (Vid. arts. 132 y 133 del CC).

B) Escritor famoso, distribuye toda su herencia en legados. Tiempo después de repartida aquella y de pagadas las deudas, se descubren obras inéditas suyas. Los legatarios sólo estarían legitimados para divulgarlas y defender el derecho moral del autor fallecido si éste se lo hubiera confiado expresamente por disposición de última voluntad. ¿No podrían los herederos ejercitar estos derechos y decidir si explotar la obra o no, con las subsiguientes consecuencias de carácter económico? (Vid. arts. 15, 16 y 27 de la LPI).

C) Personaje público y famoso, fallece. Después de su muerte, es atacado su honor o utilizada indebidamente su imagen. ¿Acaso no habrá herederos interesados en ejercitar las acciones oportunas y reclamar las indemnizaciones correspondientes? (Vid. arts. 4 y 5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo).

Y lo que quizá es más peliagudo: en los casos citados, ¿podrían los legatarios negarse a pagar las deudas que los acreedores del difunto les reclaman? O, incluso más, ¿podrán repetir contra los herederos intestados si es que ya las han pagado?

En suma, pues, afirmar que hay heredero o no lo hay en el supuesto del artículo 891 del Código Civil —y en esta cuestión diverge la doctrina civilista más relevante— es algo que podría contemplarse al hilo de cuestiones tales como: ¿siempre que uno de los herederos llamados por la Ley exija ser declarado tal, se excluye la aplicación del artículo 891 citado?

De cualquier manera, sirva esto como botón de muestra que ponga de manifiesto lo interesante del tema abordado por el libro que se comenta y sus indudables connotaciones prácticas.

La obra se estructura en cuatro capítulos.

En el *primero* aborda la autora la evolución histórica de la sucesión *mortis causa*. Desde el Derecho Romano hasta el vigente Derecho español, se analizan la concepción de la herencia y del testamento, la necesidad o no de la institución de heredero para la validez del mismo, así como la posición jurídica de los distintos sucesores y su régimen de responsabilidad.

Me ha resultado particularmente interesante la lectura de estos problemas en el Derecho histórico español, por la exposición clara, ágil y centrada que hace del mismo. Pero, en cualquier caso, hay que destacar la correcta utilización de la variada bibliografía que se emplea para la redacción del apartado.

El *capítulo segundo* se destina a exponer la configuración actual del fenómeno sucesorio, en particular sus características en el Derecho español.

De él, se debe destacar el tratamiento de los binomios sucesión testamentaria-sucesión legal y heredero-legatario. En particular, y respecto de este último, se contiene en el libro una minuciosa exposición de la doctrina al respecto. Destacan los tratamientos, por una parte, de la elaboración doctrinal de ambos conceptos (heredero-legatario) y la delimitación de las llamadas «zonas grises» en la distinción entre ambos (la institución en el remanente, la institución de heredero en cosa cierta, el legado de parte alicuota y el llamamiento al usufructo de toda la herencia o de una cuota de ella); y por otra, de las notas que se dice caracterizan el concepto de legado en nuestro Derecho, cuyos evidentes problemas se desvelan (tener su origen en la voluntad del testador, encerrar una atribución patrimonial, y ser disposiciones autónomas, lo que obliga a distinguir entre legado y modo testamentario).

Así delimitados los conceptos, aborda la autora con soltura la compleja problemática que encierran las diversas formas de adquirir la herencia y el legado y sus consecuencias, en un apartado de recomendable lectura.

En otro orden de cosas, se analiza también el sistema de liquidación de las deudas y cargas de la herencia. No sólo en cuanto a quién responde, sino también hasta dónde está obligado a responder. Al respecto, es muy ilustrativa la exposición del Derecho comparado, y de las distintas teorías doctrinales sobre el régimen de liquidación hereditaria en el Código Civil español; y aleccionadora la valoración personal del sistema que nos ofrece la doctora García Rubio, en unas páginas que demuestran su preparación y soltura en un tema, como éste, que pasa por ser uno de los más complejos del Derecho Civil.

Los *capítulos tercero y cuarto* nos presentan un comentario exhaustivo sobre la distribución de toda la herencia en legados. Comentario porque la autora se

pronuncia sin tapujos y con argumentos jurídicos abundantes, sobre los distintos asuntos que plantea; y exhaustivo, por la cantidad de cuestiones que allí se tratan.

En concreto, el *capítulo tercero*, revela, con carácter previo, el ámbito de aplicación del artículo 891 del Código Civil, en particular cuando puede afirmarse que toda la herencia está distribuida en legados. A continuación, la autora argumenta la afirmación que está a la base de todo el contenido del libro: que cuando toda la herencia se distribuye en legados no procede la apertura de la sucesión intestada.

Al respecto, como sabemos, no existe una opinión doctrinal uniforme, y mientras prestigiosos civilistas opinan que, en todo caso, siempre hay un heredero llamado, otros se decantan por afirmar, como la doctora García Rubio, que no lo hay si se aplica el artículo 891. Ella aporta argumentaciones variadas en apoyo de su postura, después de un detallado estudio del Derecho Comparado.

Partiendo de la citada afirmación, se destina el *capítulo cuarto* y último del libro al análisis de la liquidación de la herencia distribuida toda en legados, tanto en el caso de que aquélla tenga lugar antes de la entrega de éstos, como en el supuesto en que se pretendan cobrar los créditos y gravámenes después de repartidos los legados.

El desarrollo del primer supuesto se centra en la figura del ejecutor (testamentario o no) encargado de liquidar la herencia y pagar los legados. Se sondean tanto la situación de éste respecto de la herencia, como todo el procedimiento que ha de observarse en la liquidación, y las obligaciones y derechos del ejecutor. Se trata de un apartado sustancioso; correctamente sistematizado y escrito y muy válido para la resolución de problemas que se pueden presentar en la práctica.

Lo mismo puede decirse del segundo y último supuesto, ya señalado, en donde se analiza la responsabilidad de los legatarios por las deudas y obligaciones hereditarias.

En definitiva, en este capítulo cuarto se desvela el buen hacer de la doctora García Rubio, quien, después de correctos razonamientos jurídicos, se pronuncia sin rubor por cuestiones prácticas de importante trascendencia.

Y para concluir, debo manifestar, como creo resulta de todo lo anterior, que este libro hace entrar con buen pie en la literatura jurídico-civil a su autora, y presagiarle un notable papel en ella.

ALICIA REAL PÉREZ

GONZALEZ SALINAS, Jesús: «Sistema de Compensación y Terceros Adquirentes de Suelo». Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1987, 379 páginas.

En la obra de cuya publicación damos cuenta, se aborda la problemática planteada por la aparición de terceros adquirentes durante el proceso de ejecución urbanística articulado a través del sistema de compensación, el cual, según es sabido y al igual que el de cooperación, presupone la subsistencia de propiedad privada en el polígono o unidad de actuación, consistiendo su peculiaridad en relación con la ejecución material de la urbanización. La necesaria tutela del interés público se instrumentaliza en este sistema a través de una singular relación jurídica, establecida entre la administración competente y los propietarios, cuya

operatividad exigirá a su vez, salvo en el caso de que el polígono pertenezca a un único propietario, la constitución de aquéllos en Junta de Compensación.

En este contexto, la determinación de la concreta posición jurídica del tercer adquirente plantea un elevado grado de dificultad, capaz de justificar sobradamente la necesidad de un trabajo de investigación de estas características.

Desde el punto de vista formal, la obra se nos presenta dividida en tres partes: en la primera, «Principios Generales del Sistema de Compensación», el autor, no siendo su objetivo el estudio detallado de este sistema de actuación va a centrar su análisis en aquellos aspectos del mismo de mayor incidencia respecto de los terceros adquirentes: el principio de voluntad, el requisito de la mayoría del 60 por 100, las facultades fiduciarias de la Junta y las consecuencias del incumplimiento, tanto en relación jurídica establecida entre los propietarios y la Junta de Compensación, como en la existente entre ésta y la Administración, constituyen algunas de las materias abordadas en esta primera parte cuyo carácter, en el contexto general de la obra, presenta un marcado aspecto de instrumentalidad respecto de las dos siguientes.

La parte segunda, bajo el título de «Los Terceros Adquirentes una vez constituida la Junta de Compensación», comienza con una explicación por parte del autor acerca de las razones que la han llevado a conferir una especial relevancia al momento de constitución de la Junta dentro del procedimiento, y así va a entender que, constituida y existente ésta, la situación queda subjetivamente definida en tanto, según sus propias palabras, unos propietarios, al no haberse incorporado, serán expropiados en beneficio de la Junta, mientras que los otros, como miembros de dicha entidad, se integran en un estatuto jurídico de especial sujeción en el que destacan las facultades fiduciarias atribuidas a aquélla. A continuación se va a desarrollar, entre otras muchas cuestiones de tanta relevancia e interés, como puedan serlo la nota marginal prevista en el artículo 169 del Reglamento de Gestión Urbanística, y que ha dado lugar a no pocas controversias doctrinales debido a la dificultad de coordinación entre principios del Derecho Urbanístico y del Hipotecario; la afección sobre las fincas resultantes del acuerdo definitivo de compensación, establecida en virtud del artículo 178 del Reglamento de Gestión Urbanística y la acción rescisoria acogida en el artículo 62 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

En la parte tercera, titulada: «Terceros Adquirientes con Anterioridad a la Constitución de la Junta de Compensación», surge la cuestión acerca del alcance de tales adquisiciones, dado que por definición no existe el elemento unificador que aquélla represente. Resultan aquí especialmente interesantes, sin que ello pueda entenderse como un menosprecio para el resto de los temas desarrollados en esta parte tercera, las consideraciones hechas por el autor en los epígrafes números 3 y 4 de aquélla y relativas a la liberación de los promotores por subrogación de los adquirentes y a la ejecución sustitutoria por la Administración, constituyendo la base necesaria para las indicadas consideraciones el minucioso estudio llevado a cabo en torno a la dualidad de relaciones subyacentes a esta temática: la establecida entre el o los promotores y la Administración y la que tiene como partes al promotor-enajenante y al tercero adquirente; se establecen una serie de criterios, correctamente sistematizados, para la determinación de la persona a cuyo cargo ha de ejecutarse la urbanización que sin duda alguna han de resultar de gran utilidad en orden a procurar una mayor garantía de la Seguridad Jurídica.

En suma, resumiendo las impresiones que suscita la lectura de esta obra, cabe afirmar que constituye una estimabilísima aportación, no sólo por su estrechamente cuidada sistemática, que facilita en gran medida la posibilidad de establecer las oportunas relaciones entre los distintos problemas objeto del resultado de estudio, sino también por incidir en un ámbito especialmente difícil debido a la confluencia en su regulación de normas procedentes tanto de la Legislación Urbánística como de la Hipotecaria y del propio Código Civil, sin que ello impida al autor establecer, a nuestro modesto juicio con muy estimable destreza, la necesaria coordinación entre las mismas.

LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ

HYUNG-BAE KIM und WOLFGANG FREIHERR MARSCHALL VON BIEBERSTEIN: «Zivilrechtslehrer deutscher Sprache. Lehrer.—Schüler—. Werke» (Bearbeitet von Yu-Cheol Shin). Korea University Press, Seoul. C.H. Beck's Verlagbuchhandlung, München, 1988, 548 páginas.

Alguna aclaración merece tanto la génesis de esta obra como la circunstancia de publicarse como co-edición entre la veterana Editorial múniquesa y las Prensas Universitarias de Corea. Ello ha de relacionarse con la presencia y difusión de la cultura jurídica alemana en el Extremo Oriente, siendo conocido, hasta ahora, el dato de que un número importante de profesores nipones de Derecho civil se han formado en Alemania, a lo que ha de agregarse la reciente y creciente extensión de la presencia alemana en Corea del Sur, que culmina con la creación de una *Zentralbibliothek für das Deutsche Recht* en Seúl, uno de cuyos frutos es la obra que ahora recensiono. El profesor Wolfgang Freiherr es director del Instituto de Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad de Bonn, y el profesor Hyung-Bae Kim es decano de la Facultad de Derecho de Seúl; ambos son directores o redactores de la obra cuya realización corresponde a un discípulo de ambos.

Al lector español le sugiere esta obra variedad de consideraciones; en primer lugar, un sentimiento de admiración por el esfuerzo metódico e inteligente encaminado a promocionar y difundir la ciencia jurídica propia en otro continente; resaltar también la importancia de lo personal y biográfico en la transmisión de la ciencia, ya que obras como la presente sirven para acercarnos a la personalidad de autores consultados o estudiados; lamentar, finalmente que carezcamos de algo similar aunque la celebración del centenario del Código civil puede ser la ocasión de acometerla.

Obra de gran utilidad pues contiene la nómina completa de civilistas que enseñan en lengua alemana tanto en su país, como en Austria o Suiza, aportando, según un esquema previamente establecido, datos biográficos (incluyendo muchas veces los nombres y profesión de los padres, nombre del cónyuge y número de hijos), *curriculum* académico con indicación de la Escuela a que pertenece y de los discípulos que haya tenido, finalizando con una completísima relación de publicaciones cronológicamente ordenadas. Todo ello ha sido redactado con enorme concisión (excepcionalmente la extensión de cada autor excede de una página), cuidada tipografía e inteligente utilización de abreviaturas.

Al recensionar en el Anuario de Derecho Civil, 42 (1989), 177 y s., la obra de la Beck'se *Juristen im Portrait* ignoraba la publicación de este *Who who's* de la civilista germánica, que la Librería *Schweitzer Sortiment* me ha hecho llegar amablemente. Me complace dejar constancia de que coincide sustancialmente con la idea que esboqué para España en la citada recensión. Tomando como punto de partida la entrada en vigor de nuestro primer cuerpo legal, se trataría de recoger los datos biográficos, académicos y publicaciones de cuantos civilistas han profesado en las Facultades de Derecho españolas, o, eventualmente han enseñado fuera (pensemos en el exilio de nuestra Guerra civil). Para los ya fallecidos no resultará difícil encontrar datos en las Necrológicas que suelen dedicar las revistas, en los Rectorados y Negociados de los centros en que impartieron sus enseñanzas, y en sus discípulos y familiares, aparte de la obra impresa que hayan dejado. Un reducido equipo de redactores debería encargarse de la recogida y ordenación de datos. La financiación no sería difícil obtenerla de las numerosas Instituciones que podrían patrocinar la obra. Brindo la idea a la Asociación de Catedráticos de Derecho Civil.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

MORENO MARTINEZ, Juan Antonio: «El defensor judicial», Editorial Montecorvo, Madrid, 1989, 365 páginas.

«El defensor judicial», del doctor Moreno Martínez, se inscribe en la tradición de los estudios monográficos —panorámicos y exhaustivos al tiempo— acerca de una institución jurídica de perfiles bien acotados.

En este caso, se trata de la figura bautizada con el nombre de defensor judicial por nuestro Código, ya en 1889 y objeto de trascendente reforma por obra de las Leyes 11/1981 y 13/1983. Tras esta última, es en sede de instituciones de guarda donde nos ofrece la Ley una regulación —arts. 299 a 302— sintética, pero con pretensiones de generalidad. Ello motiva que el ajuste de estas reglas con las que el legislador de 1981 dicta en el artículo 163 para la patria potestad, de origen a no pocas incertezas.

Esta tensión aflora en el trabajo del doctor Moreno Martínez, al tratar éste de ofrecer una sistematización de los presupuestos y régimen de la figura del defensor judicial en ambas sedes: patria potestad e instituciones de guarda.

El autor afronta la tarea pertrechado con un completo bagaje no sólo doctrinal, sino de decisiones de nuestro Tribunal Supremo, resoluciones de la Dirección General de los Registros y jurisprudencia de otros sistemas jurídicos —francés en primer lugar, pero también italiano y alemán—; y esto último, por desgracia, no es tan habitual en nuestra literatura jurídica.

Antes de entrar en el núcleo del estudio, se nos ofrece una referencia histórica de la institución, con interesantes apuntes sobre patria potestad e instituciones de guarda de menores e incapaces en el período revolucionario francés. Sigue una breve reseña de las regulaciones de otros Códigos europeos.

La delimitación de la noción de conflicto de intereses centra la primera parte, destinada a la fijación de los presupuestos desencadenantes de la designación del defensor.

Como categoría definidora de un ámbito objetivo de supuestos, la idea de «conflicto de intereses» (en expresión de los arts. 163-2.º y 299-1.º) o «intereses opuestos» (según la denominación del art. 163-1.º), es, por sí misma demasiado indeterminada, requiriendo mayores precisiones si se pretenden trazar líneas para la construcción jurisprudencial de los presupuestos de aplicación de la figura.

Con este fin, y siguiendo a la mejor doctrina italiana —Pugliatti en primer término—, en materia de representación en el negocio jurídico, propone el autor como criterio de concreción el del peligro de daño para el interés del menor o incapaz consecuencia de un riesgo actual de un uso indebido, sea de la función de guarda, sea del poder de representación, según los casos. Y lo ilustra con una amplia casuística jurisprudencial española, así como italiana, francesa y alemana.

Tal vez se podría haber sistematizado un poco más e intentado ofrecer algunas reglas de identificación y solución —en sentido positivo o negativo en cuanto a la existencia de conflicto de intereses— de grupos de hipótesis, en la línea de la jurisprudencia y doctrina alemanas: «Erfüllungsgeschäfte», «Geschäfte ohne oder mit rechtlichen Nachteil», acuerdos sociales de sociedad de la que forman parte padre o guardador y menor o incapacitado —casos estos últimos que generaron una larga controversia jurisprudencial en Alemania—, etc.

En este sentido, también resultaría interesante analizar aquellos negocios, no encuadrables de manera plena en la categoría del «autonegocio», pero en los que la contraparte del representante sea cónyuge o pariente de éste, otro representante designado por aquél o una persona interpuesta; algunos de estos supuestos es regulado expresamente en otras legislaciones (§ 1975 BGB).

Realiza a continuación el autor un pormenorizado y completo examen de los presupuestos subjetivos del conflicto de intereses, considerando cada una de las hipótesis posibles según la situación del menor o incapacitado, el tipo y forma de ejercicio de la representación, guarda o asistencia, etc. Se ocupa incluso del concebido y no nacido. Y no lo hace exclusivamente en el plano del desentrañar el sentido de la regulación positiva —ya que ha despertado ya abundantes dudas en la doctrina—, sino aportando sus consideraciones críticas a algunas soluciones adoptadas por la legislación española. Es el caso de la que expresa el artículo 163, 2.º párrafo, al atribuir la representación del menor al progenitor que no está personalmente incurso en una situación de conflicto de intereses, cuando el otro si lo está lo que no ocurriría, por cierto, antes de la reforma de 1981 si el conflicto enfrentaba al menor con el padre. La inconveniencia del criterio legal es subrayada —con justeza, en mi opinión— por el autor.

El segundo gran bloque de temas de los que se ocupa el doctor Moreno Martínez se organiza en torno al régimen del instituto.

Por lo que toca a la delación del cargo, se destaca el carácter plenamente judicial de la designación, así como el amplio margen de discrecionalidad en la elección de la persona del defensor, negando virtualidad vinculante a las disposiciones testamentarias sobre el defensor y sosteniendo la derogación del orden de deferir el cargo, contenido en el artículo 163, párrafo 3.º —fruto de la reforma del 81— por efecto las reglas del artículo 300, con apoyo en una interpretación que conecta los artículos 299 y 302.

Las atribuciones de la figura son abordadas al hilo de las cuestiones que suscitan aquellos supuestos de intervención del defensor judicial que, con mayor asi-

duidad, acaecen en la práctica jurisprudencial española y de otros sistemas jurídicos europeos: los producidos en torno a la participación de una sucesión que interesa al menor o incapacitado.

Antes de ello, no obstante, dedica el autor unas breves páginas a sentar unos criterios generales atinentes a las facultades del defensor. Criterios que se van a hacer descansar en una distinción, a estos efectos de atribuciones, entre los supuestos contemplados en el párrafo 1.º, de un lado —conflicto de intereses entre representante o curador y menor o incapacitado— y en el párrafo 2.º, de otro —no ejercicio de sus funciones por parte del tutor o curador—, ambos del artículo 299. Sin duda, cuando el Juez, sea cual fuere el supuesto en cuestión, ha conferido específicamente una serie de facultades al defensor, a ellas deberá éste atenerse. Pero ¿qué ocurre si no hay tal atribución puntual en absoluto, o bien la hay en algunos ámbitos de la actuación del defensor, pero no en todos? El doctor Moreno Martínez entiende entonces que para el primer supuesto arriba descrito, el defensor judicial ostentaría idénticas facultades a las propias del titular de la patria potestad, tutor o curador, si éstos no estuvieren incurso en una situación de oposición de intereses; por contra, para la segunda hipótesis, las atribuciones entregadas por el Juez operan con límite infranqueable de la esfera de competencias del defensor.

Esta tesis, aunque cuenta con argumentos sólidos, de interpretación de la regulación positiva, tal vez no pone de relieve las trabas que puede ocasionar gestión del defensor en los casos que se engloban en la esfera de aplicación del artículo 299, párrafo 2.º, toda vez que dicha actividad no se circunscribe a un asunto o asuntos concretos, sino que se extiende a todo el lapso de tiempo en que la tutela o curatela ordinarios permanecen inejercitadas durante el cual pueden presentarse asuntos de índole muy diversa y difícilmente previsibles *a priori*. Y el posible riesgo de menoscabo de los intereses del menor, viene salvado no sólo por el control judicial sobre el carácter de la persona que desempeña el cargo de defensor, sino, asimismo, por la obligatoriedad de la autorización judicial, en los mismos casos en que lo es para los guardadores ordinarios.

Sin embargo, como ya se ha apuntado, en torno a los problemas en sede de partición hereditaria es como se concentra el núcleo de la exposición sobre el contenido del cargo del defensor. De manera detallada, con referencia a cada modalidad de partición, se plantean y resuelven las dudas acerca de la intervención o no del defensor —así, en la partición por contador testamentario o dativo si hay conflicto de intereses—, la necesidad o no de especiales autorizaciones judiciales para realizar ciertas intervenciones o llevar a cabo ciertos actos —así, la intervención en la liquidación de sociedad de gananciales, ejercicio de la opción para los legitimarios en el caso del artículo 820.3, o en presencia de una cláusula *Socini*—, legitimidad de actos, etc. Haciendo gala, además, de un manejo preciso de los conceptos del derecho sucesorio y un empleo afortunado de la entera literatura y jurisprudencia en la materia, no sólo de la específicamente relativa al fenómeno particional.

Se ocupa el trabajo que se comenta, en último lugar, de las cuestiones relativas a las obligaciones y los derechos económicos que resultan del ejercicio del cargo, así como de la extinción del mismo. Igualmente ofrece algunas consideraciones sobre la vertiente procesal y registral del instituto.

Con todo ello, pone término el autor a una completa y pormenorizada indagación, de meritoria utilidad para los intérpretes y aplicadores de nuestro derecho de familia y nuestro derecho sucesorio.

FERNANDO GÓMEN PÉREZ

PASQUAU LIANO, Miguel: «La acción directa en el Derecho español», Madrid, 1989, Editora General de Derecho.

El libro del profesor Pasquau no pertenece a ese grupo de obras cuya principal función es enriquecer la información del lector. Su pretensión es más ambiciosa: trata de ordenar —reducir a unidad— los conocimientos dispersos del potencial lector, para lo que, a lo largo de toda la obra, le va recordando, más que enseñando, un conjunto de reglas y principios que hábilmente trenza con un hilo conductor que no se abandona, so pretexto de exhibiciones de innecesaria erudición, en ningún momento. Se lee esta obra, por tanto, de una sóla vez, siguiendo un camino ascendente —siempre preavisado— hasta la conclusión.

Con la cautela y ponderación que R. Bercovitz destaca en su Presentación a la obra, Pasquau se mueve en la línea de una jurisprudencia de intereses «responsable», que se manifiesta, por ejemplo, en su opinión de que no debe renunciarse a «una flexibilización de las relaciones jurídicas que obtuviera unas soluciones más justas y más adecuadas a los verdaderos intereses en conflicto» (página. 104). Del «uso responsable» de dicho método hablan los paliativos y restricciones que el propio autor impone a la ampliación analógica del elenco de acciones directas.

Uno de los principales méritos de este libro se encuentra en su propio índice o estructura, absolutamente ejemplar de lo que es un trabajo de tesis y manifestación de una mentalidad jurídica ordenada y metódica. El esquema es meridiano: 1.º Qué acciones directas se pueden encontrar en Derecho civil español, para lo que previamente es necesario definir qué es una acción directa. 2.º Características y régimen jurídico común a dichas acciones. 3.º Si dicho régimen común es regla o excepción, es decir, si se pueden admitir en Derecho español nuevas acciones directas por vía hermenéutica o analógica. Creo que este mero esquema es suficiente para que el lector de la obra, o en su caso, de esta recensión, se haga cabal idea de lo que aquélla contiene. Me libera ello, por tanto, de describir detenidamente cada uno de los capítulos del libro, para centrarme, en cambio, en resaltar los puntos más llamativos e interesantes del mismo.

Destaca, en primer lugar, la nitidez con que el autor «recompone» el concepto de acción directa, sobre tres datos: a) su naturaleza contractual; b) no estar contractualmente relacionadas las partes activa y pasiva de la acción, y c) actuación *iure proprio* del acreedor contra un deudor de su deudor. De esta manera, se excluyen aquellos supuestos que obedecen a una actuación representativa o a una cesión de crédito, por ejemplo.

En cuanto al régimen de la acción directa, sienta Pasquau dos criterios fundamentales: a) la acción directa se mide por el crédito existente entre acreedor y

deudor primitivo o intermediario; por lo tanto, el demandado por acción directa puede hacer valer todas las excepciones no meramente personales que tuviera el otro deudor contra el acreedor, así como todas las que él mismo tuviera contra el deudor intermediario —considera Pasquau que el diferente régimen de la acción directa en materia de seguros responde a una especialidad de la misma que no comparten el resto de las acciones directas—; b) desde el momento en que se ejercita la acción directa, queda «bloqueada» la relación crediticia entre los dos deudores, de manera que resultan ineficaces los actos de disposición del crédito por parte del deudor intermediario posteriores al ejercicio judicial o extrajudicial de la acción directa.

Resulta muy interesante, también, el tratamiento de las relaciones entre el acreedor directo y el resto de los acreedores del deudor intermediario, pues, como pone de relieve el autor, pese a no ser apreciable en una primera aproximación a la acción directa, ésta no sólo excepciona el principio de relatividad de los contratos, sino también el de igual condición de los acreedores.

La razón de identidad que permitiría extender la aplicación de la acción directa a supuestos de tanta trascendencia práctica como el subcontrato o el *leasing*, reside, según Pasquau, en la existencia de una imbricación o interconexión entre los contratos que ligan, respectivamente, a acreedor y deudor intermediario y a deudor intermediario y deudor demandado, imbricación que significa unidad de fin (por ejemplo, en el caso del art. 1.597 del Cc.) o, incluso, cierta complicidad causal. Desde esta perspectiva, la acción directa «no constituye un favor desorbitado, sino un *enderezamiento* de las relaciones jurídicas, un ajuste de las mismas a la realidad económica subyacente» (pág. 121).

Pasquau no oculta ninguno de los pasos que sigue en su razonamiento, ni tampoco sus propias perplejidades y dudas ante alguno de los problemas planteados, como, por ejemplo, esa auténtica asignatura pendiente que es el tratamiento procesal de la solidaridad y, en particular, de las obligaciones *in solidum*. Precisamente esta transparencia argumental consigue que el lector no sólo recorra sin dificultad el camino marcado por el autor, sino también que vaya internamente aventurando soluciones o, incluso, ampliando la propia hipótesis de trabajo planteada por Pasquau mediante su conexión con otros desarrollos jurídicos. En este sentido, no pasan desapercibidas las relaciones entre este intento de aproximar la realidad económica a su concreta manifestación contractual, a riesgo, incluso, de atentar a la dogmática del contrato, con otros intentos igualmente superadores de la superestructura jurídico-formal para permitir aflorar la economía real del suceso fáctico, es decir, sustituir la titularidad jurídica por la titularidad económica, como, por ejemplo, la acentuación de la responsabilidad de la empresa por encima de la que correspondería al agente de un acto dañoso aislado, bajo el argumento de la subyacente realidad económica de la repetición organizada de actos en que consiste la actividad empresarial, o la concentración de la responsabilidad por productos defectuosos sobre el fabricante final, como titular «económico» del producto en cuestión, con independencia de que haya «delegado» contractualmente en otros empresarios la fabricación del concreto componente defectuoso (Directiva sobre responsabilidad por el hecho de productos defectuosos, de 25 de julio de 1985).

No debe terminarse esta recensión sin mencionar una última característica, que, por ser, injustamente, poco apreciada en la «doctrina», no quiero dejar de

reseñar; me refiero a la amenidad de la obra, que permite caracterizarla no sólo como libro de consulta, sino, fundamentalmente, como libro de lectura, que, bajo la aparente forma de un amable discurso jurídico, dista mucho de ser «inofensiva».

SANTIAGO CABANILLAS MÚGICA
*Profesor Titular de Derecho civil
de la Universidad de las Islas Baleares*

RAMS ALBESA, Joaquín J.: «Uso, habitación y vivienda familiar», Editorial Tecnos, 1987, 124 págs.

La obra del profesor Rams Albesa pretende dar solución a uno de los problemas más actuales que ha planteado la reforma del derecho de familia en nuestro país, cual es la atribución de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Para ello recurre a la vía, podríamos decir que es el análisis más en profundidad de los hasta ahora realizados, del derecho real en uso, estudiándolo en todas las facetas de su estructura jurídica, acudiendo para su fundamentación a las fuentes romanas, así como a las obras de la doctrina francesa e italiana. Es por ello por lo que la obra puede dividirse en dos bloques, uno el referido a los derechos reales de habitación y uso, que abarca ocho capítulos y, el segundo, la proyección de lo anterior, sobre la vivienda familiar en el último capítulo del libro.

Comienza su obra el autor refiriéndose a los problemas dogmáticos surgidos en la construcción del derecho real de uso, mostrándonos especialmente la evolución histórica habida en la doctrina acerca de la diferenciación entre el derecho real de uso y el usufructo; presenta claramente la primera etapa, donde se entendió el uso como un usufructo atenuado, y la segunda en la cual se termina por considerar al uso como un derecho real autónomo, cualitativamente diferente del usufructo.

El segundo capítulo se dedica al estudio del aspecto subjetivo del derecho, estableciéndose sin lugar a dudas la posibilidad de ser titular la persona física tanto en el derecho de uso como en el de habitación; pero refiriéndose a la persona jurídica, le niega su capacidad de titular del derecho de habitación; pero, en cambio y teniendo en cuenta los posibles fines a cumplir, la considera con capacidad para ser titular del derecho de uso. Asimismo, estudia la problemática de la cotitularidad, coexistencia e indivisibilidad del uso, llegando a la conclusión de que si bien el derecho en sí es indivisible, pueden darse situaciones de coexistencia de dos derechos de uso. El último aspecto tratado hace referencia al concepto de familia, considerándolo tanto desde la perspectiva de su amplitud en el derecho, como de elemento objetivo del derecho que influye en la capacidad de apropiación de frutos u ocupación de piezas de la vivienda.

El tercer elemento estudiado es el objeto sobre el que puede recaer el derecho de uso, haciendo, en primer lugar, referencia a las dos corrientes habidas, la moderna que entiende que sólo puede ser objeto idóneo aquel que proporcione una satisfacción directa e inmediata y la tesis tradicional que entendía que bastaba que reportara cualquier utilidad. A continuación realiza un examen casuístico

de diversos objetos: dinero y cosas consumibles, propiedad intelectual e industrial, montes forestales, minas, canteras, escoriales, animales y ganados, derechos, patrimonio y empresas, y, por último, de los sepulcros.

El capítulo cuarto está dedicado a la creación de estos derechos, donde se suma a la corriente dominante que admite la remisión a la disciplina del usufructo, es decir, constitución, mediante actos *inter vivos*, aunque señala la posibilidad de fraude que entraña esta vía, mediante actos *mortis causa* y por prescripción, aunque nos pone en guardia sobre este particular y entiende que será necesario deslindar si son actos de mera tolerancia o ejercicio de un derecho. Por último, realiza un estudio del significado del artículo 523 y los límites que debe respetar la autonomía de la voluntad en el título de constitución.

Trata a continuación de las facultades del titular del derecho, centrándolas en: 1. Derecho a servirse de la cosa directamente y percibir, en su caso, los frutos en la medida establecida en el título o en su defecto según las necesidades de él y su familia; 2. ejercicio *in natura*, no ideal; 3. legitimación para exigir del propietario o del heredero la entrega de la cosa. De las tres facultades analiza principalmente la primera, en sus dos aspectos, como derecho a servirse por sí mismo y el límite de su derecho. En el primer punto considera las tres posturas de la doctrina francesa, respecto de si debe haber o no posesión del objeto sobre el que recae el derecho, estudiando, asimismo, las fuentes romanas en los regímenes habidos, el del *predio mediocris* y el del *fundus extenso*. Respecto del límite del derecho lo coloca en el destino natural del fundo, debiendo proceder según la regla del *salva rerum substantia*. Analiza, por último, la problemática del embargo, adscribiéndose el autor a las corrientes actuales que admiten el embargo de los frutos percibidos, pero no así el del derecho.

El capítulo sexto lo dedica a los derechos del titular, teniendo que observarlos en tres momentos: la creación, su ejercicio y la extinción. Entiende válida la remisión al esquema del usufructo, pero siendo los deberes de ambos titulares de la misma naturaleza, pero no los mismos, es por lo que debe admitirse un prudente arbitrio judicial, que puede llegar a la utilización de criterios fundados en la pura equidad. Desde esta perspectiva contempla los deberes de caución e inventario, el ejercicio presidido por el deber general de diligencia, modalizado, en su caso, por la presencia del propietario, y los deberes en la extinción concretándose en la restitución de la cosa.

A continuación trata las limitaciones del derecho, especialmente la referida a la transmisibilidad o no. En este capítulo, muestra el panorama doctrinal, referenciado en tres posturas: aquellas que abogan por la transmisibilidad, basándose en la autonomía que les concede el artículo 523, lo que les lleva a no considerar *ius cogens* el artículo 525; posturas intermedias surgidas en la doctrina francesa a raíz de ciertos fallos jurisprudenciales, donde se admite la transmisibilidad sólo en la concurrencia de circunstancias excepcionales cuyo desconocimiento haría peligrar la función económico-social del derecho; posturas que niegan la transmisibilidad, a las que se adscribe el autor, al entenderse que el elemento personal trasciende de su función subjetiva de nacimiento para abarcar la totalidad de efectos y relaciones del derecho.

El último capítulo de esta primera parte está dedicado a la extinción de los derechos, donde se admite la remisión al usufructo, aunque dada la mayor restricción de contenido de estos derechos se debe aplicar más restrictivamente las

causas de extinción del artículo 513 del Código civil; analiza brevemente los supuestos de pérdida total, parcial, requisa temporal y expropiación forzosa del objeto. En apartado diferente analiza la extinción por abuso grave, llegando a la conclusión que este concepto hace referencia al mal uso del artículo 520 del Código civil y lo conceptúa como acciones y omisiones dolosas y de culpa lata que tienen como resultado un daño grave para la forma naturaleza o finalidad económica del objeto sobre el que recae el derecho.

El capítulo noveno está dedicado al análisis del problema de la atribución de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales, buscándose la solución sobre la base del estudio anterior. Divide el capítulo en dos apartados: el primero, sobre la atribución preferente de los artículos 1.406 y 1.407 del Código civil, donde remite en buena medida a otro trabajo suyo (*La atribución preferente en la liquidación de la sociedad de gananciales —régimen y naturaleza—*, «RCDI», números 568 y 569); el segundo se centra en el estudio del artículo 96 del Código civil, diferenciando las diversas hipótesis de atribución en él contenidas: a) cónyuge e hijos; b) reparto de los hijos, y c) atribución en ausencia de hijos. Para el primer supuesto establece la necesidad de partir de la titularidad que sobre la vivienda se tenía constante matrimonio, entendiéndose que para el supuesto de la norma, propiedad del cónyuge no atributario, estamos ante un derecho real de uso. El segundo supuesto lo entiende como un *tertium genus*, donde concluyen tanto la convivencia de los hijos, el que unos tengan más necesidades que otros, y la necesidad del cónyuge. Para el tercer supuesto coincide en el carácter asistencial que le otorga parte de la doctrina, y considera que la figura que más le cuadra es la del *usus domus habitandi causa*, configurada como derecho personal, temporal y personalísimo.

Termina el capítulo con una referencia a los modos de extinción del derecho y una recapitulación señalando las ventajas de las soluciones propuestas por el autor.

EMILIO MURCIA QUINTANA

Revistas

REVISTAS ESPAÑOLAS

A cargo de EMILIO BLANCO MARTINEZ y
FERNANDO OLEO BANET

SUMARIO: I. DERECHO CIVIL.—Introducción (núms. 1 al 5).—2. Derecho de la persona (núms. 6 al 27).—3. Persona jurídica (núms. 28 al 30).—4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil (núms. 31 al 85).—5. Derecho de cosas. Hipotecario. Registral (núms. 86 al 115).—6. Familia (núms. 116 al 137).—7. Sucesiones (núms. 138 al 141).—II. DERECHO MERCANTIL.—1. Parte General. Empresa (núms. 142 al 150).—2. Sociedades (núms. 151 al 158).—3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico (núms. 159 al 160).—4. Contratos mercantiles (núms. 161 al 165).—5. Derecho cambiario (núms. 166 al 169).—6. Derecho concursal (núm. 170).—7. Derecho marítimo (núm. 171).—III. DERECHO URBANISTICO (núms. 172 al 192).—IV DERECHO PROCESAL (núms. 193 al 216).—Abreviaturas.

I. DERECHO CIVIL

1. INTRODUCCION (1 al 5)

1. **BERCOVITZ y RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo:** *Recurso de amparo 737/1987 contra Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 6 de abril de 1987: Principio de igualdad en la aplicación de la Ley por los Tribunales*, comentario a la STC de 12 de julio de 1988, «CCJC» núm. 17, abril-agosto, 1988, pp. 701 y ss.

2. **CASTAN VAZQUEZ, José M.ª:** *La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas*, «RDP», marzo, 1989, pp. 221 y ss.

La obra de don Florencio García Goyena, señala el autor, dejó en las Codificaciones americanas tan numerosas y profundas huellas, que cabe afirmar que, en contraste con su relativo fracaso en España, tuvo en América una extensa

difusión y una alta valoración. El éxito en los países americanos, añade, se debió seguramente, en parte, a la oportunidad con que a ellos llegó —en una etapa de generalizado movimiento de Codificación civil—, así como a la circunstancia de que ciertas características del Proyecto de Goyena que lo hicieron fracasar en España (como era su afrancesamiento, su sentido antiforalista y su posición en temas religiosos) no le suscitaban en cambio oposición en América. En todo caso, es un hecho que el Proyecto de 1851, cualesquiera que sean sus defectos, y las Concordancias que lo interpretan y explican, figuran entre las fuentes más utilizadas por los codificadores americanos.

3. **LORCA NAVARRETE, José F.:** *Los derechos naturales como derechos fundamentales*, «La Ley», 1 de septiembre de 1989.

4. **MONTORO CHINER, M.^a Jesús:** *Técnica legislativa en el procés normes bàsiques-desen volupament legislatiu*, «RJC», 1989 (2), pp. 373 y ss.

5. **O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier:** *Jurisprudencia constitucional de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo*, «Poder Judicial», núm. 14, junio, 1989, pp. 163 y ss.

2. DERECHO DE LA PERSONA (6-27)

6. **AMORES CONRADI, Miguel A.:** *Pérdida/conservación de la nacionalidad española por adquisición voluntaria de otra nacionalidad (argentina)*, comentario a la «RDGRN» de 19 de abril de 1988, «CCJC», núm. 17, abril-agosto, 1988, pp. 437 y ss.

7. **AMORES CONRADI, Miguel A.:** *Adquisición de la nacionalidad española por residencia en España de diez años*, comentario a la STS de 19 de septiembre de 1988, «CCJC», núm. 18, septiembre-diciembre, 1988, pp. 827 y ss.

8. **ARREDONDO DIAZ, José Manuel y DE PEDRO CUESTA, Paloma:** *El fenómeno transexual*, «Actualidad Civil», núm. 10, 1989 (175), pp. 633 y ss.

Los autores, médicos de profesión, analizan el llamado fenómeno transexual. Fenómeno éste, señalan, que si bien existe desde antiguo, es en la actualidad, como consecuencia de la liberación de las costumbres, sobre todo en el terreno sexual, cuando está adquiriendo especial importancia en nuestra sociedad, pasando de ser algo oculto y mal conocido a ser un fenómeno que plantea problemas tanto en el ámbito social como legal.

9. **AVILES GARCIA, Javier:** *Algunas consideraciones jurisprudenciales acerca de los derechos a la intimidad y a la propia imagen*, «La Ley», 1 de agosto de 1989.

10. **CANTERO NUÑEZ, Federico:** *Algunas reflexiones acerca de la capacidad de los menores para aceptar donaciones*, «RDN», núm. 140, abril-junio, 1988, pp. 315 y ss.

11. **CASAS VALLES, Ramón:** *Honor, intimidad e imagen. Su tutela en la LO 1/82*, «RJC», 1989 (2), pp. 285 y ss.

Análisis, jurisprudencia en mano, de los defectos y virtudes de una ley polémica, cuya eficacia, en términos objetivos y al margen de juicios de valor, nadie puede negar, dada su frecuente utilización. El estudio de los casos suministra información acerca de cuatro cuestiones básicas para valorar la ley: quién litiga, por qué, para qué y con qué éxito. El trabajo se abre con una breve introducción para, seguidamente, abordar el cómo y el porqué de la Ley, la naturaleza de la tutela que otorga y el contenido de la misma. Se cierra con un completo anexo jurisprudencial dedicado a las sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de las Audiencias sobre las materias reguladas por la mencionada ley.

12. **CASAS VALLES, Ramón:** *Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación*, comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 19 de julio de 1988, «Poder Judicial», núm. 14, junio, 1989, pp. 131 y ss.

13. **CESAR RIVERA, Julio:** *El derecho a la vida privada. Su regulación y contenido en la legislación y jurisprudencia comparadas*, «RDP», febrero, 1989, pp. 99 y ss.

En el trabajo se analizan los siguientes temas: importancia actual del reconocimiento del derecho a la vida privada; definición; legislación comparada (documentos internacionales y legislaciones particulares); contenido; titulares; límites; y por último, medios de protección.

14. **CLAVERIA GOSALBEZ, Luis-Humberto:** *Interés general, libertad de expresión e información y derecho al honor*, comentario a la STS de 24 de octubre de 1988, «La Ley», 1 de marzo de 1989.

15. **DIEZ DE CORRAL RIVAS, Jesús:** *Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 19 de septiembre de 1988*, «Poder Judicial», núm. 13, marzo 1989, pp. 99 y ss.

16. **DIEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús:** *Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado desde la reforma del Reglamento del Registro Civil de 1986 hasta el 31 de diciembre de 1988*, «Actualidad Civil», núm. 27, 1989 (599), pp. 2069 y ss.

17. **DOLZ LAGO, Manuel Jesús:** *Acerca de la naturaleza dinámica y finalidad tuitiva de la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona*. «Poder Judicial», núm. 14, junio, 1989, pp. 91 y ss.

18. **FELIU REY, M. Ignacio:** *Notas a la Proposición de Ley de Reforma del Código Civil en materia de Nacionalidad*, «Actualidad Civil», núm. 31, 1989 (725), pp. 2469 y ss.

Comentario a la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista al Congreso de los Diputados el 8 de noviembre de 1988, publicada

en el «BOCG» de 10 de noviembre del mismo año (serie B, núm. 129-1) y formada por diez artículos (correspondientes a los arts. 17 a 26, ambos incluidos, del Código Civil) y cuatro disposiciones transitorias, con el fin, según señala la justificación de la misma, de solventar las importantes lagunas de regulación contenidas en la reciente Ley 51/1982, de 13 de julio.

19. **GORDILLO CAÑAS, Antonio:** *Declaración de prodigalidad: la percepción de alimentos a cargo del demandado o la posibilidad actual de reclamárselos como presupuesto necesario de la misma. Prodigalidad, limitación de la capacidad de obrar y orden público. El principio «iura novit curia», comentario a la STS de 17 de junio de 1988, «CCJC», núm. 17, abril-agosto, 1988, pp. 607 y ss.*

20. **IGARTUA ARREGUI, Fernando:** *Derecho a la propia imagen. Derecho a la intimidad. Derecho de información, comentario a la STS de 28 de octubre de 1988, «CCJC», núm. 18, septiembre-diciembre de 1988, pp. 973 y ss.ñ.*

21. **IGARTUA ARREGUI, Fernando:** *Crónica de la última jurisprudencia norteamericana en materia de libertad de expresión e información. «Actualidad Civil», núm. 18, 1989 (410), pp. 1433 y ss.*

El trabajo recoge los puntos más importantes de la jurisprudencia norteamericana durante el último año (de septiembre de 1987 hasta septiembre de 1988), en temas relacionados con la libertad de expresión, distinguiendo tres campos donde han existido pronunciamientos importantes de los Tribunales: difamación, conflicto entre la protección de la sátira y la del sufrimiento emocional y el derecho patrimonial sobre la imagen.

22. **MARTIN CASALS, Miquel:** *Difamación. Valor preponderante de las libertades de expresión e información. Hechos y opiniones. Personas públicas y privadas. Materias de interés público y de interés privado. Difamación de grupos, comentario a la STS de 24 de octubre de 1988, «CCJC», núm. 18, septiembre-diciembre, 1988, pp. 945 y ss.*

23. **MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel:** *El transexualismo en el Derecho español, (I) «Actualidad Civil», núm. 16, 1989 (335), pp. 1173 y ss., (II), «Actualidad Civil», núm. 17, 1989 (372), pp. 1293 y ss.*

En el trabajo se analizan los siguientes temas: concepto de la transexualidad; tratamiento y remedios; trascendencia jurídica del fenómeno transexual; la transexualidad en España; el cambio de nombre; examen de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 julio de 1987; el matrimonio transexual.

24. **RODRIGUEZ CASTRO, Justo:** *Las restricciones a la publicidad formal del Registro Civil, «La Ley», 4 de agosto de 1989.*

25. **RODRIGUEZ GARCIA, Carlos-Javier:** *Sobre la protección jurisdiccional de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, comentario a la STS de 28 de octubre de 1986 y a la STC de 2 de diciembre de 1988, «La Ley», 5 de mayo de 1989.*

26. **ROMAN GARCIA, Antonio:** *Aportación al estudio de la responsabilidad civil por los daños ocasionados en los bienes y derechos de la personalidad. (Problemática suscitada por la aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y propia imagen.)* «RDP», abril, 1989, pp. 325 y ss.

27. **ROMERO COLOMA, M.^a Aurelia:** *El derecho a la intimidad privada y su problemática*, (I) «Actualidad Civil», núm. 29, 1989 (653), pp. 2241 y ss.; (II) «Actualidad Civil», núm. 30, 1989 (687), pp. 2341 y ss.

3. PERSONA JURIDICA (28-30)

28. **MARIN LOPEZ, Juan José:** *La intervención judicial en los conflictos endoasociativos: el caso de la expulsión de socios*, comentario a la STC 218/1988, de 22 de noviembre, «Poder Judicial», núm. 14, junio, 1989, pp. 151 y ss.

29. **PIÑAR MAÑAS, José Luis:** *Las Fundaciones y el Protectorado. La autorización administrativa para litigar y su dudosa constitucionalidad*, comentario a la STS de 23 de marzo de 1988, pp. 145 y ss.

30. **PRADA, José M.^a:** *Una futura Ley de Fundaciones*, (I) «Actualidad Civil», núm. 33, 1989 (767), pp. 2617 y ss.; (II) «Actualidad Civil», núm. 34, 1989 (789), pp. 2677 y ss.

4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS, RESPONSABILIDAD CIVIL (31-85)

31. **ALCOVER GRAU, Guillermo:** *Contrato de comisión: obligaciones del comisionista. Endoso de certificación administrativa*, comentario a la STS de 20 de mayo de 1988, «CCJC», núm. 17, abril-agosto, 1988, pp. 541 y ss.

32. **ALVAREZ CAPEROCHIPI, José A.:** *Eficacia de la anotación preventiva de embargo, rango de los créditos escriturarios; carácter de la póliza intervenida por agente de cambio y bolsa o corredor de comercio colegiado; el rango de la letra protestada*, comentario a la STS de 14 de junio de 1988, «CCJC», núm. 17, abril-agosto, 1988, pp. 596 y ss.

33. **ASUA GONZALEZ, Clara I.:** *Responsabilidad civil: daños sufridos por un trabajador al no verificarse un traslado en el que se había hecho confiar. Fundamento de la reclamación. Congruencia. Culpa «in contrahendo»*, comentario a la STS de 19 de mayo de 1988, «CCJC», núm. 17, abril-agosto, 1988, pp. 513 y ss.

34. **BELTRAN ALANDETE, Teresa:** *Sobre la responsabilidad por vicios ocultos en los contratos de leasing*, «La Ley», 7 de marzo de 1989.

En el trabajo se estudia, en primer lugar, el problema de la subrogación, a la vista de la SJPI núm. 4, Valencia y de la SAT Valencia de 8 de diciembre de 1986. En segundo lugar, la cuestión de la dualidad de contratos, ¿civiles o mercantiles?, a la luz de la SAT Valencia de 6 de octubre de 1987. En tercer lugar, por último, la jurisprudencia contraria a la exoneración de la compañía de leasing: SAT Madrid de 1 de octubre de 1987.

35. **BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo:** *Compraventa a plazos con reserva de dominio. Ejecución por el vendedor sobre el bien vendido para el cobro del precio aplazado: ineficacia de la resolución del contrato o de la reserva de dominio frente al adquirente del bien en subasta pública*, comentario a la STS de 7 de noviembre de 1988, «CCJC», núm. 18, septiembre-diciembre, 1988, pp. 993 y ss.

36. **BOLAS ALFONSO, Juan:** *A propósito del arrendamiento urbano y la hipoteca*, comentario en torno a las RDGRN de 10 y 20 de noviembre de 1987, «RDP», febrero, 1989, pp. 122 y ss.

37. **BONET CORREA, José:** *Compraventa de inmueble con cláusula de estabilización*, anotaciones a la STS de 15 de marzo de 1988, «La Ley», 20 de junio de 1989.

38. **BRIOSO ESCOBAR, Enrique:** *Las cláusulas de estabilización en la legislación de arrendamientos urbanos y la reconducción tácita «RDN»*, núm. 140, abril-junio, 1988, pp. 13 y ss.

El trabajo comienza con una exposición del concepto de cláusulas de estabilización, sus clases, naturaleza y módulos en ellas escogidos, para enseguida proyectarlas sobre la normativa arrendaticia. Se analizan las tres sucesivas leyes de arrendamientos urbanos, observando particularmente en las dos primeras lo atinente a la operatividad de las cláusulas estabilizadoras y el alcance de la irrenunciabilidad de los beneficios legales otorgados a los arrendatarios e inquilinos. Respecto a la Ley vigente, se consideran aquellos artículos relacionados con las cláusulas de estabilización, y se llega, en ocasiones, a conclusiones discrepantes de la jurisprudencia en base a una detenida y razonada exégesis de sus preceptos. Igualmente se aborda la normativa constituida por los Decretos leyes de contención de rentas, en cuanto contribuyen a sostener la admisibilidad de los sistemas estabilizadores, la repercusión de contribuciones y obras y su compatibilidad con aquellos como el cauce procesal para la exigencia por vía jurisdiccional de los aumentos resultantes de la estabilización convenida. Se pone de relieve la trascendencia de la restauración de la libertad de pactos en cuanto a la duración del arrendamiento y su incidencia en las cláusulas de estabilización. Por último, se concluye con un examen de la tácita reconducción del artículo 1.566 del Código Civil, ofreciéndose unas orientaciones acerca de la conveniencia de un sistema de estabilización, que convenido en el contrato primitivo, despliegue su eficacia al producirse aquélla.

39. **CAMINO, José Ramón:** *El leasing en los programas de ordenador*, «La Ley», 6 de julio de 1989.

Estudio dedicado a analizar si es posible, a la luz de la legislación española, financiar un programa de ordenador o software mediante la modalidad del leasing.

40. **CAPILLA RONCERO, Francisco:** *Responsabilidad solidaria por incumplimiento de contrato. Personalidad jurídica: «levantamiento del velo»; responsabilidad de la sociedad y del gestor único*, comentario a la STS de 2 de diciembre de 1988, «CCJC», núm. 18, septiembre-diciembre, 1988, pp. 1057 y ss.

41. **CARRASCO PERERA, Angel:** *Simulación. Donación onerosa. Contrato de vitalicio. Reserva de usufructo. Calificación de los contratos*, comentario a la STS de 3 de noviembre de 1988, «CCJC», núm. 18, septiembre-diciembre, 1988, pp. 979 y ss.

42. **CAVANILLAS MUGICA, Santiago:** *Responsabilidad civil; relación de causalidad*, comentario a la STS de 11 de marzo de 1988, «CCJC», núm. 17, abril-agosto, 1988, pp. 379 y ss.

43. **CLAVERIA GOSALVEZ, Luis-Humberto:** *El control de las condiciones generales de los contratos*, «La Ley», 11 de abril de 1989.

Reflexiones sobre las condiciones generales de los contratos a partir del Derecho positivo y del que probablemente pronto lo será: el contenido en la llamada «Propuesta de Anteproyecto de ley de Condiciones Generales de la Contratación (segunda redacción)», BIMJ, enero 1988.

44. **COCA PAYERAS, Miguel:** *Póliza de préstamo y crédito. Fianza solidaria: fianza en interés del fiador. Interpretación del contrato. Buena fe. Litisconsorcio pasivo necesario. Excepción de cosa juzgada: sentencia dictada en juicio ejecutivo respecto del declarativo*, comentario a la STS de 16 de septiembre de 1988, «CCJC», núm. 18, septiembre-diciembre, 1988, pp. 801 y ss.

45. **CONTIJOCH PRATDESABA, Ramón:** *El aumento de la contribución territorial urbana y su repercusión al inquilino-arrendatario, según el artículo 99.1.1.º y 3.º de la vigente LAU*, «RJC», pp. 475 y ss.

46. **CORRAL DUEÑAS, Francisco:** *Sociedades Agrarias de Transformación: su regulación vigente*, «RCDI», núm. 591, marzo-abril, 1989, pp. 437 y ss.

Estudio del Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, por el que se aprobó el Estatuto de las Sociedades Agrarias de Transformación, definidas en su artículo 1.º como «sociedades civiles de finalidad económico-social en orden a la producción, transformación y comercialización de productos agrícolas, ganaderos o forestales, la realización de mejoras en el medio rural, promoción y desarrollo agrarios y la prestación de servicios comunes que sirvan a aquella finalidad».

47. **CREMADES, Bernardo M.:** *España estrena nueva Ley de Arbitraje*, «La Ley», 31 de marzo de 1989.

48. **DE LA CRUZ LAGUNERO, José Manuel y CUENCA ANAYA, Francisco:** *Influencia del Derecho Público sobre el Derecho de la contratación*, «RDN», núm. 140, abril-junio, 1988, pp. 77 y ss.

Examen de las técnicas por las que se evidencia la influencia del Derecho público en la contratación. Tras la introducción y la justificación del Plan, los autores lo desarrollan bajo las siguientes ideas: I) Perfil normativo: examen de algunos supuestos de influencia del Derecho público, mediante la imposición de la obligación de contratar. II) Perfil subjetivo: examen de algunas manifestaciones de intervención, por las que no basta la mera capacidad jurídica plena, para poder concurrir a la celebración de determinados contratos. III) Perfil objetivo: examen de la presencia del Derecho público en la ordenación de los factores de la producción y de algunas de las actividades económicas más importantes. IV) Perfil objetivo (continuación): estudio de algunas técnicas de influencia del Derecho público en la última fase del proceso de transformación de bienes y servicios, para la tutela del destinatario final, en su doble vertiente de destinatario eventual, o del consumidor real. V) Perfil normativo (insistencia): estudio de las formas de presencia del Derecho público en la determinación del contenido o precepto contractual, con especial atención a la contratación conforme a condiciones generales, y a sus normas de control (judiciales, administrativas y legislativas). VI) Conclusiones.

49. **DE LA CUESTA SAEZ, José M.:** *Retracto arrendaticio sobre finca rústica. Precio que debe satisfacer el retrayente*, comentario a la STS de 10 de octubre de 1989, «CCJC», núm. 18, septiembre-diciembre, 1988, pp. 875 y ss.

50. **DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús:** *Programas de ordenador: propiedad intelectual. Contratos de informática*, comentario a la STS de 12 de diciembre de 1988, «CCJC», núm. 18, septiembre-diciembre, 1988, pp. 1063 y ss.

51. **DOMINGUEZ LUELMO, Andrés:** *La conversión de la aparcería en arrendamiento rústico*, «RDP», junio, 1989, pp. 515 y ss.

La nueva regulación de la aparcería, y en especial de la conversión de la misma en arrendamiento, introducida por Ley de 31 de diciembre de 1980, da pie para plantear una serie de cuestiones sobre el tema de la conversión de los contratos asociativos en contratos de cambio. Previamente se analiza la evolución legislativa sufrida en nuestro Derecho por el contrato de aparcería y se estudia el tema en los ordenamientos francés e italiano, que, siguiendo orientaciones diversas, muestran una tendencia común a la desaparición progresiva de los contratos asociativos.

52. **EMBID IRUJO, José Miguel:** *Sobre el carácter usurario de un préstamo bancario*, comentario a la STS de 25 de abril de 1989, «La Ley», de 17 de julio de 1989.

53. **ESTRADA ALONSO, Eduardo:** *La eficacia de los contratos de arrendamiento sobre los bienes inmuebles hipotecados*, «RCDI», núm. 591, marzo-abril, 1989, pp. 411 y ss.

El problema de la eficacia de los contratos de arrendamiento sobre los bienes inmuebles hipotecados se presenta con una acusada vertiente práctica, pero, como se muestra a lo largo del trabajo, cargada de complejos problemas de técnica jurídica que se concentran, fundamentalmente, a la hora de encontrar una solución homogénea para las distintas clases de arrendamientos. La cuestión queda centrada en términos de si la ejecución hipotecaria, regulada en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, purga o extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a la hipoteca que se ejecuta. Planteada así la cuestión, el mayor problema se presenta a la hora de buscar una solución uniforme para todos los arrendamientos. Tanto para los sometidos al Código Civil, a la LAU, como para los contemplados en la LAR.

54. **FERRER VANRELL, M.^a Pilar:** *Simulación. Compraventa: precio inexistente. Derecho civil de Baleares: donación entre cónyuges. Legislación aplicable. Interpretación de las normas. La tradición jurídica balear*, comentario a la STS de 4 de abril de 1988, «CCJC», núm. 17, abril-agosto, 1988, pp. 389 y ss.

55. **FUEYO LANERI, Fernando:** *Los contratos preparatorios consagrados expresamente en el Código Civil peruano de 1984 como una categoría, clasificación o género contractual*, «RPD», junio, 1989, pp. 556 y ss.

El reciente Código Civil de la República del Perú, que sustituyó por completo el que regía desde 1936, consagró de modo expreso la categoría o clasificación denominada contrato preparatorio que venía sufriendo de imprecisión y anarquía en las legislaciones y en la doctrina, cuando no se la silenciaba sospechosamente. Un título determinado, el V, de una división mayor intitulada «Contratos en general», toma el nombre de «Contratos preparatorios».

56. **GARCIA SOLE, Fernando:** *La subrogación en los derechos de la compañía de leasing frente al proveedor o vendedor*, «Actualidad Civil», núm. 15, 1989 (299), pp. 1057 y ss.

Reflexiones sobre la validez y licitud de la cláusula que exonera a la sociedad de leasing de los eventos de mal funcionamiento o vicios ocultos y establece una subrogación en sus derechos frente al proveedor o vendedor a favor del usuario.

57. **GETE ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen:** *Cuenta bancaria indistinta. Solidaridad activa. Atribución del dominio de lo depositado*, comentario a la STS de 19 de octubre de 1988, «CCJC», núm. 18, septiembre-diciembre, 1988, pp. 909 y ss.

58. **GIL RODRIGUEZ, Jacinto:** *Tercería de mejor derecho: privilegio y prelación de los créditos de la Hacienda Pública. Hipoteca legal tácita: individualización de la finca. Prelación general de los tributos no periódicos: vencimiento. Anotación de embargo*, comentario a la STS de 3 de mayo de 1988 «CCJC», núm. 17, abril-agosto, 1988, pp. 501 y ss.

59. **GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, Martín:** *Calificación del contrato: depósito o arrendamiento de servicios. Responsabilidad por daños y perjuicios, co-*

mentario a la STS de 19 de abril de 1988, «CCJC», núm. 17, abril-agosto, 1988, pp. 429 y ss.

60. **GAVIDIA SANCHEZ, Julio:** *Permuta de solar por pisos. Sociedad civil constituida por documento privado a la que se aportan derechos reales sobre bienes inmuebles: consecuencia de la falta de escritura pública; puesta en común de aportaciones inmobiliarias; publicidad de la relación social; régimen jurídico aplicable a las sociedades civiles irregulares; causa de disolución; liquidación*, comentario a la STS de 20 de abril de 1988, «CCJC», núm. 17, abril-agosto, 1988, pp. 475 y ss.

61. **GONZALEZ LAO, Juan José:** *Lo ilícito civil y lo ilícito penal*, «RGLJ», febrero 1988, pp. 216.

El autor atiende a los distintos puntos de vista doctrinales en torno a la diferenciación de ambas clases de ilícito, civil y penal, para, a continuación, considerar lo que al respecto manifiesta nuestro Tribunal Supremo. Y llega a la conclusión de que la separación de ambas clases de ilícito estaría en la culpa que los genera: mientras que la existencia del ilícito penal depende del dolo, una culpa próxima a él o cuando menos grave, el ilícito civil se produce por cualquier otra clase de culpa o negligencia.

62. **GONZALEZ MORAN, Luis:** *Evolución de la responsabilidad civil del médico anestesista*, «La Ley», 23 de junio de 1989.

63. **GUILARTE ZAPATERO, Vicente:** *Acción de cofiador que pagó en su totalidad la deuda fiada para reclamar la cuota parte proporcional correspondiente a otro de los cofiadores, sin haberse realizado el pago por el primero en virtud de demanda judicial ni hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra*, comentario a la STS de 2 de diciembre de 1988, «CCJC», núm. 18, septiembre-diciembre, 1988, pp. 1041 y ss.

64. **GULLON BALLESTEROS, Antonio:** *Algunos problemas que suscita la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988*, «La Ley», 25 de abril de 1989.

Dos problemas concretos se analizan en el trabajo: la delimitación de la controversia sometida a arbitraje y la excepción que origina el convenio arbitral.

65. **GULLON BALLESTEROS, Antonio:** *Onerosidad y gratuidad en la fianza convencional*, «La Ley», 7 de julio de 1989.

La cuestión de la gratuidad u onerosidad de la fianza debe resolverse con los clásicos criterios emanados del artículo 1.274 del Código Civil. ¿La obligación que contrae el fiador está compensada con alguna ventaja patrimonial que obtiene? Y si ello es así ¿de quién puede provenir la ventaja?

66. **HERNANDEZ GIL, Francisco:** *Responsabilidad civil de magistrados*, comentario a la STS de 23 de diciembre de 1988, «Poder Judicial», núm. 14, junio, 1989, pp. 145 y ss.

67. **JORDANO FRAGA, Francisco:** *Reconocimiento abstracto de deuda y presunción de causa. Contrato de mediación y corretaje*, comentario a la STS de 22 de junio de 1988, «CCJC», núm. 17, abril-agosto, 1988, pp. 629 y ss.

68. **LLEBARIA SAMPER, Sergio:** *Insolvencia civil, «par conductio creditorum» y rescisión de hipoteca*, comentario a la STS de 28 de marzo de 1988, «La Ley», 8 de septiembre de 1989.

69. **MALUQUER DE MONTES, Carlos:** *Donación pura y simple. Donación onerosa. Liberalidades sujetas a colación. Dispensa*, comentario a la STS de 14 de julio de 1988, «CCJC», núm. 18 septiembre-diciembre, 1988, pp. 779 y ss.

70. **MORALES MORENO, Antonio M.:** *Compraventa de inmueble con garantía de aprovechamiento útil para oficinas. Pretensión de reducción del precio ejercitada por la compradora, fundada en cláusula de garantía. Interpretación del contrato. Base del negocio y cláusula de garantía. Ejercicio de la facultad resolutoria y modificación posterior de la pretensión. Conducta contraria a la buena fe. Equivalencia de prestaciones y enriquecimiento sin causa. Ocultación de negociaciones mantenidas con la Administración por la compradora, tendentes a lograr un mayor aprovechamiento del edificio, cuyos resultados se intentan imponer a la vendedora*, comentario a la STS de 21 de octubre de 1988, «CCJC», núm. 18, septiembre-diciembre, 1988, pp. 919 y ss.

71. **MUÑOZ SABATE, Lluís:** *De nuevo sobre el ejercicio anticipado de la acción denegatoria de prórroga LAU*, «RJC», 1989 (2), pp. 525 y ss.

72. **ORTI VALLEJO, Antonio:** *Compraventa. Viviendas de protección oficial. Normas imperativas. Nulidad parcial. Plazas de garaje inadecuadas. Intereses por aplazamiento del pago del precio*, comentario a la STS de 22 de abril de 1988, «CCJC», núm. 17, abril-agosto, 1988, pp. 463 y ss.

73. **PASCUAL ESTEVIL, Luis:** *La perturbación del derecho de crédito y las cuestiones de la imputabilidad, causalidad y tipicidad en el Derecho civil*, «RCDI», núm. 593, julio-agosto, 1989, pp. 1183 y ss.

El autor analiza, en primer lugar, la violación del derecho de crédito, por la infracción del programa prestatario preestablecido por las partes, como cuestión previa a la determinación de la responsabilidad. En segundo lugar, la imputabilidad y la causalidad, como presupuestos indispensables de la exigencia de las consecuencias del ilícito contractual. En tercer lugar, por último la llamada tipicidad en blanco del Derecho civil.

74. **PASCUAL LIAÑO, Miguel:** *Acción revocatoria o pauliana. Prueba de la insolvencia del deudor. Subsidiariedad de la acción. Capitulaciones matrimoniales de modificación del régimen económico conyugal, y derechos de los terceros*, comentario a la STS de 24 de noviembre de 1988, «CCJC», núm. 18, septiembre-diciembre, 1988, pp. 1021 y ss.

75. **PEREZ PASCUAL, Eduardo:** *La responsabilidad por la insolvencia del deudor en la cesión de créditos*, «RDP», mayo, 1989, pp. 411 y ss.

La cesión de créditos tiene una gran importancia en nuestro sistema jurídico. La dinámica del crédito tiene en ella su mejor expresión. Su estudio plantea diversos aspectos. Uno de ellos, importante, es la incidencia que la solvencia del deudor cedido tiene en sus efectos jurídicos. Cuestión compleja tanto por los diversos supuestos que pueden plantearse como por la justicia de la solución en cada caso. Tras un detallado estudio del tema, el autor llega a la conclusión de que no responde de la solvencia del deudor el cedente de buena fe: 1) Cuando en la situación jurídica existe un factor de especulación. 2) Cuando el cedente no puede negarse a la cesión. 3) Cuando existe pacto expreso. 4) Cuando el título de la cesión tiene causa gratuita.

76. **REGLERO CAMPOS, Fernando:** *Responsabilidad civil extracontractual. Accidente de circulación. Responsabilidad del propietario del vehículo. Relación de causalidad*, comentario a la STS de 23 de septiembre de 1988, «CCJC», núm. 18, septiembre-diciembre, 1988, pp. 845 y ss.

77. **RODRIGUEZ PLOSS, Beatriz:** *Perspectivas jurídicas europeas en materia de responsabilidad civil de productos*, «Actualidad Civil», núm. 37, 1989 (846), pp. 2885 y ss.

El trabajo expone el marco jurídico o instrumento legal puesto a disposición del consumidor como medio de defensa de los derechos que a nivel internacional se consagraron en la Carta Europea de los Consumidores de 1973. Se estudian la Directriz del Consejo de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 1985 en materia de responsabilidad por razón de productos defectuosos; la Ley 26/84 General de Defensa de los Consumidores y Usuarios; y el Proyecto de adaptación española. Por último se analiza la respuesta de varios países europeos.

78. **ROJO AJURIA, Luis:** *Compensación con cargo a una cuenta corriente; autonomía de la voluntad*, comentario a la STS de 21 de abril de 1988, «CCJC», núm. 17, abril-agosto, 1988, pp. 449 y ss.

79. **ROJO AJURIA, Luis:** *Compensación, suspensión de pagos y equidad*, comentario a la STS de 11 de octubre de 1988, «CCJC», núm. 18, septiembre-diciembre, 1988, pp. 883 y ss.

80. **RUBIO TORRANO, Enrique:** *Responsabilidad civil «derivada de delito»*. *Cosa juzgada material*, comentario a la STS de 18 de octubre de 1988, «CCJC», núm. 18, septiembre-diciembre, 1988, pp. 895 y ss.

81. **SABATER BAYLE, Elsa:** *Contribución al estudio de la mora del acreedor*, «Actualidad Civil», núm. 26, 1989 (584), pp. 1997 y ss.

Estudio sobre la llamada «mora del acreedor», figura presente en nuestro Ordenamiento, y, particularmente, en nuestra jurisprudencia, pese a no contar con

un tratamiento legal explícito en cuanto a los presupuestos para su existencia, ni en cuanto a su definición legal, ni menos aún en cuanto a sus requisitos y efectos, en claro contraste con otros Ordenamientos extranjeros.

82. **SALINAS VERDEGUER, Eduardo:** *Defectos procesales subsanables; error en la motivación de la casación; obligación de consignar rentas para recurrir en los desahucios*, comentario a la STS de 6 de junio de 1988, «CCJC», núm. 17, abril-agosto, 1988, pp. 589 y ss.

83. **TORRES GARCIA, Teodora F.:** *Arrendamientos rústicos: duración. Oposición del arrendador a la prórroga*, comentario a la STS de 29 de abril de 1988, «CCJC», núm. 17, abril-agosto, 1988, pp. 493 y ss.

84. **VATTIER FUENZALIDA, Carlos:** *Resolución de arrendamiento urbano por cesión in consentida. Grupos o uniones de empresas y personalidad jurídica de sociedades; distinción entre fusión y absorción e irrelevancia de la cesión. Interpretación de contrato. Error en la apreciación de la prueba. Fraude de ley y abuso de derecho*, comentario a la STS de 22 de octubre de 1988, «CCJC», núm. 18, septiembre-diciembre, 1988, pp. 935 y ss.

85. **VATTIER FUENZALIDA, Carlos:** *Los contratos agroindustriales en el Derecho español*, «RDP», abril, 1989, pp. 315 y ss.

El autor analiza, en primer lugar, la situación de partida y los instrumentos legales de reforma, para, seguidamente, centrarse en el régimen jurídico actual: sus características generales y los rasgos esenciales de los tres tipos contractuales autónomos, a saber, los Acuerdos Interprofesionales, los Acuerdos colectivos, y los Contratos Tipo. Finaliza con algunas reflexiones sobre la aplicación del estatuto del consumidor a los agricultores.

5. DERECHO DE COSAS. HIPOTECARIO REGISTRAL (86-115)

86. **AAVV:** *Estudios sobre la Propiedad Intelectual*, «RGLJ», abril, 1988.

Número monográfico de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia dedicado a la Propiedad Intelectual. En el mismo se recogen cinco estudios doctrinales: evolución histórica del Derecho de propiedad intelectual, por Mariano Yzquierdo Tolsada; preliminares para un replanteamiento del estudio de la naturaleza jurídica del Derecho de propiedad intelectual, por Evaristo Palomar Maldonado; la protección del derecho moral de autores y artistas-intérpretes o ejecutantes en la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987, por Diego Espín Cánovas; la seguridad jurídica y el Registro de la Propiedad Intelectual, por José M.^a Chico Ortiz; y, por último, el derecho de participación de los autores de obras plásticas («droit de suite») en la nueva Ley de Propiedad Intelectual, por Matías Valles Rodríguez.

87. **ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio:** *Tercería de dominio. Venta simulada. Tradición instrumental*, comentario a la STS de 16 de septiembre de 1988, «CCJC», núm. 18, septiembre-diciembre, 1988, pp. 817 y ss.

88. **KARBAJO GONZALEZ, Julio:** *La nueva regulación española en materia de Propiedad Intelectual*, (I) «Actualidad Civil», núm. 38, 1989 (870), pp. 2965 y ss.; (II) «Actualidad Civil», núm. 39, 1989 (891), pp. 3045 y ss.

89. **CARRASCO PERERA, Angel:** *Buena fe: tercero hipotecario y accesión invertida*, comentario a la STS de 14 de julio de 1988, «Poder Judicial», núm. 13, marzo 1989, pp. 93 y ss.

90. **COBO SAENZ, M.^a Inés:** *Tratamiento del Derecho de propiedad y los contratos en los documentos pontificios de los siglos XVII al XIX*, «Actualidad Civil», núm. 12, 1989 (216), pp. 777 y ss.

En el artículo se trata de aquellos textos, en los documentos pontificios, que van de los siglos XVII al XIX, y hacen referencia a: 1.º) la propiedad sobre las cosas y su fundamento. 2.º) a los derechos y deberes del Estado frente a la propiedad, 3.º) a los contratos en general, como modos de adquirir la propiedad. En este último punto, por la especial insistencia de los documentos pontificios, se analiza el tratamiento de cuatro contratos: mutuo, compraventa, sociedad y arrendamiento de servicios (contrato de trabajo).

91. **DE LA CUETARA MARTINEZ, Juan Miguel:** *Sobre la «no protección administrativa» de los titulares de derecho de aguas privadas a partir de 1 de enero de 1989*, «La Ley», 28 de marzo de 1989.

92. **FERNANDO DEL POZO, Luis:** *Sistemas registrales inmobiliarios en la República de Irlanda. Comparación con el Derecho inglés*, «RCDI», núm. 590, enero-febrero, 1989, pp. 63 y ss.

En el trabajo se analizan los siguientes temas: evolución histórica y fuentes; organización del registro; contratación inmobiliaria; inscripción voluntaria y obligatoria; primera inscripción y ulteriores. El Registro y los datos físicos de la finca; derechos inscribibles; y efectos de la inscripción. El estudio se completa con algunas reflexiones críticas, una indicación bibliográfica y varios apéndices.

93. **GARCIA-ARANGO Y DIAZ-SAAVEDRA, César:** *patología actual de la hipoteca de máximo*, «RCDI», núm. 593, julio-agosto, 1989, pp. 1113 y ss.

94. **GIL RODRIGUEZ, Jacinto:** *Tercería de dominio: prueba de la titularidad sobre el bien embargado. Momento de la adquisición. Contrato y tradición. Normativa sobre viviendas de protección oficial*, comentario a la STS de 25 de octubre de 1988, «CCJC», núm. 18, septiembre-diciembre, 1988, pp. 961 y ss.

95. **GUERRERO ZAPLANA, Julio:** *Los llamados vídeos comunitarios y los delitos contra la propiedad intelectual cometidos por éstos*, «La Ley», 18 de julio de 1989.

96. **HERNANDEZ GIL, Antonio:** *La propiedad privada y su función social en la Constitución*, «Poder Judicial», núm. 14, junio, 1989, pp. 9 y ss.

97. **HUERTA TROLEZ, Antonio:** *Reserva estatutaria de la facultad de dividir locales en régimen de Propiedad Horizontal*, comentario a la STS de 30 de septiembre de 1988, «La Ley», 27 de junio de 1989.

98. **JIMENEZ DE CISNEROS CID, Francisco:** *Zona marítimo-terrestre: naturaleza de dominio público. El carácter de la Manga del Mar Menor*, comentario a la STS de 6 de julio de 1988, «CCJC», núm. 17, abril-agosto, 1988, pp. 667 y ss.

99. **LALAGUNA, Enrique:** *Adquisición de la posesión de bienes hereditarios*, «RGLJ», febrero, 1988, pp. 159 y ss.

Estudio del régimen de nuestro Código Civil sobre la adquisición de la posesión de bienes hereditarios, contenido principalmente en los artículos 440, 442, 1.934, y 1.960, regla 1.ª. En el mismo se analizan el contenido y significado de cada uno de estos preceptos y se delimita su respectivo ámbito de aplicación, como tarea previa ineludible para determinar, seguidamente, la naturaleza y efectos de la posesión atribuida por la Ley a los herederos.

100. **LEYVA DE LEYVA, Juan Antonio:** *Nueva reseña sobre multipropiedad y multiarrendamiento*, «RGLJ», marzo, 1988, pp. 341 y ss.

Reflexiones sobre algunos de los problemas jurídicos que plantea la llamada multipropiedad. Habida cuenta de la variedad de derechos y situaciones a los que se aplica la palabra multipropiedad, que van desde el derecho de crédito a la propiedad o condominio, pasando por los derechos reales menores, el autor formula un concepto amplio: derecho de varias personas de naturaleza variable, real o personal, al uso y disfrute pleno y exclusivo de un inmueble residencial, por períodos de tiempo anuales predeterminados, de duración perpetua o temporal y carácter transmisible.

101. **LEYVA DE LEYVA, Juan Antonio:** *Planteamiento General de los Registros Públicos y su división en Registros administrativos y Registros jurídicos*, «RCDI», núm. 591, marzo-abril, 1989, pp. 261 y ss.

El autor lleva a cabo, en primer lugar, una crítica a la hipotética unificación del régimen jurídico registral. En segundo lugar, analiza la actividad pública registral y la distinción entre registros administrativos y registros jurídicos, para seguidamente, en tercer lugar, estudiar las características diferenciales de los primeros. En cuarto lugar, por último, expone la doctrina común a los Registros jurídicos, también llamados Registros técnicos, técnico-jurídicos o Registro de bienes.

102. **MANZANARES SECADES, Alberto:** *Tercería de dominio; embargo sobre certificaciones de obra endosadas a un Banco: diferencias entre endoso y cesión*, comentario a la STS de 11 de abril de 1988, «CCJC», núm. 17, abril-agosto, 1988, pp. 399 y ss.

103. **MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos:** *Copropiedad pro indiviso: acción de división y separación. Comunidad conyugal aragonesa: consentimiento para disponer y acción de división. Derecho expectante de viudedad: extinción por divorcio. Litisconsorcio pasivo necesario*, comentario a la STS de 27 de mayo de 1988, «CCJC», núm. 17, abril-agosto, 1988, pp. 553 y ss.

104. **MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel:** *La prenda de cosa fructífera y el artículo 1.868 del Código Civil*, «RCDI», núm. 593, julio-agosto, 1989, pp. 1049 y ss.

La primera parte del trabajo está dedicada al Derecho histórico (Derecho romano, Derecho germánico, Derecho canónico. Derecho común y codificación). La segunda al Derecho comparado (francés, alemán, italiano, portugués e hispanoamericano). La tercera al Derecho español: génesis histórica, examen del artículo 1868 del Código Civil y reflexiones sobre la prenda fructífera en nuestro Derecho.

105. **MORO SERRANO, Antonio:** *Las formas de garantía real en Roma*, «RCDI», núm. 592, mayo-junio, 1989, pp. 715 y ss.

«Cabría decir —señala el autor en sus conclusiones— que en Roma la necesidad de asegurar las obligaciones se satisfizo con garantías personales. Pero los inconvenientes que para los acreedores representaban el reconocimiento al fiador de los beneficios de excusión y de división, así como los riesgos de insolvencia del mismo fiador, más tarde o más temprano hicieron sentir la necesidad de las garantías reales. La garantía real, cuyas especies dependían de la naturaleza del derecho concedido al acreedor, y, por ende, del grado de perturbación de la garantía en el patrimonio del deudor, empezó a utilizarse después de la época de las XII Tablas, iniciándose con la enajenación aseguratoria o fiducia *cum creditore contracta*, creación del Derecho civil, y después con la prenda posesoria o manual y la hipoteca o prenda convencional, creaciones del Derecho pretorio. Al no conocer el Derecho romano primitivo más derechos reales que la propiedad y las servidumbres, no se podía alcanzar la finalidad de garantía más que con la transmisión de la propiedad. En el Derecho justiniano desapareció por completo la fiducia con la caída en desuso de los negocios formales de enajenación, la *mancipatio* y la *in iure cessio*, que eran su base y ocupó su lugar la hipoteca, que pese al origen griego del término, no fue una institución griega, sino netamente romana, surgida como modalidad de la prenda posesoria o manual, y que se desarrolló en el tráfico inmobiliario dentro de un sistema que la doctrina moderna considera casi unánimemente como de clandestinidad.»

106. **DE LOS MOZOS, José Luis:** *De nuevo sobre la acción publiciana en el Derecho español*, «RDP», septiembre, 1989, pp. 723 y ss.

Partiendo de la necesidad y del interés de una revisión sistemática e historico-dogmática de los conceptos fundamentales en materia de Derechos reales, en cuyo centro se encuentra el tema de la acción publiciana, el autor analiza, en primer lugar, el origen y fundamento de esta acción; en segundo lugar, su inserción

en el sistema del Código Civil; en tercer lugar, la continuidad y desviación de la tradición romanista antes de la codificación; en cuarto lugar, la acción publiciana en la codificación; en quinto lugar, desviación y reencuentro con la tradición romanista de la acción publiciana en el Derecho español; en sexto lugar, por último, los requisitos y funciones de la acción publiciana.

107. **OLIVARES ABAD, José Manuel:** *De una primera solución práctica y formal discordancias entre derechos sobre inmuebles y derecho moral en la propiedad intelectual de decoradores, jardineros y arquitectos*, «RDP», mayo, 1989, pp. 467 y ss.

Aprobada la nueva Ley de Propiedad Intelectual conviene hacer mención de la notable omisión (tal vez por comprometida) de lo que viene siendo ya un duro caballo de batalla de arquitectos y que, hoy por hoy, no lo es menos de decoradores y jardineros: la cuestión de la protegibilidad de sus obras una vez materializadas sobre el suelo, una vez que forman parte de un inmueble que es dominio de otro sujeto que requirió sus servicios.

108. **DE PABLO CONTRERAS, Pedro:** *Derecho navarro. Derechos reales: corraliza, facería, comunidad facera. Redimibilidad*, comentario a la STS de 12 de julio de 1988, «CCJC», núm. 17, abril-agosto, 1988, pp. 683 y ss.

109. **PANTALEON PRIETO, Fernando A.:** *Tesoro: concepto; eficacia de la «reserva de tesoro». Reconvencción: reconvencción contra el demandado*, comentario a la STS de 27 de junio de 1988, «CCJC», núm. 17, abril-agosto, 1988, pp. 643 y ss.

110. **PRADA, José M.^a:** *Inscribibilidad de las cláusulas de los créditos hipotecarios*, «La Ley», 2 de junio de 1989.

La proliferación del crédito y la importancia de la hipoteca como medio de garantía han hecho que recientemente se haya dedicado una especial atención a los problemas que ésta plantea y, en concreto, a qué cláusulas de las que recogen las escrituras de préstamo hipotecario deben tener acceso al Registro.

111. **RAMON CHORNET, Juan Carlos:** *Derecho de opción: cancelación de cargas ulteriores y breve apunte sobre su naturaleza real*, «RCDI», núm. 591, marzo-abril, 1989, pp. 309 y ss.

El problema de la cancelación de las cargas y gravámenes no preferentes a un derecho de opción de compra inscrito, fue el objeto de las resoluciones de la DGRN de 7 de diciembre de 1978, 28 de septiembre de 1982 y, últimamente, de 10 de abril de 1987. En síntesis, estas resoluciones establecen la necesidad de consignar el todo o parte del precio de opción en favor de los titulares de cargas ulteriores, como requisito para la cancelación de sus asientos. Ante la casi total ausencia de la más mínima actitud crítica ante esta doctrina de la Dirección General, el autor, si bien no defiende una postura diametralmente opuesta a la de las citadas resoluciones, una postura de no necesidad de consignar para cance-

lar las cargas no preferentes, sí considera que en la mencionada doctrina han quedado importantes cabos sueltos y que la cuestión dista mucho de estar resuelta.

112. **DEL RIO GARCIA DE SOLA, Ignacio:** *Adjudicación en virtud de procedimiento judicial sumario: notificación a los acreedores garantizados con hipoteca unilateral no aceptada; cumplimiento del artículo 55 LAU*, comentario a la RDGRN de 20 de noviembre de 1987, «CCJC», núm. 17, abril-agosto, 1988, pp. 365 y ss.

113. **SERRERA CONTRERAS, Pedro L.:** *Monismo, dualismo, triadismo*, «RCDI», núm. 593, julio-agosto, 1989, pp. 1203 y ss.

Reflexiones sobre el tercer hipotecario al hilo de la lectura de la obra sobre Derecho Inmobiliario Registral de la que es autor José Manuel García.

114. **DE SOLAS RAFECAS, José María:** *La construcción extralimitada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, «Actualidad Civil», núm. 13, 1989 (239), pp. 857 y ss.

Estudio de las diferentes hipótesis de construcción en terreno ajeno elaborada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, teniendo presente lo dispuesto en los artículos 358 y 361 a 364 del Código Civil. La primera hace referencia a aquellos supuestos en los que el edificio se construye íntegramente en terreno ajeno, diferenciando, a su vez, según la mala o buena fe del constructor; la segunda, a los casos en que el edificio se construye parcialmente en terreno ajeno (extralimitación).

115. **SOLO NIETO, Francisco:** *Delitos contra los derechos de los titulares de la Propiedad Intelectual*, «La Ley», 22 de septiembre de 1989.

6. DERECHO DE FAMILIA

(116-137)

116. **DIAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Ignacio:** *Consentimiento, asentimiento y audiencia en la nueva Ley de Adopción*, «RCDI», núm. 590, enero-febrero, 1989, pp. 9 y ss.

La reciente Ley de 11 de noviembre de 1987, sobre modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, ha dado una nueva redacción al artículo 177 del Código Civil, produciéndose una variación en lo relativo al consentimiento para la adopción. Ya en la Exposición de Motivos y al tratar de la simplificación del procedimiento para la adopción, se establece que la Ley permite otros asentimientos de las personas especialmente vinculadas con uno y otro. El objetivo principal del trabajo consiste en analizar los términos «consentir» y «asentir» del nuevo artículo 177 del Código Civil.

117. **DURAN RIVACOBÁ, Ramón:** *El expediente civil previo a la celebración del matrimonio en la reforma del Reglamento del Registro Civil*, «Actualidad Civil», núm. 40, 1989 (913), pp. 3125 y ss.

118. **DURAN RIVACOBÁ, Ramón:** *Adopción por los abuelos maternos contra la voluntad del progenitor*, comentario a la STS de 2 de marzo de 1989, «La Ley», 28 de julio de 1989.

119. **FELIU REY, Manuel I.:** *El artículo 179 del Código Civil como manifestación de los principios de protección al menor y «adaptio imitatur naturam»*, «La Ley», 23 de mayo de 1989.

120. **FELIU REY, Manuel I.:** *Breve estudio de las nuevas figuras introducidas por la Ley 21/1987 de 11 de noviembre*, «Actualidad Civil», núm. 35, 1989 (807), pp. 2749 y ss.

La nueva Ley 21/1987 respeta la división del Capítulo V del Título VII del Libro I del Código Civil en dos secciones. La primera de ellas recoge las figuras de la tutela automática, la figura de la guarda, el concepto de desamparo y la institución del acogimiento. La sección segunda trata propiamente de la adopción. El estudio se centra en la primera de las secciones citadas, por lo que representa de novedoso en nuestro Derecho.

121. **FERNANDEZ COSTALES, Javier:** *Elevación a escritura pública de documento privado. Capacidad para enajenar bienes presuntamente gananciales*, comentario a la STS de 27 de marzo de 1989, «La Ley», 3 de julio de 1989.

122. **FERNANDEZ-PACHECO MARTINEZ, M.^a Teresa:** *La maternidad subrogada en Norteamérica: la Sentencia de Baby M.* «RGLJ», mayo, 1988, pp. 647.

123. **GARCIA GIL, F. Javier:** *La protección de los hijos menores o incapacitados en las situaciones de crisis matrimonial*, «La Ley», 8 de agosto de 1989.

124. **LOPEZ LIZ, José:** *Adquisición, administración y disposición de bienes inmuebles en la sociedad conyugal*, «RJC», 1989 (3), pp. 575 y ss.

El trabajo está dividido en tres partes. La primera dedicada a los bienes inmuebles gananciales (adquisición onerosa, adquisición gratuita por ambos cónyuges y administración y disposición onerosas). La segunda dedicada al estudio de la presunción de ganancialidad. La tercera y última referida a la anulabilidad de los actos de administración y disposición onerosos y nulidad de los actos a título gratuito, cuando falte el consentimiento de uno de los cónyuges.

125. **LORCA MARTINEZ, José:** *La tutela «ex lege» o tutela de los menores en situación de desamparo*, «Actualidad Civil», núm. 24, 1989 (530), pp. 1817 y ss.

La entrada en vigor de la Ley 21/87, de 11 de noviembre, supuso una profunda modificación del tratamiento sustantivo y procesal de los problemas del menor en nuestra legislación. Con la reforma de diversos artículos del Código Civil y

de la Ley de Enjuiciamiento Civil se ha producido un tránsito de las facultades de protección desde los Tribunales Tutelares de Menores a las Entidades Públicas, que se ha realizado no sin que presentasen innumerables problemas de toda índole.

126. **NUÑEZ PAZ, M.^a Isabel:** *Estudio histórico en torno a la suerte de los bienes donados por razón de matrimonio al finalizar la sociedad conyugal. Desde el más antiguo Derecho romano hasta la reforma de 1981, en el Código Civil actual*, «RDN», núm. 140, abril-junio, 1988, pp. 205 y ss.

127. **PASCUAL ESTEBAN, José Luis:** *La tutela y la guarda de menores por las entidades públicas. El acogimiento. La adopción*, «RDN», núm. 140, abril-junio, 1988, pp. 262 y ss.

La guarda y protección de los menores corresponde normalmente a la familia; sin embargo, cuando el menor carece de familia o teniéndola, ésta no cumple este deber o no se encuentra en condiciones de poderlo cumplir, el Estado a virtud del principio constitucional de protección integral a los hijos y como una indudable exigencia social debe instrumentar los medios precisos de protección respecto de los menores que se encuentran en tal situación. Entre las instituciones jurídicas de protección en sustitución de la familia, a cuyo estudio se dedica el trabajo, se encuentran la tutela, la guarda, el acogimiento familiar y la adopción han sufrido, últimamente, modificaciones esenciales en su estructuración a través de leyes importantes: la Ley de 24 de octubre de 1983 y la nueva Ley reguladora de la adopción y otras formas de protección de menores, de 11 de noviembre de 1987, fundamental en esta materia.

128. **RAGEL SANCHEZ, Luis Felipe:** *Deudas contraídas por la esposa antes del 13 de mayo de 1981. Acción interpuesta por el marido solicitando la nulidad de las operaciones llevadas a cabo por su cónyuge*, comentario a la STS de 3 de junio de 1988, «CCJC», núm. 17, abril-agosto, 1988, pp. 573 y ss.

129. **RAGEL SANCHEZ, Luis Felipe:** *Obligación de un cónyuge. Embargo de bienes gananciales. Tercería de dominio interpuesta por el cónyuge del deudor solicitando limitación del embargo a la mitad del valor del bien embargado*, comentario a la STS de 26 de septiembre de 1988, «CCJC», núm. 18, septiembre-diciembre, 1988, pp. 863 y ss.

130. **RAMOS OREA, Tomás:** *Matrimonio como negocio jurídico simple o contrato puro: distintos supuestos de resolución*, «RDN», núm. 140, abril-junio, 1988, pp. 283 y ss.

Instalados en la naturaleza jurídico-negocial del matrimonio, señala el autor, urge probar cómo le pueden ser aplicadas a éste sin violencia alguna (y como mejor prueba de su misma naturaleza negocial), los casos de resolución previstos por el ordenamiento civil en el marco de la teoría general del contrato.

131. **RAMOS OREA, Tomás:** *La formulación indagatoria «cui prodest» y el principio del abuso de derecho como cotas conceptuales en la conformación jurídica del matrimonio*, «RDP», septiembre, 1989, pp. 743 y ss.

132. **RAMOS SANCHEZ, Javier:** *Algunas consideraciones jurídicas sobre la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, sobre protección de menores y adopción. Su posible inconstitucionalidad*, «La Ley», 7 de abril de 1989.

133. **RAMS ALBESA, Joaquín:** *División de piso común (antes ganancial) atribuido en uso a uno de los cónyuges*, comentario a la STS de 22 de septiembre de 1988, «CCJC», núm. 18, septiembre-diciembre, 1988, pp 839 y ss.

134. **RICO PEREZ, Francisco:** *La función tutelar de las fundaciones*, «RGLJ», marzo, 1988, pp. 371 y ss.

La Ley de reforma del Código Civil en materia de tutela, de 24 de octubre de 1983, señala el autor, ha introducido la novedad fundamental en el artículo 242, que no tiene precedentes en el Derecho español ni en el Derecho comparado. El nuevo precepto, que admite la posibilidad de que sean tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figuren la protección de menores e incapacitados, no ha merecido una valoración uniforme por parte de la doctrina, a su estudio está dedicada la parte central del trabajo.

135. **RIVERO HERNANDEZ, Francisco:** *Filiación extramatrimonial. Acción de reclamación de filiación. Negativa a la práctica de prueba biológica: valoración*, comentario a la STS de 14 de julio de 1988, «CCJC», núm. 18, septiembre-diciembre, 1988, pp. 785 y ss.

136. **RIVERO HERNANDEZ, Francisco:** *La tensión formalismo-realismo en los procesos de filiación*, comentario a la STS de 30 de junio de 1988, «Poder Judicial», núm. 13 marzo, 1989, pp 105 y ss.

137. **VICENTE DIAZ, Matilde:** *La liquidación de la sociedad de gananciales*, «Actualidad Civil», núm. 32, 1989 (745), pp. 2541 y ss.

7. DERECHO DE SUCESIONES (138-141)

138. **ARANA DE LA FUENTE, Isabel:** *Comunidad hereditaria. Nulidad de partición. Prescripción adquisitiva entre coherederos. Sucesión en la posesión*, comentario a la STS de 17 de mayo de 1988, «CCJC», núm. 17, abril-agosto, 1988, pp. 529 y ss.

139. **MEZQUITA DEL CACHO, José L.:** *Una valoración de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones respecto a la adecuación de sus estructuras a sus funciones autopropuestas*, (I) «Actualidad Civil», núm. 20, 1989 (452), pp. 1561 y ss.; (II) «Actualidad Civil», núm. 21, 1989 (472), pp. 1621 y ss.

El autor aborda el tema de si las funciones autopropuestas y autoproclamadas por la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones de 18 de diciembre de 1987 se corresponden, de un lado, con las concepciones sociopolíticas y los factores

antropológicos hoy reales así en España como en el Occidente europeo en general; y de otro, si las estructuras normativas dispuestas al efecto por la propia Ley son todas coherentes, o bien algunas no lo son, con aquellos propósitos funcionales.

140. **TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, J. A.:** *La Convención de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre la Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte*, «La Ley», 13 de junio de 1989.

141. **YSAS I SOLANES, María:** *Interpretación de testamento. Sentido de la expresión «hijos» en relación a los adoptivos. Extinción de la sociedad de gananciales en los casos de separación de hecho*, comentario a la STS de 17 de junio de 1988, «CCJC», núm. 17, abril-agosto, 1988, pp. 615 y ss.

II. DERECHO MERCANTIL

1. PARTE GENERAL. EMPRESA (142-150)

142. **CASADO CERVIÑO, Alberto:** *Transmisión y licencia de marca y de la solicitud de marca en la Ley de 1988*, «Actualidad Civil», núm. 28, 1989 (620), pp. 2141 y ss.

La nueva Ley de Marcas de 1988 dedica el capítulo III del Título IV (arts. 41 a 45) a regular las figuras de la cesión y de la licencia. Y al hacerlo establece tanto los rasgos característicos de cada una de las instituciones como sus elementos comunes. Asimismo, establece un régimen común respecto a las formalidades y al procedimiento de inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial a que pueden someterse las cesiones y las licencias. En el trabajo se examina, en primer lugar el régimen común a ambas figuras para, a continuación, exponer sus características específicas.

143. **DARANAS, Mariano:** *La jurisprudencia de la Comunidad Europea ante las concentraciones de empresas*, comentario a la STS de «Philip Morris-Rembrandt», «La Ley», 28 de febrero de 1989.

144. **EMBID IRUJO, José Miguel:** *Modelos de utilidad. Acción de nulidad*, comentario a la STS de 28 de marzo de 1989, «La Ley», 5 de julio de 1989.

145. **FERNANDEZ-NOVOA, Carlos:** *Alguna claves del nuevo Derecho de marcas*, «La Ley», 14 de marzo de 1989.

Al igual que ocurre en otros sectores del Derecho de Propiedad Industrial e Intelectual, el nuevo Derecho de Marcas se apoya en una serie de conceptos o figuras forzosamente imprecisas que tendrán que ser concretadas por jueces y juristas en cada caso particular. Estos conceptos o figuras jurídicas están llamadas, además, a jugar un papel decisivo en sucesivos planos y fases del Derecho de Marcas; en planos y fases tan importantes como el acceso de una marca al

Registro; el ejercicio de acciones por parte del titular de la marca registrada, y la justificación del cumplimiento de la carga legal del uso de la marca. Por esta razón, añade el autor, estos conceptos y figuras jurídicas pueden calificarse perfectamente como claves del nuevo Sistema de Marcas. En el trabajo se exponen algunas de las claves más sobresalientes del conjunto normativo implantado por la Ley de 10 de noviembre de 1988.

146. **LORCA NAVARRETE, Antonio M.^a**: *Cuestiones procesales relativas a la publicidad ilícita*, «La Ley», 21 de marzo de 1989.

147. **MONTON REDONDO, Alberto**: *El proceso de la Ley General de Publicidad*, «La Ley», 28 de febrero de 1989.

148. **PELLISE PRATS, Buenaventura**: *Comentarios básicos a la nueva Ley de Marcas*, «RJC», 1989, (3), pp. 615 y ss.

Comentario a la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, que si bien ostenta el título unitario de Ley de Marcas, en realidad se extiende a regular tres tipos diferenciados de distintivos comerciales, con un registro separado para cada uno de ellos, bajo las designaciones particulares de *marcas*, *nombres comerciales* y *rótulos de establecimiento*, aparte de añadir un tratamiento legal básico para los actos de *competencia desleal*.

149. **SEBASTIAN PARDOS, V. y SEBASTIAN CHENA, V. J.**: *Efectos parciales de la nueva Ley General de Publicidad*, «La Ley», 28 de abril de 1989.

150. **VILLA VEGA, Enrique**: *Marcas. Criterios para apreciar la genericidad de la marca. Distinción entre denominaciones genéricas y comunes. Denominaciones sugestivas. Marca notoria: riesgo de confusión*, comentario a la STS de 28 de noviembre de 1988, «CCJC», núm. 18, septiembre-diciembre, 1988, pp. 1033 y ss:

2. SOCIEDADES (151-158)

151. **BELTRAN SANCHEZ, Emilio**: *Los dividendos pasivos en la reforma de la sociedad anónima*, «Actualidad Civil», núm. 11, 1989 (194), pp. 697 y ss.

Entre las novedades que presenta el Proyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, figura la previsión de un régimen jurídico más completo de los dividendos pasivos en relación con las sociedades anónimas. La regulación mejora notablemente tanto desde el punto de vista formal como sustancial.

Bajo el prisma formal, la materia es objeto de una adecuada reordenación, dentro del Capítulo III («De las acciones»), en la Sección 5.^a, que lleva precisamente por título «De los dividendos pasivos». Desde el punto de vista sustancial,

el Proyecto de Ley colma muchas de las lagunas del derecho vigente. Unas veces, como consecuencia de la recepción de la normativa comunitaria (Ley de adaptación) y otras, por la acogida de las soluciones auspiciadas por la interpretación jurisprudencial y doctrinal de la normativa vigente (Ley de reforma parcial). Pero siempre con la finalidad de proteger la integridad del capital social y de conciliar adecuadamente los intereses de la sociedad, de los socios y de los terceros. Al análisis de estas novedades está dedicado el trabajo.

152. **CANO FERNANDEZ, Emiliano:** *El aspecto formal de la representación de las sociedades mercantiles. La ejecución de los acuerdos sociales*, «RCDI», núm. 593, julio-agosto, 1989, pp. 1153 y ss.

153. **CARAPETO, Antonio:** *El sistema de capital autorizado en los procedimientos de aumento de capital en la nueva Ley de Sociedades Anónimas*, «RCDI», núm. 591, marzo-abril, 1989, pp. 373, y ss.

Dentro de la profunda reforma, en curso, del Derecho de sociedades, destacan singularmente las posibles variaciones de capital social. Al implicar una modificación de los estatutos tiene importancia trascendente y por ello el proyecto de Ley incrementa el derecho de información de los accionistas, tanto desde un punto de vista formal como desde un punto de vista objetivo. Se aumentan las garantías para todo tipo de modificaciones que afecten a la estructura de la sociedad, consiguiéndose, asimismo, protección para los terceros, público en general y acreedores, para los que la cifra de capital y sus posibles cambios suponen un interés apreciable. Si bien, de forma casi general se le atribuye a la Junta competencia para proceder a aumentar el capital, ello no obsta que la propia Ley regule la posibilidad de que sean los administradores los encargados de esta decisión. Esta es la facultad que el artículo 94 del Proyecto denomina «autorización a los administradores para aumentar el capital», y que comúnmente se conoce como capital autorizado.

154. **FERNANDEZ DEL POZO, Luis y ALARCON ELORRIETA, M.^a Luisa:** *Aproximación al estudio de nuevas categorías de cotitularidad jurídica: Las comunidades funcionales y los fondos de gestión*, «RCDI», núm. 592, mayo-junio, 1989, pp. 617 y ss.

Recientes disposiciones legislativas han utilizado la técnica anglosajona de los «investment trusts» o relaciones jurídicas que se articulan en torno a ciertos patrimonios de destino: leyes tales como las que disciplinan las instituciones de inversión colectiva, los fondos de pensiones y los de capital-riesgo, etc. A pesar de lo singular de su estructura, lo que los autores denominan «fondos de gestión» han suscitado poca literatura jurídica y han sido fruto de una recepción del Derecho extranjero que al menos merece un esfuerzo de interpretación. En el trabajo se investiga sobre los problemas dogmáticos y jurídico-registrales que las nuevas figuras sugieren desde una óptica o dogmática nacionales. «Para conseguir este propósito —señalan los autores— nos proponemos presentar los fondos de gestión como una exageración o hipertrofia de los rasgos más salientes de las llamadas con mejor o peor acierto «comunidades funcionales»; para luego describir

conceptualmente las paradojas de los fondos de Inversión Mobiliaria, el paradigma de las instituciones que son objeto de nuestro estudio, lo que nos servirá para inducir un concepto general y generalizar su aplicación a instituciones que están emparentadas con éstos. Todo esto puede servir de pórtico al estudio en detalle de los problemas registrales que suscitan las remisiones legales a la teoría general de sociedades y su inscripción en el Registro Mercantil.»

155. **GARCIA VALDECASA BUTRON, José Angel:** *Aportaciones no dinerarias y adquisiciones onerosas en la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, «RDCI», núm. 592, mayo-junio, 1989, pp. 739 y ss.

Con motivo de la necesaria adaptación de nuestra legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, está en proceso de discusión el Proyecto de Reforma de las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada. Entre los artículos que dentro de la legislación de Anónimas sufren una más profunda modificación se encuentran los referentes a las aportaciones no dinerarias, tanto en la constitución de la sociedad como en los sucesivos aumentos de capital, y a las adquisiciones onerosas llevadas a cabo por la sociedad en los dos primeros años a partir de su constitución. La materia se encuentra regulada en la sección 4.^a del capítulo II de la Ley de Sociedades Anónimas, que trata de la fundación de la sociedad, en los artículos 31 y 31,a).

156. **JIMENEZ DE LA PEÑA, Juan:** *La reforma de sociedades y el Registro Mercantil*, «RCDI», núm. 592, mayo-junio, 1989, pp. 675 y ss.

Estudio del Proyecto de reforma de la Legislación Mercantil de 8 de abril de 1988, que en consonancia con la normativa establecida en las Directivas comunitarias, regula el Registro Mercantil en el artículo 1, de modificación del Título II del Libro Primero del Código de Comercio (arts. 16 a 24). En primer lugar se analizan las normas aplicables y las principales innovaciones en materia de publicidad mercantil. En segundo lugar, la reforma del régimen de las Sociedades Anónimas en el Registro Mercantil. En tercer lugar, la reforma de las sociedades de responsabilidad limitada en el mencionado Registro. En cuarto lugar, por último, los cambios referidos a la organización del Registro Mercantil.

157. **ROJO FERNANDEZ-RIO, Angel:** *La transformación de Sociedades Anónimas*, «RCDI», núm. 590, enero-febrero, 1989, pp. 39 y ss.

El Proyecto de Ley de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades contiene una serie de preceptos que configuran la transformación como alternativa para aquellas sociedades que no quieran o no puedan aumentar su capital social hasta el mínimo legal (disposición transitoria 3.^a) o que, por una u otra causa, tengan que reducirlo por debajo de esa cifra. El proyecto de Ley atiende a la transformación desde una doble perspectiva, objeto del estudio, como «transformación voluntaria», es decir, como aquel acuerdo social libre y espontáneo por cuya virtud una sociedad mercantil cambia la forma social, y como «transfor-

mación obligatoria» o por imperativo legal, por consencuencia de una determinada situación (cifra del capital social, pérdidas patrimoniales).

158. **SACRISTAN REPRESA, Marcos:** *Sociedad Anónima: impugnación de acuerdos de la Junta general. Defectos de convocatoria e incumplimiento del deber de información, como motivos. Junta universal: existencia y repercusiones. Legitimación para impugnar. Carácter de la sentencia de la Audiencia, dictada en procedimiento del artículo 7 LSA, a efectos de la casación*, comentario a la STS de 14 de abril de 1988, «CCJC», núm. 17, abril-agosto, 1988, pp. 417 y ss.

3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRAFICO (159-160)

159. **FERNANDEZ DEL POZO, Luis:** *Un nuevo Registro Jurídico de Bienes: el sistema de anotaciones en cuenta de valores*, «RCDI», núm. 563, julio-agosto, 1989, pp. 1213 y ss.

La nueva regulación del Mercado de Valores por Ley 24/1988, de 28 de julio, ha recogido en su articulado la técnica de instrumentación jurídica de valores mediante un sistema de anotaciones en cuenta. Respecto de los valores que no cotizan en Bolsas oficiales, el sistema de anotación en cuenta por entidades gestoras especializadas, constituye, para el autor, un auténtico Registro de la propiedad mueble, cuyo funcionamiento revela sorprendente similitud con el Registro de la Propiedad.

160. **SEBASTIAN, Rafael:** *Libre competencia y banca*, «La Ley», 31 de enero de 1989.

4. CONTRATOS MERCANTILES (161-165)

161. **CHULIA VICENT, Eduardo y BELTRAN ALANDETE, Teresa:** *Consideraciones sobre el contrato de «joint venture»*, «La Ley», 24 de octubre de 1989.

162. **EMBED IRUJO, José Miguel:** *Indemnización e intereses en el seguro de robo. Comentario a la STS de 10 de mayo de 1989*, «La Ley», 27 de octubre de 1989.

163. **GARCIA PITA y LASTRES, José Luis:** *Reflexiones sobre la relación entre el contrato de descuento y la apertura de crédito en cuenta corriente*, «RDBB», núm. 33, enero-marzo, 1989, pp. 59 a 105.

El autor se refiere especialmente a las consecuencias jurídicas que derivan de la integración de ambas figuras contractuales en una misma operación negocial. Sobre todo cuando el contrato de apertura de crédito, instrumentado en cuenta corriente, se sirve de descuento como forma de utilización, o como modalidad de restitución. El autor concluye su estudio afirmando que la inserción de los

créditos derivados del contrato de descuento en una cuenta corriente que sirva de soporte a la apertura de crédito puede llegar a diluir, en determinadas condiciones, los derechos personales derivados del contrato de descuento; quedando, éstos absorbidos por la *causa credendi* de la apertura de crédito. Salvo pacto en contrario, u otra circunstancia propia de cada caso concreto, ni el cliente ni el banco se podrían compeler recíprocamente a la verificación de unas anotaciones contables que pueden alterar sustancialmente los derechos que les corresponden en virtud del contrato de descuento (FOB).

164. **ILLESCAS, Rafael:** *Los contratos bancarios: reglas de información, documentación y ejecución*, «RDBB», núm. 34, abril-junio 1989, pp. 261 a 289.

El autor se refiere especialmente a las consecuencias jurídicas que derivan de la integración de ambas figuras contractuales en una misma operación negocial. Sobre todo cuando el contrato de apertura de crédito, instrumentado en cuenta corriente, se sirve de descuento como forma de utilización, o como modalidad de restitución. El autor concluye su estudio afirmando que la inserción de los créditos derivados del contrato de descuento en una cuenta corriente que sirva de soporte a la apertura de crédito puede llegar a diluir, en determinadas condiciones, los derechos personales derivados del contrato de descuento; quedando, éstos, absorbidos por la *causa credendi* de la apertura de crédito. Salvo pacto en contrario, u otra circunstancia propia de cada caso concreto, ni el cliente ni el banco se podrían compeler recíprocamente a la verificación de unas anotaciones contables que pueden alterar sustancialmente los derechos que les corresponden en virtud del contrato de descuento (FOB).

165. **JIMENEZ DE PARGA, Rafael:** *Repercussions jurídiques del pagament electrònic i la seva incidència en el Dret Comunitari Europeu i en el Dret Espanyol*, «RJC», 1989 (3), pp. 759 y ss.

En el trabajo se abordan cuatro grandes cuestiones: a) El fundamento tecnológico del pago electrónico, desde la perspectiva de las medidas jurídicas necesarias para su implantación; b) La profunda transformación de los servicios bancarios como consecuencia de la generalización de esta modalidad de pago; c) El examen de la normativa comunitaria europea, que se encuentra en dos textos legales: por una parte, en la Recomendación de la Comisión 87/598/CEE, de 8 de diciembre de 1987, sobre un Código Europeo de buena conducta en materia de pago electrónico; y por otra, en la Directiva del Consejo 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo; c) La incidencia que el denominado pago electrónico puede tener y está teniendo ya sobre determinados sectores del Derecho positivo, especialmente en el Derecho fiscal y en el Derecho penal.

5. DERECHO CAMBIARIO (166-169)

166. **DIAZ MORENO, Alberto:** *El endoso extemporáneo de la letra de cambio*, «RDBB», núm. 33, enero-marzo, 1989, pp. 9-58.

El estudio se centra en la determinación de la naturaleza jurídica y efectos del endoso extemporáneo de la letra de cambio; es decir, del endoso posterior al protesto o a la declaración equivalente por falta de pago o al vencimiento^o del plazo establecido para levantar el protesto (art. 23 de la Ley Cambiaria y del Cheque). Respecto de su naturaleza, el autor concluye que el endoso extemporáneo ha de considerarse como un verdadero endoso, si la declaración unilateral por la que se ordena al librado que se realice el pago a un nuevo acreedor es formalmente regular y va acompañada de la tradición del documento, y en la medida en que, con independencia del momento en que se produzcan estos actos, se cumple la función legitimadora propia del endoso. La equiparación entre endoso extemporáneo y cesión de créditos que realiza el artículo 23 de la Ley Cambiaria ha de plantearse en el plano de los efectos y nunca en cuanto a los aspectos formales. En el sistema de la Ley, tal equiparación tiene por función expresar, aunque de modo impreciso —afirma el autor—, que del endoso extemporáneo no surgirá obligación cambiaria para el endosante y el endosatario no adquirirá los derechos en vía autónoma (F.O.B.).

167. **EIZAGUIRRE, José María de:** *Prescripción cambiaria y acción causal*, «RDBB», núm. 34, abril-junio, 1989, pp. 241-259.

El trabajo presenta un estudio de relación entre la obligación cambiaria y la causal en una perspectiva poco habitual en nuestra literatura, cual es la de la posible repercusión de la relación *cartular* sobre la relación causal. En concreto, se plantea el autor la admisibilidad de esgrimir excepciones cambiarias frente a la acción causal; en particular, la oponibilidad de la excepción de prescripción de la acción cambiaria frente al ejercicio de la acción causal. Se presta especial atención a la posibilidad de integrar en la causa de extinción de la obligación causal, a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1.170 CC, el supuesto de la prescripción de la acción cambiaria. A este respecto, se admite la pérdida de la acción causal derivada de la prescripción cambiaria, considerando como causas equivalentes de dicho efecto los casos de perjuicio y prescripción (F.O.B.).

168. **GARCIA-CRUCES GONZALEZ, José A.:** *Letra de cambio. Prescripción de las acciones cambiarias. Interrupción de la prescripción. Contrato de descuento. Plazo de prescripción de la acción derivada de la cláusula «salvo buen fin» en el contrato de descuento. Subsistencia de la acción derivada del contrato de descuento.* Comentario a la STS de 14 de noviembre de 1988, «CCJC», núm. 18, septiembre-diciembre, 1988, pp. 1011 y ss.

169. **HINOJOSA SEGOVIA, Rafael:** *La oposición en el juicio ejecutivo cambiario: comentario al artículo 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque*, «RGLJ», mayo, 1988, pp. 685 y ss.

Estudio de las excepciones oponibles en el juicio ejecutivo cambiario, que la nueva Ley, siguiendo la orientación de la Ley de Ginebra, pero con más detalle, ha regulado en su artículo 67, partiendo de la distinción entre lo que llama excepciones «personales» y las que se sobreentiende que son excepciones «reales» (o «in rem»).

6. CONCURSAL (170)

170. **SANCHEZ LORENZO, Sixto:** *Eficacia de la declaración de un concurso pronunciado en el extranjero: paralización de las acciones individuales.* Comentario a la STS de 10 de marzo de 1988, «La Ley», 18 de abril de 1989.

7. DERECHO MARITIMO (171)

171. **RODES, Juan E.:** *El valor del buque en las pólizas de seguro marítimo.* *Seguro de cascos*, «RJC», 1989 (2), pp. 489 y ss.

III. DERECHO URBANISTICO (172-192)

172. **AROZAMENA LASO, Angel:** *La consulta urbanística: un estudio del artículo 55.2 de la Ley del Suelo*, «RDU», núm. 113, mayo-junio, 1989, pp. 485 y ss.

La consulta en el ámbito urbanístico, escasamente atendida por la doctrina, ha sido, sin embargo, objeto de numerosas resoluciones judiciales que han contribuido a lo que hoy puede calificarse de jurisprudencia bastante consolidada en torno a la interpretación del artículo 55.2 de la Ley del Suelo. En el trabajo se expone su régimen jurídico y se analizan los principales problemas que plantea en cuanto a naturaleza, sujetos, contenido y efectos jurídicos, de los que destacan los de vinculación, recurribilidad y responsabilidad administrativa en relación con las consultas urbanísticas.

173. **DE ASIS ROIG, Agustín Eugenio:** *Anulación de planes: efectos ordenatorios y aplicativos*, «RDU», núm. 113, mayo-junio, 1989, pp. 445 y ss.

En el ámbito de la ordenación, señala el autor en las conclusiones, el Tribunal Supremo aplica la doctrina de la reviviscencia del Planeamiento anterior al que resultó anulado, sin perjuicio de que esta regla pueda presentar dificultades, bien por las necesidades de su coherencia con los instrumentos superiores o bien porque tal normativa anterior no exista. Mas en el ámbito de lo concreto, añade, el perjuicio de los particulares queda cubierto por la responsabilidad de la Administración, que deberá responder por los perjuicios ocasionados en sus derechos e intereses de los particulares que hubieran devenido imposibles. Por otro lado, la jurisprudencia es proclive a la conservación de lo consolidado físicamente y no de los instrumentos que promuevan dicha consolidación.

174. **BORRELL CALONGE, Agustín:** *El Dictamen pericial del Arquitecto en materia de ruina. La ruina desde el punto de vista técnico*, «RDU», núm. 112, marzo-abril, 1989, pp. 327 y ss.

175. **FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón:** *El urbanismo en la jurisprudencia constitucional: Notas críticas*, «RDU», núm. 112, marzo-abril, 1989, pp. 225 y ss.

El autor analiza, en primer lugar, la relación Estado-Comunidades Autónomas en materia de urbanismo y ordenación del territorio: la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de mayo de 1986. En segundo lugar, la relación Comunidades Autónomas-Municipios en el ámbito urbanístico: la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1986.

176. **GONZALEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis:** *Sinopsis de la financiación del Urbanismo*, «RDU», núm. 111, enero-febrero, 1989, pp. 39 y ss.

Trabajo orientado a ordenar, con criterios racionales e incluso fácilmente retenibles, las diferentes normas que de un modo u otro inciden sobre la materia de la financiación del urbanismo. A este efecto se divide la financiación en directa o indirecta, según se trate de las fuentes que aportan bienes y numerario a la acción urbanística, o las fuentes que facilitan financieramente ésta mediante mecanismos de reducción de gastos, bien sean gastos de la Administración, bien sean gastos de los promotores.

177. **KONINCKX FRASQUET, Amparo:** *La iniciativa particular en el planeamiento: doctrina del Tribunal Supremo*, «RDU», núm. 111, enero-febrero, 1989, pp. 97 y ss.

Estudio de la participación de la iniciativa particular en la formación de Planes, dirigido a aclarar, a la luz de la doctrina jurisprudencial, algunos de los interrogantes habidos como consecuencia de la posible contradicción entre diversos preceptos de la normativa vigente.

178. **LAFUENTE BENACHES, Mercedes:** *Los planes Especiales de Reforma Interior*, «RDU», núm. 114, julio-agosto-septiembre, 1989, pp. 79 y ss.

179. **LOBATO GOMEZ, J. Miguel:** *La participación privada en la formación de planes de ordenación urbana*, «RDU», núm. 114, julio-agosto-septiembre, 1989, pp. 47 y ss.

180. **LOPEZ-JURADO ESCRIBANO, Francisco de Borja:** *El régimen de «fuera de ordenación» y el planeamiento urbanístico*, «RDU», núm. 112, marzo-abril, 1989, pp. 311 y ss.

El autor analiza, en primer lugar, en qué consiste lo que Parejo Alfonso califica como respeto a las edificaciones ya ejecutadas y a los usos ya implantados en los términos del régimen de «fuera ordenación». Seguidamente examina dos cuestiones concretas que surgen a propósito de las relaciones entre planeamiento y régimen de «fuera ordenación»: desconformidades que disparan la aplicación del régimen y aptitud del planteamiento para modificarlo.

181. **LLISET BORRELL, Francisco:** *El abuso de la vía excepcional del artículo 180.2 de la Ley del Suelo y su impugnación*, «RDU», núm. 112, marzo-abril, 1989, pp. 245 y ss.

Sostiene el autor que la norma contenida en el artículo 180.2 de la Ley del Suelo se ha convertido, en el estado de las autonomías, en una técnica de solución de conflictos entre las entidades públicas implicadas, por lo general la Comunidad Autónoma y los Ayuntamientos. Lo que ocurre, añade, es que, con evidente abuso del privilegio que dicha norma otorga exclusivamente a la Administración estatal o autonómica y a las entidades de Derecho público que administren bienes estatales o de las CC.AA., dicha técnica se viene utilizando para supuestos no contemplados en el referido precepto. Con lo que de vía excepcional, como fue concebida, ha pasado a operar como regla general, y la solicitud de licencia de las Comunidades Autónomas, que era y debe ser la regla, ha pasado en la práctica a ser la excepción. Ante esta situación cobran un primer plano los medios de impugnación de los Ayuntamientos frente a esa vía excepcional de realización de obras, incluso no estatales o no autonómicas, abusivamente utilizada.

182. **MARCOS JIMENEZ, Martín:** *Parcelaciones de fincas y el Registro de la Propiedad*, «RDU», núm. 112, marzo-abril, 1989, pp. 253 y ss.

Estudio sobre el tema de las divisiones y segregaciones de fincas en relación con el Registro de la Propiedad, dirigido a determinar qué es lo que la institución puede aportar, dentro de la legislación vigente, a fin de evitar o paliar los resultados negativos de las parcelaciones ilegales que, especialmente en suelo rústico o no urbanizable, desembocan en las urbanizaciones clandestinas, como ya destacó la E.M. de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, y cuyos efectos perniciosos reconoció, diecinueve años después, la Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975 como manifestación aún existente de la indisciplina urbanística.

183. **MARTIN-MATEO, R. y VERA REBOLLO, J. F.:** *Problemas de ordenación territorial y urbanística en el litoral survalenciano: consideraciones sobre planeamiento, consideraciones sobre planeamiento, conservación de costas y promoción del turismo residencial*, «RDU», núm. 114, julio-agosto-septiembre, 1989, pp. 13 y ss.

184. **MENGOLI, Giancarlo:** *La legislación urbanística italiana y la experiencia de su aplicación*, «RDU», núm. 111, enero-febrero, 1989, pp. 13 y ss.

185. **MESTRE DELGADO, Juan Francisco:** *Edificio fuera de ordenación y licencia de actividad*. Comentario a la STS (3.ª, Secc. 1.ª) de 7 de marzo de 1989. «La Ley», 31 de julio de 1989.

186. **MOLTO DARNER, José M.ª:** *Impugnación de planificación urbanística por infracción de derechos fundamentales*, «RJC», 1989 (2), pp. 529 y ss.

187. **ORTEGA GARCIA, Angel:** *Implicaciones urbanísticas de la Ley de Costas*, «RDU», núm. 112, marzo-abril, 1989, pp. 275 y ss.

Examen de la incidencia e implicaciones recíprocas de las competencias urbanísticas y costeras. El ámbito territorial objeto del estudio se concreta a los terrenos que no son de dominio público por naturaleza, es decir, a los que el artículo 21.1 de la Ley de Costas llama terrenos colindantes con el dominio público marítimo-terrestre, que son los suelos típicos para su consideración y ordenación urbanísticas y en los que incide la Ley de Costas con diversa profundidad e intensidad y sin otra excepción que la de los terrenos declarados de interés para la seguridad y defensa nacional.

188. **PEMAN GAVIN, Ignacio:** *La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local. Su incidencia sobre la facultad de suspensión de los actos de las corporaciones locales en materia de licencias urbanísticas*, «RDU», núm. 111, enero, 1989, pp. 77 y ss.

A partir de la garantía constitucional de autonomía de las Entidades Locales, se ha ido configurando un marco de relaciones entre éstas y el Estado y las Comunidades Autónomas cada vez más preciso. No obstante, algunos aspectos han supuesto motivo de constante desacuerdo tanto en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo como en la doctrina, y entre los que, sin lugar a dudas, ha tenido un puesto relevante la facultad de suspensión por parte de las Comunidades Autónomas de los efectos de las licencias u órdenes de ejecución acordadas por los Ayuntamientos en aquellos supuestos que manifiestamente constituyan una infracción urbanística grave.

189. **ROCA CLADERA, Josep y PEREZ LAMAS, Carlos:** *Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos (impuesto de plusvalía)*, «RDU», núm. 111, enero-febrero, 1989, pp. 55 y ss.

Estudio comparativo entre la regulación que establece el Anteproyecto de Ley de Financiación de las Entidades Locales (febrero, 1987) y la regulación del impuesto contenida en el R.D. Legislativo 781/1986 sobre Disposiciones Vigentes de Régimen Local.

190. **ROCA CLADERA, Josep y PEREZ LAMAS, Carlos:** *Otros impuestos locales sobre la propiedad inmobiliaria*, «RDU», núm. 113, mayo-junio, 1989, pp. 427 y ss.

191. **RODRIGO MORENO, Fernando:** *Incidencia de las cargas sobre los terrenos que son objeto de reparcelación o compensación*, «RDU», núm. 114, julio-agosto-septiembre, 1989, pp. 103 y ss.

192. **ROMERO HERNANDEZ, Federico:** *Los programas de actuación urbanística y los agentes privados*, «RDU», núm. 114, julio-agosto-septiembre, 1989, pp. 29 y ss.

IV. DERECHO PROCESAL (193-216)

193. **BLAS ORBAN, José Miguel:** *La fundamentación del recurso de casación por infracción de las normas del ordenamiento y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* «La Ley», 25 de julio de 1989.

194. **CABAÑAS GARCIA, Juan Carlos:** *El derecho autonómico como objeto del recurso de casación ante los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas,* «Poder Judicial», núm. 14, junio, 1989, pp. 23 y ss.

195. **CALVO SANCHEZ, M.^a del Carmen:** *Reflexiones sobre la causa novena del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa»,* «Poder Judicial», núm. 13, marzo 1989, pp. 9 y ss.

196. **CARPI PEREZ, Joaquín:** *Algunos aspectos de la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional,* «La Ley», 3 marzo, 1989.

197. **COLLADO GARCIA-LAJARA, Enrique:** *El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas: novedades,* «Actualidad Civil», núm. 19, 1989 (431), pp. 1497 y ss.

A juicio del autor, la importancia del Tribunal de Primera Instancia recientemente regulado, se pone de manifiesto por su complementariedad respecto del TJCE, y por la especialidad de los asuntos de que conoce, lo que contribuirá no sólo a asentar más si cabe la Jurisprudencia constante del TJCE sobre las competencias traspasadas al nuevo Tribunal, sino a crear otra de «Primera Instancia» que participará en la creación del Derecho Comunitario por vía judicial, y del que emanarán, probablemente, resoluciones serenas y ajustadas a la realidad socioeconómica del Mercado Común, sobre todo cara al próximo nacimiento del Mercado Unico en 1993.

198. **COLLADO GARCIA-LAJARA, Enrique:** *El procedimiento en el Tribunal de Primera Instancia Comunitario y el recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas,* «Actualidad Civil», núm. 36, 1989 (829), pp. 2813 y ss.

199. **GARCIA PEREZ, Juan Jacinto:** *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español: el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas,* «Actualidad Civil», núm. 25, 1989 (563), pp. 1921 y ss.

200. **GONZALEZ-CUELLAR GARCIA, Antonio:** *El Poder Judicial en la Constitución,* «La Ley», 9 de mayo de 1989.

201. **LOPEZ CASTRO, Alvaro:** *Problemática procesal de la supresión de la prórroga forzosa en los arrendamientos urbanos,* «La Ley», 30 de junio de 1989.

202. **MARIN LOPEZ, Antonio:** *La ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros: la Ley 36/1988, de 5 de diciembre,* «La Ley», 14 de abril de 1989.

203. **MARTINEZ PARDO, Vicente José:** *La liquidez de los créditos (art. 1453, 4.º LEC)*, «La Ley», 18 agosto de 1989.

204. **MOZO MUELAS, Rafael:** *Razones que hacen desaconsejable e ineficaz la ejecución provisional de las sentencias*, «La Ley», 13 de octubre de 1989.

Reflexiones sobre el nuevo artículo 385 de la LEC, tras la reforma de 6 de agosto de 1984, que ha implantado la posibilidad de ejecutar, con carácter general, las sentencias y los autos no firmes.

205. **MUÑOZ ROJAS, Tomás:** *Tres «adhesiones» jurídico-procesales*, «La Ley», 17 de marzo de 1989.

En el trabajo se relacionan tres institutos jurídico-procesales ligados por diferentes razones y criterios entre los que destaca, de manera predominante, el factor económico: la intervención procesal *adhesiva*, la apelación *adhesiva* o por adhesión y el proceso penal *adhesivo*.

206. **DE LA OLIVA SANTOS, Andrés:** *Nuevas consideraciones sobre el artículo 1.435 LEC: liquidez de los créditos bancarios en el juicio ejecutivo*, «La Ley», 26 septiembre de 1989.

207. **ORAA GONZALEZ, Javier:** *Reflexiones sobre el nuevo proceso civil del automóvil. El Proyecto de actualización del Código Penal*, «La Ley», 19 de mayo de 1989.

En el mencionado Proyecto se incluyen una serie de disposiciones adicionales tendentes, de acuerdo con la intención expresada en la Exposición de Motivos, a agilizar las eventuales reclamaciones que pudieran presentarse en el orden civil por daños causados con ocasión de la circulación de vehículos de motor. Normas de naturaleza civil sobre competencia y procedimiento que se analizan en el trabajo.

208. **ORTIZ NAVACERRADA, Santiago:** *El proceso de error judicial*, «Actualidad Civil», núm. 14, 1989 (264), pp. 933 y ss.

En cumplimiento del mandato contenido en el artículo 121 de la Constitución Española, la LOPJ, en sus artículos 292 y ss., ha regulado por primera vez entre nosotros la *responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, tanto por error judicial como por funcionamiento anormal. El trabajo ofrece una visión ordenada de los criterios jurisprudenciales —explícitos o sólo por ahora apuntados— en torno al tratamiento procesal de la pretensión de declaración de error judicial.

209. **ORTIZ NAVACERRADA, Santiago:** *Los «recursos» de revisión civil y laboral: jurisprudencia última*, «Actualidad Civil», núm. 22, 1989 (494), pp. 1681 y ss.

La fijeza de la institución procesal de la revisión hace quizá innecesarios nuevos estudios dogmáticos sobre la misma, que poco habrían de añadir a los ya

contenidos en Tratados o Monografías; pero no excluye, en cambio, la conveniencia de una actualización jurisprudencial que de cuenta de los matices que los criterios tradicionales cobran ante las nuevas formas de litigiosidad, éstas sí siempre cambiantes y novedosas. El trabajo ofrece una panorámica actualizada y ordenada de la jurisprudencia última, civil y laboral, en materia de revisión.

210. **REVENGA SANCHEZ, Miguel:** *Independencia y responsabilidad del Juez: dos valores enfrentados. El reciente debate italiano*, «Poder Judicial», núm. 14, junio, 1989, pp. 47 y ss.

211. **REYES GONZALO, María Luz:** *Notas sobre la clase de juicio procedente en los procedimientos sobre resolución de contratos de arrendamientos urbanos por expiración del plazo contractual a la vista del Real Decreto Ley 2/1985, de 30 de abril*, «Poder Judicial», núm. 13, marzo, 1989, pp. 79 y ss.

212. **RODRIGUEZ CASTRO, Justo:** *Los Jueces de Paz: sus funciones en el Registro Civil*, «Actualidad Civil», núm. 23, 1989 (511), pp. 1753, y ss.

213. **SALINAS VERDEGUER, Eduardo:** *Admisibilidad en un juicio declarativo de la excepción de cosa juzgada fundada en la sentencia de un juicio de deshaucio*, Comentario a la STS de 14 de noviembre de 1988. CCJC, núm. 18, septiembre-diciembre, 1988, pp. 1001 y ss.

214. **SANTOS VIJANDE, Jesús:** *A propósito de la litispendencia internacional en ausencia de regulación convencional*, Comentario a la SAT, Oviedo de 6 de julio de 1988, «La Ley», 19 de junio de 1989.

215. **TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, José A.:** *Sobre el primer exequatur en España de sentencia gibraltareña*. Nota al auto del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 1988, «La Ley», 15 de agosto de 1989.

216. **TRINIDAD GARCIA, M.^a Luisa:** *Reflexiones en torno a la aplicación del Derecho extranjero*, «RDP», marzo, 1989, pp. 213 y ss.

Reflexiones sobre los distintos aspectos que confluyen en la aplicación del Derecho extranjero declarando competente para regir una concreta relación o situación del tráfico externo, por indicación de una norma de conflicto del foro. Se analiza, en primer lugar, la aportación al proceso del Derecho extranjero (alegación por la parte y prueba). En segundo lugar, la viabilidad del recurso de casación por infracción de la Ley extranjera.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

- CCJC = Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil.
RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RDBB = Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
RDN = Revista de Derecho Notarial.
RDP = Revista de Derecho Privado.
RDU = Revista de Derecho Urbanístico.
RGLJ = Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RJC = Revista Jurídica de Cataluña.

ACTUALIDAD CIVIL

LA LEY

PODER JUDICIAL

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

I. Resoluciones comentadas

COMENTARIO A LA RESOLUCION DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 1988

Resumen de los hechos

Los hechos acaecidos en el presente caso son los siguientes:

El Banco Hispano Americano inicia procedimiento ejecutivo contra don Juan y su esposa, razón por la cual se practica el 5 de mayo de 1984 el embargo de varios bienes inmuebles propiedad de los demandados. El 8 de mayo de 1984 don Juan vende los bienes trabados con el embargo a don Agustín, en escritura pública.

El 10 de mayo de 1984 recae providencia por la que se ordenaba la anotación preventiva de embargo librándose mandamiento al Registrador, el cual fue presentado el día 26, presentándose la anotación preventiva el 24 de julio de 1984. El 30 de agosto de ese año se presenta en el Registro la escritura de venta para su inscripción, realizándose ésta el 5 de octubre de 1984. Posteriormente, el 12 de marzo de 1985, se expide certificación de cargas para el procedimiento ejecutivo, de acuerdo con el artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y finalmente, el 18 de septiembre de 1986, se dicta auto de adjudicación del bien tratado a favor del Banco Hispano, quien lo adquirió por 1.500.000 pesetas. Por ello, presentó dicho auto en el Registro para su inscripción que le fue denegada por el Registrador el 28 de octubre de 1986, por varios defectos:

1. No haber tenido en cuenta a don Agustín en el procedimiento como tercer poseedor que inscribió su derecho antes de la expedición de la certificación (art. 143 RH) y ser de derecho preferente por ser su título anterior a la anotación (art. 44 LH). Considerándose un defecto insubsanable.

2. No constar las circunstancias personales del adjudicatario según los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario.

3. No haber liquidado el impuesto de Plus Valía o no haberlo acreditado con su presentación.

4. Que en el auto de adjudicación se contienen tres inmuebles, aunque el procedimiento parece referirse sólo al primero.

Por ello, se volvió a presentar en el Registro el auto de adjudicación con la subsanación de errores realizada en una diligencia del Secretario del Juzgado en la que se acreditaban las circunstancias personales del adjudicatario, la identi-

ficación de la finca adjudicada, así como la personación en las actuaciones de don Agustín desde el 20 de marzo de 1989 antes de la realización de la primera subasta.

En esta segunda presentación en el Registro se vuelve a denegar la inscripción porque:

1. Don Agustín, actual titular registral, tiene título anterior a la anotación del embargo y por ello tiene carácter preferente (arts. 44 LH y 1.923 Cc.), consecuencia de lo cual es la insubsanabilidad del defecto según el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y reiterada doctrina del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

2. No haber liquidado el impuesto de Plus Valía o no haberlo acreditado ni haber acompañado la carta de pago del ITP.

Ante ello se interpuso recurso gubernativo, por el Procurador del Banco, contra la denegación del registrador alegándose la invocación del principio *Prior tempore, potior iure*, ya que la compra de don Agustín se inscribió con posterioridad a la anotación del embargo.

La Audiencia Territorial de Sevilla confirmó la nota del Registrador basándose en los artículos 44 de la Ley Hipotecaria, 1.923 del Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Ello motivo la apelación del auto presidencial ante la Dirección General, la cual recordó revocar el auto apelado y la nota del Registrador en el extremo recurrido, que era el primer defecto consignado en la nota de calificación.

Los fundamentos jurídicos de la presente Resolución son los que a continuación transcribo literalmente, comenzando por el segundo, debido a que en el primero la Dirección se limita a resumir los hechos acaecidos:

Segundo.—No discutiendo el recurrente más que el primer defecto de los consignados en la nota de calificación, la cuestión planteada es la de decidir si un embargo aún no anotado tiene eficacia sobre una enajenación posterior del bien trabado, habida cuenta de que la inscripción de ésta es posterior a la anotación de aquél.

Tercero.—La traba del embargo, a diferencia de la hipoteca, no produce la vinculación exclusiva del bien afecto al crédito que lo determina; esa vinculación opera en beneficio del proceso en que se acuerda, al efecto de facilitar la actuación de la Justicia y asegurar la efectividad de la ejecución ya acordada o que pueda acordarse en el futuro, independientemente de cual sea el crédito que, en definitiva, resultará satisfecho con el importe realizado, ya sea el del actor, ya sea el de un tercero que interponga y triunfe en la tercera correspondiente (art. 1.520 LEC). Así pues, el embargo para nada altera la naturaleza del crédito del actor, que sigue siendo un derecho personal; el que el artículo 1.923-4 del Código civil le conceda determinada preferencia a partir de la anotación exceptuando la regla general de igualdad de trato de los acreedores, no trasciende a esa naturaleza personal y sólo juega para decidir, en una posible incidencia del proceso de ejecución, cuál sea el crédito que debe ser satisfecho preferentemente con el importe realizado.

Cuarto.—Lo dicho anteriormente no quiere decir que el embargo, en sí, carezca de trascendencia real. Se trata de una medida cautelar que, como otras que pueden ser adoptadas en diversas actuaciones judiciales —con carácter preventivo

o en vías de ejecución, en procesos singulares o en procedimientos colectivos, con inmisión o no en la posesión de los bienes—, a la vez que confiere a los órganos judiciales poderes inmediatos sobre las cosas, que pueden ser actuados aun sin la mediación de su dueño, restringe claramente las facultades dominicales. Y así ocurre que sólo será posible la enajenación respetando el embargo y que el dueño de los bienes embargados no puede darles, en su caso, en hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento.

Quinta.—Admitida la trascendencia real del embargo, surge la cuestión sobre si para la misma es requisito constitutivo la práctica de la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, como parecen apoyar la analogía con la hipoteca —cfr. artículos 4 del Código civil y 145 de la Ley Hipotecaria (R. 1946, 342, 886 y N. Dicc.18732)—, el carácter obligatorio de la anotación preventiva —cfr. artículos 43 de la Ley Hipotecaria, 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 68 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria (R. 1954, 1851, y N. Dicc. 15460)—, y los términos de los artículos 764 y 1.409 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de lo que parece resultar que la práctica de la anotación es uno de los requisitos del embargo.

Pero ha de reconocerse que en ningún precepto se establece expresamente el carácter constitutivo de la anotación preventiva. Habrá de estimarse, pues, que respecto de este acto modificativo de los derechos reales inmobiliarios rigen las normas generales de nuestro sistema, según las cuales la inscripción, como regla, no tiene carácter constitutivo ni siquiera en el supuesto de que se trate de derechos reales que no lleven aneja la facultad de posesión inmediata, como, por ejemplo, ocurre con los censos consignativos, las servidumbres negativas, sobre todo las no aparentes, o el retracto convencional.

No sirve, por tanto, como argumento la analogía de lo que singularmente ocurre con la constitución de hipoteca o con algún otro supuesto.

El carácter obligatorio de la anotación de embargo (cfr. artículo 43 de la LH, 1.453 de la LEC y 68 de la LHM), debe conjugarse con el principio de rogación y con la realidad positiva que nuestra legislación supone —como se verá— que el embargo existe y puede ser actuado aun sin anotación preventiva.

La expresión legal según la cual «se limitará el embargo a librar mandamiento por duplicado al Registrador para que extienda la correspondiente anotación preventiva» (cfr. artículos 764 y 1.409 de la LEC) no equivale a decir que no hay embargo hasta que no haya anotación preventiva. Lo que quiere decirse es que acordado el embargo no procederán otras medidas —como el secuestro o la intervención en la Administración—, que proceden, en cambio, en otras medidas cautelares judiciales.

Por el contrario, sí hay, en cambio, datos positivos que abonan la tesis de que el embargo es una medida que se constituye enteramente en la esfera judicial (cfr. artículos 63-12 y 1.403 y ss. de la LEC). El asiento de anotación preventiva procede a petición del que «obuviere mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo (hecho pasado) en bienes inmuebles del deudor» (cfr. artículo 42-2 de la LH); antes de la anotación puede proceder la previa notificación del embargo (luego ya existe) —cfr. artículos 1.373 del Código civil y 144-1 del Reglamento Hipotecario (R. 1947, 476, 642 y N. Dicc. 18733)—; el embargo no anotado —y por hipótesis no anotable— es el que puede dar lugar a la llamada tercería registral regulada en el artículo 38-III, de la Ley Hipotecaria; aun sin la anotación

preventiva (porque no está inmatriculada la finca, porque caduque la anotación de suspensión de la anotación de embargo o la misma anotación), el embargo puede ser actuado hasta el remate (a salvo de los derechos concedidos por las Leyes a los interesados, si quisieran ejercitarlos) (cfr. artículos 1.493 y 1.497 de la LEC y 140 del RH)

Esta segunda posición viene hoy apoyada en doctrina reiterada del Tribunal Supremo, a la que este Centro directivo debe ajustar una resolución conforme a la cual el embargo existe jurídicamente desde que la autoridad judicial lo decreta legalmente, con independencia de su anotación en el Registro oportuno, y la anotación no puede condicionar su existencia ni tener respecto de ella un valor constitutivo —Sentencias de 14 de octubre de 1965 (R. 4441), 19 de abril de 1971 (R. 2276), 27 de julio de 1977, 4 de abril de 1980 (R. 1921) y 24 de noviembre de 1986 (R. 6579)—. Y es también la solución más conforme con la doctrina del Alto Tribunal respecto de la tercería de dominio: al ser esta una cuestión de preferencia, se precisa invocar un título dominical vigente al efectuarse judicialmente la traba para que pueda el tercerista obtener el respeto y protección que reclama —Sentencias de 7 de julio de 1988, 25 de noviembre de 1926, 15 de marzo y 22 de junio de 1928, 6 de febrero de 1929, 18 y 24 de febrero de 1936 (R. 475 y 352), 28 de enero de 1964 (R. 391), 21 de febrero de 1966 (R. 1532), 25 de marzo de 1969 (R. 1589) y 4 de abril de 1980—; de conformidad con los principios de economía y celeridad, no tendría sentido que la protección de las adquisiciones posteriores a la traba (y anteriores a la anotación de la traba en el Registro) fuera excluida de la vía de la tercería y se dejara, en cambio, abierta la acción reivindicatoria en proceso independiente que, de prosperar, haría inútil toda la ejecución ultimada.

Sexto.—Ciertamente, en nuestro sistema el acreedor que obtenga anotación preventiva de embargo goza de preferencia frente a los créditos o actos dispositivos posteriores a la fecha misma en que la anotación preventiva del embargo se produce, según resulta de los artículos 44 de la Ley Hipotecaria, y 1.923 del Código civil, y confirmó reiterada jurisprudencia. Por ello, naturalmente, no quiere decir que los créditos o los actos dispositivos anteriores a la anotación misma hayan de ser preferentes siempre al crédito en cuyo favor se practicó el embargo, o el embargo mismo todavía no anotado. Para decidir estas otras colisiones de derechos ha de estarse entonces a las demás normas de nuestro ordenamiento. La colisión entre los créditos anteriores a la anotación se decidirá por las demás normas sobre concurrencia y prelación de créditos. La colisión entre embargo no anotado y el acto dispositivo sobre el bien embargado se decidirá, puesto que afecta al campo de los derechos reales, según el principio *prior tempore potior iure*, a salvo el derecho del tercer protegido por la legislación hipotecaria. Es decir, producido el embargo, aunque no esté anotado el dueño del bien, sólo puede transmitirlo en la medida en que es suyo, o sea, con la carga del embargo; a salvo el caso en que el que hubiere adquirido el bien, con posterioridad al embargo, reuniera los requisitos para gozar del amparo de la legislación hipotecaria (lo que aquí no ocurre porque la anotación del embargo es anterior a la inscripción de la adquisición del bien).

Séptimo.—El resultado de la anterior doctrina es conforme con las finalidades de la legislación hipotecaria. Es cierto, que una de las preocupaciones de los redactores de la Ley Hipotecaria de 1861 fue conseguir que las llamadas hipotecas

judiciales —los embargos— se ajustaran también, como las hipotecas ordinarias, al principio de la publicidad registral (en lo embargos, a través de la correspondiente anotación preventiva). De este modo, coordinaba el régimen de los embargos con el que la Ley Hipotecaria de 1861 señalaba para las hipotecas voluntarias. Según la Ley de 1861 para que las hipotecas voluntarias pudieran perjudicar a tercero se requería «que la escritura se haya inscrito en el Registro que se establece por esta Ley» (cfr. su artículo 146). Con esta exigencia de publicidad se pretendía dar seguridad al tráfico inmobiliario y al crédito territorial; pero al tráfico inmobiliario y al crédito territorial que se acogían a la protección del sistema registral.

Aunque después nuestro sistema haya dado mayor alcance a la inscripción en el supuesto singular del derecho real de hipoteca, no hay razón —como ya dijimos— para extender esta norma singular a otros supuestos de modificaciones jurídicas reales. Y todo para conseguir, además —y esto es muy importante—, un resultado que no sólo va contra el sistema general, sino que tendría como resultado práctico, obstaculizar la realización de la justicia a pesar de haberse ultimado sin protesta de nadie el procedimiento de ejecución, y todo para dar protección singular a quien el ordenamiento —a otros efectos y respecto de las enajenaciones que impiden que la traba del embargo pueden constituirse sobre bienes del deudor— presume, que al adquirir el bien, está en connivencia fraudulenta (cfr. R. de 7 de noviembre de 1929), con el deudor enajenante (cfr. artículo 1.297 del Código civil).

Octavo.—En conclusión, puesto que la venta posterior al embargo no puede quedar protegida ni por el principio de prioridad ni por la fe pública registral (al estar ya anotado el embargo al tiempo de la inscripción de la venta), no cabe en el presente caso que deje de ser inscrito por la sólo razón invocada por el Registrador, el auto de adjudicación, siempre que, en cuanto a la cancelación del asiento relativo a la venta intermedia, se cumpla lo establecido en los artículos 131-17 y 133 de la Ley Hipotecaria y 175-2 y 233 del Reglamento Hipotecario.

Noveno.—Los anteriores razonamientos se hacen sobre un dato que no ha podido tener a la vista el Registrador en el momento de la calificación porque no viene consignado en la respectiva anotación de embargo: que el embargo fue practicado en 5 de mayo de 1984. Pero al no constar en este asiento la fecha de la traba, tampoco podía el Registrador denegar ahora la inscripción solicitada, sino suspenderla en tanto no se justificara dato tan decisivo.

COMENTARIO

La Dirección General centra el problema del caso en si el embargo anterior a la venta, pero anotado antes de la inscripción de ésta, es o no eficaz sobre tal venta.

Para ello, tras exponer una serie de fundamentos jurídicos va a resolver el recurso a favor de la eficacia del embargo sobre la venta, atendiendo a la primacía de la anotación preventiva del embargo por aplicación del principio invocado por el recurrente *Prior tempore potior iure*.

Para llegar a esta conclusión va a definirse sobre el concepto y la naturaleza del embargo, así como sobre el significado que tiene su anotación preventiva

en el Registro y la cuestión de la posible tercería de dominio, acabando por pronunciarse sobre el problema de la concurrencia y prelación de créditos.

Por ello, en el presente comentario he creído conveniente seguir su orden positivo, y voy a comenzar por analizar el embargo (I), siguiendo con el carácter que le imprime la anotación preventiva (II), para posteriormente entrar en la posibilidad que tiene el comprador, don Agustín, de ser un tercero protegido (III) con todos los problemas de prelación o prioridad en el Registro, para terminar con unas conclusiones (IV).

I. EL EMBARGO

Como antes he dicho, la Dirección General comienza por analizar el embargo, en atención al planteamiento que hace del problema en el segundo fundamento jurídico, en donde enfrenta en primer lugar el embargo no anotado con una ena-

Considera el embargo como una medida cautelar (fund. jur. 4) constituida enteramente en la esfera judicial (fund. jur. 5) cuya función es «facilitar la actuación de la Justicia y asegurar la efectividad de la ejecución ya acordada o que pueda acordarse...» (fund. jur. 3) y que produce como efectos «la vinculación... “del bien trabado”... en beneficio del proceso en que se acuerda» (fund. jur. 3), el poder inmediato sobre la cosa de los órganos judiciales y la restricción de «las facultades dominicales» (fund. jur. 4), de modo que el dueño sólo podrá enajenar la cosa respetando el embargo, y no podrá «darles, en su caso, en hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento» (fund. jur. 4), de acuerdo con lo que señala el artículo 2 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento.

Esta definición o descripción del embargo que da la Dirección General es acorde con la postura doctrinal y jurisprudencial mayoritaria al respecto. No se duda de que el embargo es un acto procesal en cuanto a que debe decretarse por la autoridad judicial durante la sustanciación del procedimiento ejecutivo, cuya esencia es la traba o afección de ciertos bienes del patrimonio del deudor-ejecutado, para dirigir sobre ellos la actividad ejecutiva posterior (1).

Tal traba consiste en una declaración de voluntad del Juez, por la que afecta o sujeta esos bienes del deudor para proyectar sobre ellos la actividad ejecutiva posterior. Con ello, se consigue «facilitar la actuación de la Justicia» en cuanto, supone que la tramitación del proceso no va a ser en vano o inútil, sino que va a tener asegurada la efectividad de la ejecución posterior del bien, así como se va a garantizar al acreedor ejecutante la posibilidad de percibir el producto de la realización de esos bienes afectados y, conseguir el restablecimiento de su patrimonio, consiguiendo igualmente el cumplimiento de la obligación del deudor.

(1) PRIETO CASTRO y FERRÁNDIZ, *Derecho procesal civil*, Madrid, Tecnos, 1988, 4.ª ed., pp. 464 y 468. FRANCO ARIAS, *El procedimiento de apremio*, Barcelona, Bosch, 1987, pp. 7 y 224-225, así como nota 641. SOLCHAGA LOTEGUI, *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles*, Pamplona, Aranzadi, 1986, pp. 139-140.

En contra, Díez PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, T. II, Madrid, Tecnos, 1978, pp. 74-75 y 410-411. En igual sentido, en *Las anotaciones preventivas de embargo*, «RDN», 1964, p. 14. RAMOS FOLQUES, *El precedente real de las anotaciones de embargo*, «RDP», 1951, p. 704.

Formalmente, el embargo decretado por la autoridad judicial, se adopta mediante una providencia en la que se identifican los bienes y, a partir de ese momento, el embargo existe jurídicamente y es válido entre las partes y frente a terceros que lo conozcan; de ahí la posición de la Dirección General en su Quinto fundamento al decir: «el embargo existe jurídicamente desde que la autoridad judicial lo decreta legalmente, con independencia de su anotación en el Registro oportuno...» (2).

Esta última afirmación, anticipada, la volveré a analizar posteriormente, al estudiar el carácter de la anotación preventiva con relación al embargo.

Antes, creo necesario señalar la diferencia que supone la traba del embargo con la hipoteca.

La Dirección General señala que «La traba del embargo, a diferencia de la hipoteca, no produce vinculación exclusiva del bien afecto al crédito que lo determina... Así pues, el embargo para nada altera la naturaleza del crédito del actor, que sigue siendo un derecho personal» (fund. jur. 2).

Las diferencias del embargo con la hipoteca son:

- De un lado, la hipoteca es un derecho real accesorio de otro principal, frente al embargo que no es un derecho sino un acto judicial, una medida cautelar (3).
- De otro, la hipoteca concede al acreedor hipotecario un poder directo e inmediato sobre la cosa hipotecada, frente al embargo que únicamente concede al ejecutante la posibilidad de percibir el precio obtenido en la subasta pública, siempre que no exista una tercería de dominio o de mejor derecho, por lo cual sólo «asegura la efectividad de la ejecución ya acordada o que pueda acordarse en el futuro, independientemente de cuál sea el crédito que, en definitiva, resultará satisfecho con el importe realizado, ya sea el del actor, ya sea el de un tercero que interponga y triunfe en la tercería correspondiente... (fund. jur. 3).

Sin embargo, también existen similitudes, en cuanto al igual que la hipoteca, la enajenación del bien embargado pasa con la traba del embargo aunque siempre que el tercero lo conozca o esté anotado en el Registro en el momento de su adquisición; y, al igual que la hipoteca concede al acreedor hipotecario un poder inmediato sobre la cosa, el embargo concede a los órganos judiciales un poder inmediato sobre el bien trabado, en cuanto pueden venderlo en pública subasta para la realización de valor de la cosa (4).

(2) SOLCHAGA LOTEGUI, *Op. cit.*, p. 145. CAMY, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. V, Madrid, Centro de Estudios Hipotecarios, 1971, pp. 527-528. En el mismo sentido, las STS citadas por la Resolución comentada en su fundamento jurídico 5.º

(3) Ver nota 1. En igual sentido y contra la idea de embargo como un derecho real, CARRERAS, *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957, p. 121. REY PORTOLES, *Prelación de créditos con embargo anotado* (arts. 1.923.4 y 1.927.2.2 del Cc.), «Centenario de la Ley de Bases del Código civil», Madrid, Centro de Estudios Hipotecarios, 1988, pp. 391-392: «Si, pues el verdadero árbitro del asiento (cfr. art. 206, segundo, del RH), atendiendo en el orden civil y asimilados al principio de rogación (cfr. el número sexto del citado art. 206 del RH), es el Juzgado, se hace difícil negar, como digo, que el embargo... constituyan simplemente dos medidas cautelares complementarias de índole procesal (en el mismo sentido, la citada R. de 6 de septiembre de 1988).

(4) Por ello, cabría hablar como hace REY PORTOLES, *Op. cit.*, p. 392, del «embargo —anotado o no— como un “semiderecho real de constitución coactivo-judicial”, peculiar

Sin embargo, estas similitudes no permiten pensar en el embargo como un derecho real similar a la hipoteca, sino como un acto judicial, una medida cautelar, que tiene el carácter de garantía antes de su anotación, por virtud del órgano que lo adopta (permitiéndole la enajenación forzosa del bien sin mediación de su dueño, en la segunda fase del proceso ejecutivo) y que tiene como única finalidad asegurar la efectividad de una ejecución y el posible cobro de un crédito. Con ello se busca conseguir el cumplimiento forzoso de una obligación del deudor (5).

II. LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO

La Dirección General comienza en el fundamento jurídico Quinto, planteando el problema del carácter constitutivo o no de la anotación preventiva sobre el embargo. Para ello, examina diversos argumentos de los que se podría sentar la conclusión de ese carácter constitutivo.

Comienza por ver la posibilidad de inducir ese carácter constitutivo de la anotación a través del argumento analógico, en base del artículo 4.1 del Código Civil, al igual que lo tiene la inscripción respecto de la hipoteca en base a los artículos 145 de la Ley Hipotecaria y 1.875.1 del Código Civil (6).

En este caso, afirma, y creo que correctamente, que no sirve el argumento analógico por cuanto:

- El artículo 42 señala su carácter potestativo, en cuanto permite la posibilidad de la anotación del embargo si lo desea quien ha conseguido que se practique.
- Cabe el embargo y la posterior ejecución de esos bienes trabados, aunque no estén inmatriculados en el Registro, como expresamente se reconoce en los artículos 1.493.2; 1.497 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 140 del Reglamento Hipotecario. En igual sentido la doctrina y jurisprudencia (7).
- En nuestro ordenamiento jurídico, la inscripción en el Registro es, por regla general, declarativa, siendo la constitutiva una excepción, para los casos expresamente previstos, puesto que en nuestro sistema jurídico la mayoría de los actos que afectan a los derechos reales por negocio jurídico se producen mediante el título y el modo (8).

rizado porque su eficacia *erga omnes* se proyecta sólo *in futurum* y no *in praeteritum*, es decir, contra adquirentes (*idem* acreedores) ya existentes en el momento de la fecha de aquél».

(5) SOLCHAGA LATEGUI, *Op. cit.*, p. 140. En igual sentido, ver nota 4 y las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1966, 16 de mayo de 1969, entre otras, donde el Tribunal Supremo nos dice que el embargo está en función de garantía del cumplimiento de una obligación y tiene sustantividad propia.

(6) Entre los autores que lo defienden, PRIETO CASTRO, *Op. cit.*, p. 469.

(7) Vid. DIEZ PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, Tecnos, 1988, 4.^a ed., pp. 332-333. LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, vol. III bis, Barcelona, Bosch, 1984, p. 224.

(8) Posición mayoritaria doctrinal y jurisprudencial al respecto. Vid. LACRUZ-SANCHO, *Op. cit.*, p. 224. DIEZ PICAZO, *Op. cit.*, pp. 311-313. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, T. I, Barcelona, Bosch, 1979, 7.^a ed., páginas 196 y 248. En igual sentido, sentencias del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1947, 24 de mayo de 1952, 13 de marzo de 1964, 1 de octubre de 1974, 25 de febrero de 1972 y 31 de enero de 1978, y Resoluciones de la

Un segundo argumento sobre ese carácter constitutivo de la anotación, estaría como señala la Dirección General en esta Resolución, en el carácter obligatorio que se impone en los artículos 43 de la ley Hipotecaria, 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 58 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, de manera que al establecerse legalmente el mandato de anotar preventivamente el embargo, como igualmente señalan los artículos 764 y 1.409 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para otros tipos de embargos, puede parecer que la anotación es un requisito para la constitución del embargo y para su validez.

Como he dicho anteriormente, la anotación no es un requisito necesario para que se practique el embargo, pues éste existe desde que se decreta judicialmente, y esa obligatoriedad debe entenderse como una imposición legal de que esa medida sea inscrita en el Registro, dentro de unos plazos si el órgano encargado de mandarlo no quiere sufrir las consecuencias de su omisión, ni la persona a cuyo favor se hace quiere verse privada de los efectos de la fe pública registral que ella conlleva (9).

Esto significa, no que la anotación haga eficaz el embargo, pues éste desde su existencia en el momento de su práctica extrarregistral existe y es eficaz frente a las partes y a los terceros que lo conozcan, sino que puede decirse que con la anotación del embargo éste se hace eficaz frente a todos, de manera que la anotación puede considerarse una condición para que esa medida extrarregistral goce de las ventajas que concede el Registro a los actos en él inscritos.

Así, frente al carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca por cuanto es un requisito necesario para su existencia y validez, confiréndole el carácter de derecho real y dándole con ello a su titular las ventajas de todo acreedor hipotecario (acción real de hipoteca, etc.), la anotación no es constitutiva del embargo ni transforma la naturaleza del crédito que asegura, y su obligatoriedad legal se manifiesta como un deber a los órganos que lo han decretado, aunque sí es una condición para asegurar esa obligación personal *erga omnes* y privilegiar a su vez el crédito anotado (10).

Así pues, la anotación preventiva de embargo es un complemento de éste y por tanto, una forma de asegurar un crédito personal que de otra forma no tendría acceso al Registro, dotándole de preferencia frente a otros créditos posteriores, sin alterar su naturaleza personal, y de la eficacia que le concede el principio de publicidad registral, haciéndolo oponible frente a terceros (11).

Así, la anotación preventiva de embargo responde al principio hipotecario de especialidad que se recoge en el artículo 13.1 de la Ley Hipotecaria, que confiere eficacia frente a terceros a los actos limitativos del dominio y permite, junto

Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de marzo de 1936, 10 de enero de 1939 y 24 de marzo de 1959, entre otras.

(9) ROCA SASTRE, *Op. cit.*, T. I, p. 248.

(10) En este sentido, CAMY, *Op. cit.*, pp. 526-528. SOLCHAGA, *Op. cit.*, pp. 145-147. REY PORTOLES, *Op. cit.*, p. 392. LACRUZ-SANCHO, *Op. cit.*, pp. 224-226. Díez PICAZO, *Op. cit.*, pp. 332-333.

En contra, PUIG BUTRÀU, *NEJ*, Seix, voz «Anotación Preventiva», que considera a ésta como constitutiva por cuanto crea «una verdadera garantía de efectos semejantes a la hipoteca», pp. 681 y 683. Igual, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, T. III, Barcelona, Bosch, 1979, 7.ª ed., p. 23. PRIETO CASTRO, *Op. cit.*, pp. 469-470.

(11) Por todos, ROCA SASTRE, *Op. cit.*, T. III, páginas. 18-19.

a los artículos 7 y 9 del Reglamento Hipotecario, la inscripción en el Registro de actos de trascendencia real que no supongan derechos reales.

Este carácter prioritario o preferencial del crédito nos lleva al tercer punto de este comentario y que creo que es el centro del problema planteado en la Resolución que conecta con los efectos de esa anotación preventiva e incluso del embargo mismo en relación con enajenaciones de ese bien por adquirentes que desconocen tal traba y que documentan su contrato escriturariamente.

III. EFECTOS DE LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO. PRELACION DE CREDITOS

Con relación a este tema, la Resolución comienza en su fundamento jurídico Sexto, por expresar la preferencia que el artículo 44 de la Ley Hipotecaria y el artículo 1.923.4 del Código Civil conceden al acreedor que obtenga anotación preventiva de embargo. Para, posteriormente, señalar cómo, en el caso que nos ocupa, existe una colisión entre embargo no anotado y un acto dispositivo sobre ese bien embargado, la cual debe decidirse, por afectar al ámbito de los derechos reales, por el principio *Prior tempore, potior iure*, sin que el tercer adquirente, don Agustín, pueda considerarse tercero protegido por la legislación hipotecaria, al ser la inscripción de la venta posterior a la anotación del embargo y no quedar amparado ni por el principio de prioridad registral ni por el principio de la fe pública registral (fun. jur. 8).

La anotación preventiva de embargo, si como he dicho anteriormente, es un asiento registral que una vez inscrito en el Registro confiere al embargo eficacia frente a terceros, dándole publicidad, ¿qué efectos producirá con respecto a la adquisición posterior al embargo pero anterior a la anotación?

La Ley Hipotecaria de 1861, en su exposición de motivos, ya establecía cómo las anotaciones únicamente se constituían para asegurar las consecuencias de un juicio y sólo gozarían de preferencia en relación a los créditos de otros con el deudor que se hubieren contraído después de la anotación. Hasta aquí, esta claro, que se conferían a la anotación preventiva de embargo, efectos *in futurum*, es decir, a partir de la fecha de inscripción pero no antes (12).

Esto se deduce también hoy de los artículos 1.923.4 y 1.927.2 del Código Civil, así como el artículo 44 de la Ley Hipotecaria. Es la postura tradicionalmente mantenida en la doctrina y jurisprudencia mayoritaria.

Por ello esos efectos reales de la anotación, frente a actos posteriores, es una eficacia relativa y no absoluta, por cuanto se permiten las tercerías y otras medidas civiles que suspenden la ejecución y permiten a los terceros adquirentes y titulares del bien defender su derecho anterior a la anotación (13).

Con ello, niego las posturas de autores como García García, Alvarez y Cape-rochipi y Franco Arias, entre otros, que defienden la eficacia real absoluta de la anotación de embargo (14).

(12) REY PORTOLES, *Op. cit.*, pp. 360 y 392.

(13) Por todos, ROCA SASTRE, *Op. cit.*, p. 20.

(14) Vid. REY PORTOLES, *Op. cit.*, pp. 348-355.

Partiendo de esa idea, la Dirección General, se pronuncia en el fundamento jurídico Sexto sobre los efectos de la anotación preventiva de embargo. Recogiendo la postura tradicional de la doctrina y jurisprudencia comienza por afirmar la preferencia del embargo anotado frente a los créditos o actos dispositivos posteriores a ella, en base a los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923 del Código civil, que así lo establecen. Sobre ello es unánime la doctrina y jurisprudencia. Esta misma preferencia se deduce del artículo 71 de la Ley Hipotecaria, que permite la enajenación de los bienes embargados y anotados preventivamente en el Registro, sin perjuicio de la persona a cuyo favor se hizo la anotación preventiva, es decir, que el bien se adquiere trabado y, por tanto, el adquirente asume la responsabilidad que se derive de ello a no ser que desampare los bienes.

Ahora bien, ¿esa preferencia del acreedor con anotación preventiva de embargo, se mantiene también frente al adquirente del bien embargado antes de ser anotado en el Registro y sin conocimiento de ello hasta el momento de la inscripción de su escritura en el Registro?

Según la Dirección General, sí, porque esa venta no puede quedar protegida por los principios de prioridad ni de fe pública registral, al estar ya anotado el embargo en el momento de la inscripción (fund. jur. 8). En igual sentido, se pronuncian los autores que defienden la eficacia real absoluta de la anotación preventiva de embargo, al dar a la anotación efectos retroactivos al momento del embargo.

Analizándolo detenidamente, he de puntualizar que la inscripción en el Registro se realiza antes de que el Registrador haya librado la certificación de cargas al Juzgado. Este dato es importante, por cuanto en tal certificación se debe poner de manifiesto la titularidad del bien y puede ocurrir, según el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, en el caso de que el embargo no hubiere sido anotado, que el bien hubiese sido enajenado y tuviese un nuevo titular, ante lo cual se prevé el sobreseimiento del procedimiento de apremio contra ese bien, e impediría que se inscribiese el auto de adjudicación en el Registro. (Así, se pronunció la Resolución de 9-11-1955.) Ello se debe a que el crédito del acreedor embargante, al no estar anotado, no goza de las ventajas que le concede el Registro: esto es, ni de la fe pública registral ni del principio de prioridad y el nuevo adquirente sí estaría beneficiado de ello (fund. jur. 5 y 6) (15).

Pero, si como ocurre en el caso que nos ocupa, la inscripción es posterior a la anotación del embargo y anterior a la certificación de cargas, estamos ante el supuesto que recoge el artículo 38.4 y 5 de la Ley Hipotecaria en relación al artículo 143 del Reglamento Hipotecario, de manera que ese adquirente aparece como un tercer poseedor, que tiene derecho a intervenir en el procedimiento subrogándose en el lugar del deudor, y el acreedor anotante le podrá reclamar el pago de su crédito si no lo verifica el deudor. Si no paga o no desampara los bienes, según el artículo 126 de la Ley Hipotecaria, responderá también de los intereses y costas. Y, tras la ejecución del bien, en el caso de que los desampare, puede conseguir lo sobrante.

Creo que ésta sería la solución a efectos registrales y que es la que dio el Registrador, el cual denegó la inscripción del auto de adjudicación por no haberse

(15) En este sentido se pronuncia unánimemente la doctrina y jurisprudencia. Por todos, vid. ROCA SASTRE, *Op. cit.*, T. 1., pp. 409-410.

tenido en cuenta en el procedimiento a ese tercer poseedor, aunque, posteriormente, tras la subsanación de errores, lo vuelva a denegar, ya no por el artículo 143 del Reglamento Hipotecario, sino por ser titular registral y gozar de la preferencia registral que le concede el artículo 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923 del Código civil por ser su título anterior a la anotación.

Aquí entramos en una nueva cuestión: la referente a la concurrencia y prelación de créditos.

El artículo 44 de la Ley Hipotecaria establece cómo el acreedor que obtenga la anotación preventiva de embargo, tendrá para su cobro la preferencia señalada en el artículo 1.923.4 del Código civil. Este artículo, por su parte, le confiere preferencia «sólo en cuanto a créditos posteriores».

Esta expresión última «créditos posteriores» puede tener tres interpretaciones, que a su vez traen tres soluciones diferentes a este problema (16):

1. Créditos que no acceden al Registro o que lo hacen con posterioridad en virtud de otras anotaciones o inscripciones. Es preferente el crédito que goce de anotación.

2. Créditos nacidos después de que se constituya el que es objeto de anotación. Habría que atender a su inscripción y a su fecha de constitución.

3. Créditos nacidos después de la fecha de la anotación de embargo.

Ante estas tres interpretaciones, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, unánimemente, señalan que es la tercera la interpretación correcta, dando preferencia frente a las anotaciones de embargo a los créditos y adquisiciones del bien embargado anteriores a la anotación, si se han realizado de buena fe y no ha habido fraude (17).

Frente a esta posición se alza esta Resolución, que da primacía al crédito anotado preventivamente en el Registro frente a la venta inscrita posteriormente, por entender que el conflicto está entre un acto dispositivo anterior a la anotación y un crédito anterior a ese acto dispositivo que motivó el embargo del bien también anterior al acto dispositivo y resuelve en base al principio *Prior tempore, potior iure*, por entender que la colisión se da en el campo de los derechos reales.

Con relación a esta argumentación, no creo que la solución de la primacía del embargo sobre el acto dispositivo esté en ese principio por afectar al campo de los derechos reales, puesto que el embargo no configura el crédito como tal. Sino, que más bien, esta solución la proporciona la interpretación segunda que anteriormente he señalado sobre el artículo 1.923.4 del Código civil, es decir, que el embargo procede de la existencia de un crédito de fecha anterior a la adquisi-

(16) En este sentido, DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, T. I, Madrid, Tecnos, 1983, 2.ª ed., p. 769. FRANCO ARIAS, *Op. cit.*, p. 378.

(17) LACRUZ, *Op. cit.*, pp. 226-227. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos...*, T. I, pp. 769-770. Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1967, 14 de diciembre de 1968, 31 de enero de 1978 y 15 de marzo de 1988. Resoluciones de la Dirección General del Registro Notarial de 29 de noviembre de 1962, 17 de diciembre de 1975, 5 de marzo de 1982, 12 de septiembre de 1983, etc.

En contra, ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Derecho inmobiliario registral*, Madrid, Civitas, 1986. FRANCO ARIAS, *Op. cit.* GARCÍA GARCÍA, *El tópico de los efectos limitados de las anotaciones de embargo...*, «Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral», CEH, Madrid, 1988, pp. 233 y ss.

ción del bien, y la inscripción de dicha adquisición es posterior a la anotación del embargo. Por ello creo que la solución ha de ser semejante a la del caso del artículo 38.4 y 5 de la Ley Hipotecaria, del tercer poseedor, aunque siempre con las diferencias propias de cada situación y orden en que se plantean.

Con ello se consigue la finalidad del embargo: asegurar el bien y la posible satisfacción del acreedor ejecutante. Igualmente, se responde al principio de seguridad jurídica que de otra forma quebraría y traería insatisfacción y recelo hacia los procedimientos judiciales ejecutivos o similares.

Además, el adquirente no quedaría desprotegido, pues tendría las acciones civiles procedentes frente al vendedor del saneamiento por evicción. (Arts. 1.475 y ss. del Cc.)

E igualmente, se cumplirían las finalidades de la legislación hipotecaria de seguridad al tráfico inmobiliario y al crédito territorial, como señala la Resolución en su fundamento jurídico Séptimo.

De este modo, el asiento de inscripción de la venta ha de ser cancelado, en la forma prevenida en los artículos 131.17 y 133 de la Ley Hipotecaria y 175.2 y 233 del Reglamento Hipotecario, para que pueda inscribirse el auto de adjudicación del bien resultado de la venta en subasta pública, en virtud del principio registral de tracto sucesivo.

CONCLUSIONES

1. El embargo es un acto procesal encaminado a hacer efectiva una posterior ejecución sobre determinados bienes del deudor, cumpliendo una función de garantía por cuanto sujeta esos bienes a dicha traba y pasa con ellos en el caso de que el adquirente lo conozca.

2. La anotación preventiva de embargo no es constitutiva, sino obligatoria, en cuanto se establece legalmente que se realice por el órgano que decreta tal acto bajo sanciones en caso de omisión.

3. La anotación dota al crédito embargado de las ventajas de la fe pública registral y le dota de preferencia o prioridad frente a otros hechos o actos inscritos posteriormente, sin cambiar su naturaleza personal.

4. Al ser la inscripción del bien posterior a la anotación estamos ante un caso de tercer adquirente del los artículos 38.4 y 5 de la Ley Hipotecaria.

5. El artículo 1.923.4 del Código civil al que se remite el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, debe entenderse en el sentido de créditos o adquisiciones constituidas e inscritas posteriormente al crédito embargado.

6. Esta resolución supone un nuevo giro de toda la jurisprudencia y creo que es acertada y beneficiosa, puesto que aumentará la seguridad de los acreedores embargantes y evitará actos fraudulentos, a veces encubiertos, y que está de acuerdo, en los resultados, con la nueva posición doctrinal (Franco Arias, García García, Álvarez Caperochipi) que se está alzando ante los resultados injustos a que lleva la doctrina tradicional en el tema.

REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ
*Profesora de Derecho Civil
de la Universidad Autónoma de Madrid*

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

I. SENTENCIAS COMENTADAS

DOBLE VENTA. VENTA DE COSA AJENA. ADQUISICION «A NON DOMINO». RESPONSABILIDAD POR EVICCIÓN

(Comentario a la STS, Sala 1.^a, de 4 de marzo de 1988) (1)

A mi padre, como modesto pero merecido homenaje, en el día (para él no propiamente de júbilo) de su jubilación como Catedrático, mas no como universitario.

(Sevilla, 30 de septiembre de 1989)

I. ANTECEDENTES FACTICOS

Extraídos de los tres primeros Fundamentos de Derecho —en adelante, FD— de la sentencia comentada, pueden resumirse como sigue:

La sociedad inmobiliaria «Promotora de Construcciones Urbanas, S. A.», ha vendido sucesivamente, a dos compradores diversos, un mismo piso, con determinados anexos, del que figura como titular registral del dominio. En primer lugar vendió al señor Lasheras, por documento privado fechado en 1981, quien pese a haberse posesionado materialmente de los bienes comprados, no se preocupó de reflejar registralmente su adquisición. Dos años después es el señor Sarrat quien compra, esta vez en venta públicamente escriturada, y, reflejando el Registro todavía la titularidad dominical de su transmitente, inscribe sin dificultad el dominio.

Enterado de la primera venta y de la situación posesoria del primer comprador, el señor Sarrat ejercita, sobre la base de los artículos 1.473 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria, acción reivindicatoria contra el señor Lasheras, al tiempo que, junto a la entrega de la posesión del piso y sus anexos, le demanda también la reparación de ciertos daños. Junto a ello, y para el caso de no prosperar la primera petición, realiza otra en forma subsidiaria, pide en ese caso que

(1) Esta misma sentencia (RA 1.554) ha sido comentada por RODRÍGUEZ MORA-TA, *CCJC*, 16 (1988), núm. 422, pp. 163 y ss.

se condene a la doble vendedora (codemandada, pues), a la restitución del precio pagado, los gastos del contrato soportados por el demandante y la indemnización de ciertos daños.

El primer comprador y demandado (señor Lasheras) reconviene frente al segundo comprador y demandante, pidiendo que se declare la invalidez de la segunda compraventa (por vicios de su causa, su objeto y de consentimiento), y que se declare, por consiguiente, con la intangibilidad de su adquisición, el correspondiente dominio por su parte. Es oportuno subrayar que, en lo que puede llamarse, sin vacilación, como un grave fallo de la defensa del señor Lasheras, este codemandado-reconveniente no demanda, a su vez, en la reconvencción también a la doble vendedora.

El Juzgado de Primera Instancia declaró, con la nulidad de la segunda compraventa, la propiedad del primer comprador y codemandado-reconveniente, y acogió, por ello, la petición subsidiaria del segundo comprador y demandante contra la doble vendedora y codemandada.

Por su parte, la Audiencia, revocando la sentencia de primer grado, declara la propiedad del comprador inscrito y demandante (segundo comprador), concede la indemnización pedida contra el primer comprador y poseedor, desestima la reconvencción del primer comprador por falta de litisconsorcio pasivo necesario (con la doble vendedora, claro), y deja imprejuzgados los eventuales derechos personales del primer comprador contra la doble vendedora (que no se habían hecho valer en la reconvencción del primero, que, se insiste, no demandó, ni en cuanto a la invalidez de la segunda venta, ni, para el caso de desestimación de esta pretensión, a la doble vendedora).

El Tribunal de Casación desestima el recurso interpuesto contra la sentencia de segunda instancia por el primer comprador y demandado-reconveniente.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La demanda pretende la declaración de propiedad del piso, con su trastero y plaza de aparcamiento que el actor adquirió en escritura pública de 18 de agosto de 1983, inscrita al siguiente día en el Registro de la Propiedad, sitios en Zaragoza, avenida Cesáreo Alierta, 38-40, escalera izquierda, 7.º izquierda, más la reparación de daños y perjuicios descritos sucintamente en el Fundamento de Derecho VI, con cargo a don Fernando Lasheras a quien, pide el actor, sea condenado a la reivindicación de las fincas, así como al pago de la indemnización referida, y también interesa la demanda, en cuanto a la entidad mercantil demandada —vendedora de los inmuebles—, que se la condene a estar y pasar por las declaraciones de propiedad citada y subsidiariamente, caso de no prosperar tal declaración, a abonar las cantidades y por los conceptos que se especifican en el Fundamento de Derecho VII del escrito inicial. Como quiera que la acción dirigida contra la vendedora está perfectamente perfilada por la obligación que tiene de responder de la posesión legal y pacífica de las cosas enajenadas, queda claro que la dirigida contra el señor Lasheras tiene su origen en que él es quien las posee efectivamente, apoyándose para ello en un documento privado de compraventa, de fecha 17 de agosto de 1981, que obviamente no se ha incorporado al Registro de la Propiedad; así las cosas, al contestar la demanda este último,

formula reconvencción exclusivamente contra el actor y no contra la codemandada que es igualmente su vendedora de los mismos inmuebles por medio de ese documento privado, que ha dado lugar a requerimientos notariales y gran número de incidencias entre las partes interesadas, concernientes a su debido cumplimiento y de su resolución.

2. La sentencia de primer grado declaró la nulidad de la compraventa a favor del actor, ordenando cancelar la inscripción registral producida a su amparo y condenando a la vendedora a abonar al demandante el precio pagado por los inmuebles y todos los gastos que a aquél se le han irrogado como consecuencia de tal nulidad negocial; sentencia de primer grado que ha sido revocada por la de Apelación en el sentido de reconocer virtualidad a la escritura pública, soporte dominical a favor del actor a quien el señor Lasheras ha de entregar los inmuebles adquiridos por el primero, además de abonar el importe de daños y perjuicios reseñados en el 3.º considerando que se concretaran en ejecución de sentencia, y absolviendo en la instancia al actor-demandado reconconvencionalmente por el señor Lasheras por falta de *litisconsorcio* pasivo necesario.

3. El demandado señor Lasheras formaliza el recurso de casación, para cuya debida inteligencia, no es ocioso consignar que la *litis*, tal como fue planteada por el actor, tiene un clara trayectoria; contra el demandado, poseedor por compraventa de los mismos inmuebles que la demanda reivindica, por entrar en juego el artículo 1.473 del Código civil, dada la duplicidad de compraventa y contra la «Promotora de Construcciones Urbanas, S. A.», vendedora de los mismos bienes en dos negocios jurídicos a dos personas distintas para que por vía de evicción, deje patrimonialmente indemne al comprador demandante reembolsándole precio y gastos, para el caso de no prosperar la primera pretensión por lo que tiene carácter subsidiario. Ahora bien, la demanda reconconvencional promovida contra el actor exclusivamente, siendo su objetivo la declaración de nulidad de la compraventa constatada en escritura pública de 18 de agosto de 1983, otorgada por el actor y su codemandada, presenta perfiles de singular significación que más adelante se pondrán de relieve.

4. El primer motivo, con apoyo en el número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción de las normas del artículo 359 de dicha Ley, por no aplicación. No puede prosperar porque, ciertamente, no se concibe que seriamente se pueda mantener la tesis del recurrente, pues si se demanda reconconvencionalmente sólo al señor Sarrat con la pretensión de que se declare la nulidad del pleno derecho de la escritura de compraventa de 18 de agosto de 1983, sin accionar contra la otra parte contratante, la vendedora, y se acusa en el procedimiento la falta de *litisconsorcio* pasivo necesario consecuente a tal omisión, es palmario que la Sala *a quo* ha de absolver en la instancia al único reconvenido, toda vez que la inaudencia procesal de la codemandada vendedora a tal fin sobre esta particular pretensión, impedía el enjuiciamiento del fondo de la cuestión suscitada por el reconviniente, hoy recurrente.

5. El segundo motivo, que con sede en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia el error de hecho en la apreciación de la prueba, señalando a tal menester como documentos acreditativos de tal error, el convenio de 25 de noviembre de 1982, y distintas actuaciones y diligencias civiles y penales de procedimientos distintos al presente. No se ha advertido por el recurrente que la *litis*, precisamente por los términos del debate expuestos sinté-

ticamente en el Fundamento Jurídico 3.º, queda circunscrito a la aplicación del artículo 1.473 del Código civil y por ende este motivo decae por hacer énfasis en el error de hecho consistente en la declaración de la entrega de posesión de los inmuebles al actor por la vendedora, la cual se deriva de forma inexcusable de la aplicación del artículo 1.462 de dicho Cuerpo legal consagrando la *ficta possessio*, consecuente al otorgamiento de la escritura, siendo inoperante casacionalmente la puesta de relieve de ciertos medios de prueba en detrimento de las conclusiones obtenidas de la valoración de la prueba conjunta, según los Considerandos 2.º y 3.º de la sentencia de Apelación que, obviamente, no puede prevalecer sobre ellas por su carácter objetivo e imparcial.

6. En el tercer motivo, con sede también en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, e incidiendo en la misma inadvertencia del motivo anterior subraya el recurrente el supuesto error de hecho relativo al contrato de compraventa privado suscrito con su codemandada, que es cuestión que no ha sido resuelta en la sentencia combatida, por la sencilla razón de no haberse establecido relación procesal alguna entre ambos contratantes, ni por vía reconvenicional ni por otro medio alguno, por lo que es irrelevante cuanto se quiera señalar respecto a su incumplimiento, ni por parte de cuál de los dos contratantes y cuyas circunstancias de igual índole hacen fracasar el motivo 4.º, enderezado a cumplir la misma finalidad que su precedente y especificativo del tema del precio y forma de pago de dicha compraventa privada.

7. El motivo quinto, con idéntica residencia procesal, que los anteriores, por el cauce del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa el error de hecho en que incurre la sentencia relativo a la afirmación que mantiene respecto de que el actor compró de buena fe de la codemandada del recurrente en escritura pública y para acreditar tal supuesto error señala como documentos, de los que en estricto sentido jurídico pueden ser considerados como tales, según los artículos 596 y 602 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.216 y 1.225 del Código civil, la propia escritura de compraventa de 18 de agosto de 1983 y el acta notarial de 18 de octubre de 1984 referente a la situación del piso objeto del litigio en punto a su ocupación por determinados muebles; documentos de los que no puede inducirse por sí mismos el dolo que se atribuye al comprador segundo, hoy actor por su pronta inscripción registral del contrato, como tampoco de las pertinentes controversias e incidencias habidas entre el recurrente y la vendedora, puede transparentarse el conocimiento que tuviera el recurrente de tal situación, dadas las afirmaciones de la sentencia corroboradas por la circunstancia de la escasa intervención del demandante en el negocio jurídico de compraventa en razón de la coincidencia de su traslado desde Las Palmas de Gran Canaria a Zaragoza por su condición de catedrático de la Facultad de Medicina, sin que los demás documentos que se ofrecen en el motivo como constatantes del error sufrido por la Sala *a quo*, merezcan la consideración jurídica de tales por lo que no son aptos para tal menester casacional conforme a los artículos 1.692.4 y 1.707.2 de la Ley Procesal Civil, máxime cuando se trata de testimonios y escritos de las partes, cuya irrelevancia a tal propósito está fuera de duda, en atención a la doctrina de esta Sala (SSTS de 25 de mayo y 8 de noviembre de 1982, 21 de enero de 1983 y 30 de junio de 1983), que los descalifica para su operatividad casacional, por lo que también ha de fracasar el motivo 6.º con igual base procesal y señalando como documentos eficientes para probar

el error padecido en la sentencia la contestación a la demanda con la reconvencción y el acta de comparecencia del artículo 691 de la Ley Procesal, celebrada el 25 de febrero de 1985 (folios 176 y 177).

8. El motivo séptimo, con base en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción de los artículos 1.504 y 1.124 del Código civil por aplicación indebida e interpretación errónea, así como de la jurisprudencia cuyas sentencias invoca, que obviamente ha de decaer a la sola consideración de que los preceptos sustantivos que se dan por infringidos, no son invocados ni tenidos en cuenta por la Sala de apelación, que centra correctamente en una controversia resultante de una doble venta con aplicación del artículo 1.473 del Código civil, de donde resalta la inadvertencia del recurrente de cuál es el núcleo medular del litigio y en definitiva del presente recurso como ya se apuntó en el Fundamento Jurídico 5.º al estudiar el motivo segundo, por lo que no se hizo pronunciamiento relativo a la resolución o no del contrato de compraventa privada de 17 de agosto de 1981.

9. El motivo octavo, con igual residencia procesal del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación del artículo 1.261 por no aplicación en relación con los artículos 1.271 y 1.272, todos del Código civil; no aplicación de los artículos 1.274 y 1.276, y del 1.265 en relación con el artículo 1.269, del mismo Cuerpo legal sustantivo, y de la doctrina legal de esta Sala, cuyas sentencias cita, que incurre en el mismo defecto anterior, pues aquí no se discierne sobre la «existencia, nulidad o anulabilidad» de ninguno de los contratos de compraventa en juego, como tampoco en el cumplimiento o incumplimiento y resolución de ninguno de ellos, pues la tesis a dilucidar es la de cuál de las dos compraventas realizadas por una misma vendedora a dos compradores distintos, la una inscrita en el Registro de la Propiedad y la otra no, es la que ha de prevalecer, habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el supuesto contemplado, por lo que la controversia principal se suscita entre dos compradores extraños mutuamente y es únicamente convocada a juicio por el comprador inscrito, la vendedora para que responda por evicción en su caso, en la forma y términos previstos en el artículo 1.475 del Código civil, por cuyas razones el motivo no puede prosperar.

10. El motivo noveno, al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la infracción por aplicación indebida del artículo 1.473 del Código civil en relación con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, infringido por el mismo concepto y jurisprudencia, cuyas sentencias invoca. Decae el motivo porque sienta la tesis de que no se está en presencia de un supuesto de doble venta, puesto que el primer contrato de compraventa, celebrado por documento privado, fue consumado por haberse realizado la entrega de la finca vendida, que por ello deviene válida y consecuentemente la segunda compraventa constatada por escritura pública no podrá ser tal, es decir, con virtualidad jurídica por carecer de causa y objeto. La tesis mantenida por el recurrente, olvida que es suficiente la existencia formal de los dos contratos en pugna, sin disquisiciones en punto a su eficacia, para que los intereses encontrados de los dos compradores tengan forzosamente que resolverse a tenor de los preceptos que se dicen conculcados y que con plena ortodoxia fueron la regla de oro mantenida por la Sala *a quo* para su discernimiento. Desde luego hay que partir siempre de la existencia de la buena fe del segundo comprador, que en este caso ha sido

probada, declarada por dicha Sala y no descalificada en los precedentes motivos del recurso, y que constituye el *substratum* sobre el que opera este fenómeno jurídico inmobiliario, cuya esencia es la protección del tercero hipotecario, para no hacer una entelequia de la institución hipotecaria y una mera ilusión del que negocia con buena fe; y ciertamente, que si para estar amparado el adquirente del titular registral precisara del requisito de una previa investigación a ultranza de las vicisitudes extrarregistrales por las que atraviesa o ha atravesado la finca comprada, para el conocimiento exacto de la libertad y pureza de la transmisión, el instrumento jurídico del Registro de la Propiedad no tendría más valor que el de una mera oficina informativa sin alcances vinculatorios en el orden de las transmisiones de titularidad, lo que está en discordancia con la letra y el espíritu de las normas que lo regulan. Por ello, y en clara protección, sin remilgos, del adquirente de buena fe del titular registral, queda justificada la aplicación de los artículos 1.473 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria, quedando a salvo los derechos de orden personal del primer adquirente, burlado en la adquisición de la propiedad que se había propuesto, contra el vendedor que habrá, en su día, de responder, según las circunstancias concretas en que se haya producido esa eventualidad, pero que en esta *litis*, como ya se dijo, no se ha suscitado como tema a decidir. Y que esto es así, lo demuestra hasta la saciedad el párrafo 3.º del artículo 1.473; si no hubiera habido inscripción, el favorecido es el primero en la posesión, porque con ella ha anudado su título dominical con la tradición, requisito imprescindible para adquirirlo (modo), pero habiendo inscripción y dando por supuesta la posesión del no inscrito, no cuenta para nada tal elemento efectivo de adquirir, por sobreponerse a ello el juego más importante y útil jurídicamente hablando, en provecho de la Sociedad y de la seguridad jurídica, de la fe pública registral, contando obviamente con la buena fe del comprador inscrito, que aquí en este recurso no ha sido descalificada.

11. El motivo décimo, consecuencia obligada del anterior y con base en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación por aplicación indebida de los artículos 609, 1.095 y 1.462 del Código civil y jurisprudencia, cuyas sentencias cita, que por los mismos razonamientos expuestos en el Fundamento jurídico precedente, con vinculación directa e insoslayable en los preceptos que ahora se dice también violados, ha de ser rechazado, no siendo ocioso consignar —repetiendo también lo dicho en el Fundamento Jurídico 5—, que puesto que nada se dice en contrario, en la escritura pública de compraventa de 18 de agosto de 1983, ésta tuvo la virtualidad de servir de *facta possessio* para y a favor del actor, al configurar su otorgamiento la simbólica entrega material del inmueble transmitido.

12. El motivo undécimo, con la misma sede del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación de los artículos 1.473 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria por interpretación errónea y jurisprudencia cuyas sentencias cita, siendo bajo distinto punto de vista procesal en orden al concepto de violación, la misma motivación casacional del motivo 9.º, ha de fracasar igualmente a éste, por los mismos razonamientos expuestos en su estudio.

13. El motivo duodécimo, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción por inaplicación del artículo 33 de la Ley Hipotecaria que fracasa al contar como premisa válida para la tesis del recurrente de que la compraventa efectuada por el actor-recorrido es

nula por falta de causa y objeto, lo que implica hacer supuesto de la cuestión, lo que es inaceptable en casación, pues con ello se pretende sustituir las conclusiones fácticas de la sentencia más objetivas e imparciales que las interesadas y subjetivas del recurrente y con ello alterar el curso normal en la adecuada aplicación del ordenamiento jurídico.

14. El motivo décimotercero, al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 1.902 del Código civil por aplicación indebida, lo que no puede prosperar, porque tal aplicación por la sentencia recurrida se ha verificado con base a la fijación de la producción de unos daños señalados con los números 8.º, 9.º y 11.º del Considerando 2.º al que se remite el 3.º de la sentencia combatida, lo que con carácter fáctico obvio no ha sido atacado por la vía adecuada del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y al quedar incólumes, sirven de soporte para su regulación por el precepto sustantivo que se dice violado, cuya ortodoxa hermenéutica se deriva del hecho incontrovertible de que esos daños y perjuicios no le han sido ocasionados al actor por el hoy recurrente a consecuencia de ningún vínculo jurídico existente entre ambos, sino en el desarrollo de la confrontación de intereses acaecida con anterioridad a la formulación de la demanda que dio origen a este proceso.

15. Rechazados todos los motivos se desestima el recurso, con las consecuencias previstas en el artículo 1.715 *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

III. COMENTARIO

En orden al análisis del supuesto objeto del fallo comentado, y de las relaciones que se crean entre los tres sujetos en él implicados, me parece conveniente empezar deslindando las situaciones creadas por las dos respectivas compraventas sucesivas:

1. A este propósito, y empezando por la primera venta, de la inmobiliaria al señor Lasheras, nos hallamos tanto ante un *contrato* (de compraventa) *válido*, cuanto ante una *adquisición jurídico-real*, del derecho de propiedad, adquisición de carácter *derivativo*, que se ha perfeccionado desde que al contrato transmisivo válido (título) se ha unido la entrega posesoria, aquí material: modo o *traditio* (arts. 609 y 1.095 del Cc.).

Sin embargo, dicha transmisión de la propiedad no alcanza reflejo registral—esta primera compraventa se mantendrá en forma de simple escritura privada—, produciéndose una típica discordancia entre realidad y Registro (que sigue publicando la titularidad dominical de la inmobiliaria enajenante), discordancia que abre la puerta al riesgo, finalmente verificado en este caso, de la existencia de un tercero que adquiera del titular aparente (*non dominus*), confiado en los datos inexactos que el Registro todavía publica.

2. Mayor complejidad plantea el estudio de la situación creada por el segundo contrato de la inmobiliaria, con el señor Sarrat, que configura el supuesto del caso como típicamente de doble venta.

2.1. La primera cuestión que podría suscitarse, y que, de hecho, fue suscitada por el demandado-reconveniente y primer comprador, podríamos decir que casi obsesivamente, es la de la validez de este segundo contrato de compraventa.

Después de lo dicho anteriormente —la previa transmisión jurídico-real perfeccionada en favor del primer comprador, que convierte a la parte doblemente vendedora, en el segundo contrato de venta, en un *non dominus*—, se comprende que ésta no es otra, que la clásica cuestión acerca de la validez o no de la *compraventa de cosa ajena*.

Cuestión que sólo puede ser resuelta satisfactoriamente, distinguiendo entre *validez del contrato de compraventa* (como mero título, sólo generador de obligaciones recíprocas), y *validez* (o eficacia) *de la transmisión*: de la pretendida adquisición del derecho real de propiedad.

El carácter meramente obligacional del contrato de compraventa posibilita que el vendedor se obligue a transmitir derivativamente la propiedad de una cosa que no es actualmente suya —lo que implica obligación de adquirirla de su actual propietario y de retransmitirla (entregándola, claro) después—.

Esto significa que no toda compraventa de cosa ajena es inválida, pero, en cambio, *no* significa que toda compraventa de cosa ajena sea válida.

La línea divisoria entre los supuestos de compraventa de cosa ajena válida e inválida, se establece sobre la base del *conocimiento de las partes del contrato de la ajenidad* de la cosa que es su objeto (arg. arts. 861 y 862 del Cc.) (2): es perfectamente válida cuando ambas partes lo tienen, es inválida (impugnable) cuando falta: normalmente en el comprador, que será así víctima de un error esencial sobre una cualidad de la cosa objeto del contrato (de aquellas que, *ex art. 1.266 del Cc.*, «principalmente dan motivo a celebrarlo»), o, más fácilmente, presa del engaño (dolo) esencial y grave del vendedor: como mínimo *omisivo* (arts. 1.269 y 1.270 del Cc.). El error puede ser, en algún caso, común a ambas partes o sólo del vendedor, cuando el vendedor de cosa ajena es de buena fe (el clásico caso del heredero que ignora la enajenación anterior hecha por su causante).

Interesa ahora retomar la independencia, antes señalada, entre validez del contrato de compraventa de cosa ajena y validez de la transmisión de la propiedad: su principal consecuencia es que, cuando nos hallemos ante una compraventa de cosa ajena que, con arreglo a los criterios antes expuestos, sea válida, la no culminación de la transmisión jurídico-real (porque el vendedor no logra hacerse con la propiedad de la cosa ajena vendida, y no puede, por ello, retransmitirla a su comprador), no afecta para nada a la validez de dicha compraventa, sino que esta validez subsistente, es el presupuesto sobre el cual puede plantearse la eventual responsabilidad contractual del vendedor (a reserva del caso fortuito: que determine, por ejemplo, el perecimiento de la cosa ajena vendida, o su sobrevenida inalienabilidad por *factum principis*, por ejemplo, a causa de expropiación al *dominus* de la cosa ajena, que impide su adquisición por el vendedor).

Por tanto, la adquisición *derivativa* de la propiedad de la cosa ajena vendida, por parte de su comprador presupone: 1) la validez del contrato de venta de cosa ajena, y 2) la adquisición de la propiedad (originaria o derivativamente) de la cosa ajena por parte de su vendedor.

En cambio, como se ve, la validez (estructural) de la compraventa de cosa ajena, funciona con independencia de la adquisición de la propiedad de la misma

(2) Sobre estos artículos existe una muy completa y reciente monografía: GONZÁLEZ PAKANOWSKA, *El legado de cosa ajena*, Madrid, 1985.

por parte de su vendedor (sin embargo, esa falta de adquisición sí puede afectar *funcionalmente* a su validez: el comprador cumplidor o dispuesto a cumplir, ante el incumplimiento del vendedor, puede optar, *ex art.* 1.124 del Código civil, por la resolución —ineficacia sobrevenida con efecto retroactivo— de la compraventa de cosa ajena estructuralmente válida).

Si la falta de adquisición de la propiedad de la cosa ajena por su comprador no afecta, por sí misma, a la validez del contrato de compraventa con el vendedor de dicha cosa ajena, hay que tener también en cuenta, que a veces es posible que el comprador de la cosa ajena adquiera (*originariamente*) su propiedad, a pesar de que el vendedor de la misma no llegó a hacerlo.

Esto es, precisamente, lo que ha sucedido en el caso objeto de la sentencia comentada, y podría suceder, también, si, por ejemplo, quien hubiese celebrado con el *versus dominus* un contrato de compraventa absolutamente simulado y, en base a su escrituración pública, logrado el acceso al Registro de su dominio aparente, simulado (tal comprador en virtud de un contrato transmisivo radicalmente nulo, nada adquiere, sin que la anomalía de su título sea convalidada por la inscripción registral *ex art.* 33 LH), realiza después una venta a un tercero, sobre la base de esa apariencia registral.

Entonces, la compraventa de cosa ajena (segunda compraventa) —del doble vendedor del caso de la sentencia, del simulado comprador y revendedor del ejemplo ahora puesto— puede ser válida con arreglo a lo antes dicho, y si lo es, y en el comprador de la cosa ajena se dan todos los demás requisitos legales de una adquisición *a non domino*, entonces este comprador adquirirá la propiedad de la cosa ajena, pero no derivativamente del vendedor, sino originariamente *a non domino*: el contrato transmisivo válido es, precisamente, sólo uno de los elementos de un supuesto de hecho legal complejo, cuya concurrencia (art. 34 LH, o art. 464 Cc.) (3) determina el efecto adquisitivo: la adquisición no se produce en fuerza al contrato, sino en fuerza a la Ley, sobre la base de ciertos requisitos, entre ellos la presencia de dicho contrato válido.

O sea, que tanto cuando el comprador adquiere derivativamente, como cuando lo hace originariamente *a non domino*, la propiedad de la cosa ajena vendida,

(3) La validez del contrato transmisivo es, en efecto, elemento del supuesto de hecho, tanto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, para las adquisiciones *a non domino* inmobiliarias (lo que es pacífico en la doctrina), como, dicho sea incidentalmente, del artículo 464 del Código civil para las mobiliarias; de ahí la improcedencia de la interpretación de este último precepto en clave «romanista»: *ex artículo 464 del Código civil* no puede presumirse el título transmisivo, no ya sólo porque tal presunción contradice lo que dispone el artículo 1.954 del Código civil en materia de usucapión ordinaria, sino porque el artículo 464 del Código civil exige (para una adquisición originaria distinta de la usucapión: *a non domino*) la presencia de un título (un contrato transmisivo válido): el efecto adquisitivo *a non domino* (la «usucapión instantánea» del art. 85 del Ccom.), como en otra forma de adquisición originaria: la usucapión ordinaria, se limita a purgar la falta de legitimación-titularidad del transmitente o enajenante; pero ese efecto legal adquisitivo, en uno y otro caso, se aparea a la existencia de ciertos presupuestos o requisitos, entre ellos, en uno y otro caso, como requisito común a ambos —también lo es la buena fe del adquirente—, la presencia de un título transmisivo, que ni en uno ni en otro caso se presume. [Tampoco *ex art.* 448 del Cc., por las razones que, para la usucapión ordinaria (*mutatis mutandis* aplicables a la adquisición *a non domino*, tanto mobiliaria como inmobiliaria), indica ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III, vol. I, Barcelona, 1983 (5.ª ed.), pp. 60-61 y 204-205.]

en uno y otro caso, por razones diferentes, es fundamental la presencia de un contrato de compraventa válido entre él y el vendedor de esa cosa ajena [en su defecto, sólo podrá adquirir la propiedad de la cosa ajena comprada, sobre la base de la usucapión ordinaria —contrato de compraventa anulable no convalidado y sólo impugnabile-convalidable por el vendedor, mientras no se impugne por éste—, o de la extraordinaria —compraventa absolutamente simulada entre el comprador de la cosa ajena y su vendedor—. En cambio, cuando el contrato de compraventa de cosa ajena es sólo impugnabile por el comprador o por el vendedor, y la parte legitimada para anularlo lo confirma, o cuando la acción de anulabilidad, sea quien sea la persona legitimada para ejercitarla, ha caducado, su convalidación lo convierte en válido a todos los efectos (art. 1.313 del Cc.): susceptible de generar en favor del comprador de cosa ajena una adquisición derivativa (si el vendedor de la cosa ajena acaba adquiriendo su propiedad), o (si el vendedor no adquiere dicha propiedad) originaria, bien *a non domino*, bien por usucapión ordinaria (si no se dan los presupuestos legales de una adquisición *a non domino*): esto último, por ejemplo, porque tratándose de bienes inmuebles y para el caso de doble venta en relación con el comprador de un doble vendedor *non dominus*, el tal comprador de la cosa ajena es titular registral inmatriculante, siempre que se piense que el artículo 1.473-II del Código civil ha de funcionar necesariamente coordinado con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en materia de adquisiciones *a non domino*; o porque, tratándose de bienes muebles, la cosa ajena vendida había llegado a manos del vendedor *non dominus* por «privación ilegal» del *verus dominus*].

2.2. Sobre la base de las consideraciones hasta aquí desenvueltas, podemos enjuiciar ya, si en el caso concreto objeto de la sentencia comentada, la segunda compraventa, la que medió entre la inmobiliaria y el señor Sarrat, era efectivamente inválida, como pretendió, obsesivamente, el demandado-reconveniente y primer comprador (señor Lasheras).

2.2.1. Con arreglo a lo antes dicho, hay que descartar de modo total la *nulidad radical o absoluta* de dicha compraventa: el único régimen de ineficacia contractual que, legitimando para pedir su *declaración* a cualquier sujeto interesado, podía legitimar para pedirla a un tercero extraño al contrato controvertido, como lo era en el caso el señor Lasheras.

Y hay que descartarlo porque, en contra de las alegaciones en este sentido del señor Lasheras, la compraventa de cosa ajena, por el simple hecho de la ajenidad de la cosa vendida por el vendedor, *nunca* implica falta de causa del contrato de compraventa (cuya falta, de darse, efectivamente, sí determinaría la nulidad radical del contrato: artículos 1.275,6-3, 1.261, 1.300 y 1.310 del Cc.). Y no la implica, por el antes recordado carácter meramente obligatorio del contrato de compraventa —que es una consecuencia de su causa *presente*: la voluntad de obligarse *ya* a entregar-transmitir una determinada cosa, y de pagar por ella un determinado precio—, que posibilita tanto la validez (en ciertos casos) de la compraventa de cosa ajena, como la de cosa futura (art. 1.271-I del Cc.). Es decir, y en contra de la argumentación también empleada por el señor Lasheras, tampoco, por el simple dato de la ajenidad de la cosa vendida, la compraventa de cosa ajena es radicalmente nula (*ex arts.* 1.271-1.273, 1.261, 6-3 y 1.300, 1.310 del Cc.) por *falta de objeto*: el objeto *ex parte venditoris* es la actividad debida encaminada a un concreto resultado: la adquisición y retransmisión de la concreta

cosa ajena vendida. La compraventa de cosa ajena será radicalmente nula cuando la cosa ajena no esté determinada, no exista ya en el momento de la celebración del contrato, o sea ilícita-extracomerciable (arts. 1.271-1.273 del Cc.); mas, entonces, no es nula por el simple hecho de la ajenidad: en esas condiciones también es nula una compraventa de cosa vendida como propia.

Pero es que, además, aun suponiendo que existiese un vicio de la causa o en el objeto de la segunda compraventa del caso de la sentencia comentada, vicio tal que, determinando la nulidad radical o absoluta de la misma, legitimase para pedir su declaración al señor Lasheras como tercero (sujeto extraño al contrato nulo) interesado, lo cual, insisto, sería siempre por razones distintas de la simple ajenidad de la cosa vendida en esa segunda compraventa, los Tribunales nunca hubiesen podido entrar en su conocimiento, pues la relación procesal no estaba correctamente establecida para el mismo: el primer comprador-tercero (señor Lasheras), sólo ha demandado a una de las partes del contrato pretendidamente nulo (al señor Sarrat), olvidándose, inexplicablemente, de la otra parte (la inmobiliaria doble vendedora); así, la relación procesal no se ha constituido correctamente para el análisis del contenido de la demanda reconventional (la declaración de nulidad del segundo contrato de compraventa afectaba sustancialmente a la posición de la doble vendedora como parte del mismo, y no podría practicarse sin su audiencia procesal), y la falta de litisconsorcio pasivo necesario dispensa a los Tribunales de entrar en el fondo de la misma.

2.2.2. En mi opinión, como digo, en un caso como el de la sentencia comentada, y prescindiendo del aludido defecto procesal, nunca se podría haber suscitado la nulidad radical o absoluta de la segunda compraventa (y esto vale, repito, para cualquier compraventa de cosa ajena, por el simple dato de su ajenidad); en cambio, con arreglo a lo antes dicho, la ajenidad de la cosa vendida puede dar pie a la invalidez-impugnabilidad: anulabilidad de la compraventa de cosa ajena, en la medida en que exista vicio de consentimiento en cualquiera o en ambas de sus partes. (O sea, tampoco aquí es la ajenidad de la cosa vendida, por sí misma, la causa de la invalidez del contrato, sino en la medida en que pueda ser base de un vicio del consentimiento.)

En el caso de la sentencia comentada, parece evidente, dando por supuesta la buena fe del segundo comprador, que ha existido en la segunda compraventa dolo grave y esencial (como mínimo, *omisivo*) de la doble vendedora frente al segundo comprador.

Pero tal vicio, al determinar un régimen de impugnabilidad-confirmabilidad de la segunda compraventa en beneficio exclusivo de la parte que lo padece (*ex* arts. 1.301 y 1.311 del Cc.): el segundo comprador, señor Sarrat, excluía por completo que persona distinta de él (¡un tercero extraño al contrato anulable: el señor Lasheras!), pudiese pedir la anulación (o confirmación) de ese segundo contrato de compraventa. Este, por tanto, no es radicalmente nulo, sino sólo anulable-confirmable (la consabida eficacia claudicante), siendo el señor Sarrat la única persona que puede impugnarlo o confirmarlo (y, en todo caso, sin olvidar la convalidación «objetiva» y automática que pueda nacer del no ejercicio, dentro de su plazo de caducidad, de la acción anulatoria).

Yendo todavía más lejos, me parece evidente que la actitud del señor Sarrat: el contenido de su demanda, tanto frente al poseedor tercero (primer comprador, señor Lasheras), como, sobre todo, frente a su contraparte en la segunda compra-

venta (la doble vendedora), tiene el significado inequívoco de una *confirmación tácita* (ex art. 1.311 del Cc.); es una actitud que *presupone esencialmente* la validez estructural de dicha segunda compraventa (al exigir, subsidiariamente, la responsabilidad eviccional para el caso de la falta de adquisición de la cosa comprada: de que el vendedor incumpla la obligación de transmitir que sobre él pesa, como consecuencia de la validez del contrato), y que, como tal, es incompatible con la pretensión de invalidarlo por defectos estructurales (aquí, del consentimiento prestado, en base al cual se perfeccionó).

3. Todas estas consideraciones previas permiten ir desbrozando nuevas cuestiones. Empezamos por la adquisición *a non domino* que se ha producido en favor del segundo comprador (señor Sarrat).

Es evidente que el señor Sarrat adquiere de un *non dominus* (la inmobiliaria que previamente había transmitido a otro la propiedad de lo que vende por segunda vez), *non dominus* que, sin embargo, figura como titular registral del dominio de lo que vende, en el momento de la segunda venta. Es, asimismo, evidente que el título adquisitivo del dominio del segundo comprador ha sido inscrito por éste en el Registro (accediendo a él sin problemas, al adquirir, en compraventa escriturada públicamente, de quien, según el Registro, es propietario; por otra parte, esta inscripción de la segunda compraventa, primera en llegar al Registro, ha cerrado éste a la primera compraventa). Finalmente, es evidente que el título de adquisición inscrito, en el que es parte el último titular registral del dominio, tiene carácter oneroso para el adquirente, y sin que se haya demostrado la mala fe de este tercero (extraño al primer contrato de venta) adquirente y segundo comprador, desvirtuando su buena fe presunta (aunque sobre ésta, podría discutirse más, tal vez, a la vista de la situación posesoria del primer comprador: arg. 36-I a) LH Vid., de todas formas, las consideraciones desenvueltas por la sentencia comentada en los FD números 7 y 10).

A la vista de todo lo cual, en favor del tercer adquirente y segundo comprador, se ha producido, ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria, una adquisición *a non domino*, que despoja de la propiedad a quien previamente (y extrarregistralmente) había adquirido el dominio de la misma cosa.

Como se ve, aquí, al tratarse de un doble vendedor inscrito, la preferencia en favor del comprador que primeramente de buena fe inscribe, ex artículo 1.473-II del Código civil, siendo así que su vendedor en el momento de su compra (segunda venta del vendedor) es un *non dominus* (4), se solapa completamente con el

(4) Es evidente que el doble vendedor no siempre es un *non dominus*: no cuando la primera compraventa no ha sido acompañada de tradición y la segunda sí, siendo ésta la primera en inscribirse, de buena fe, en el Registro; entonces la preferencia de este segundo comprador es, sin más, la que se otorga al propietario frente a quien no lo llegó a ser nunca (cosa que, por hipótesis, es lo que siempre sucede en materia mobiliaria, ex art. 1.473-I del Cc., de haber mediado tradición. En cambio, cuando en materia mobiliaria no hay tradición, o en la inmobiliaria ni inscripción ni tradición, la preferencia del comprador más antiguo es una solución, en forma de prelación, que se da a un conflicto entre dos derechos de crédito incompatibles en su cumplimiento en forma específica: los de los sucesivos compradores).

Por eso, tratándose de un segundo comprador inmobiliario inmatriculante de buena fe, en conflicto con un primer comprador que no adquirió extrarregistralmente la propiedad, por falta de *traditio*, la preferencia del inmatriculante de buena fe sobre el que no inscribió, funciona completamente ajena al artículo 34 de la Ley Hipotecaria:

mecanismo de las adquisiciones *a non domino* sobre la base de la apariencia registral, *ex* artículo 34 de la Ley Hipotecaria (5).

A los efectos de la concurrencia, en favor del segundo comprador de nuestro caso y único inscrito, de todos los presupuestos legales del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, me interesa subrayar aquí solamente la de uno: el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, presupone un contrato transmissivo válido (un título de adquisición onerosa del derecho real) entre el titular registral-*non dominus* y el tercero adquirente (pues, en otro caso, su inscripción no lo convalidaría, *ex* artículo 33 de la Ley Hipotecaria, y las personas legitimadas para pedir la declaración de nulidad o la anulación-impugnación del contrato inválido, podrían enervar el efecto adquisitivo en favor del adquirente inscrito que es parte del mismo; en el segundo caso, mientras la acción de anulabilidad esté viva, por falta de caducidad y de confirmación del contrato anulable); pues bien, en este caso, o en cualquier otro de compraventa de cosa ajena anulable, tal requisito se cumple desde el momento en que la parte legitimada para hacerlo, la haya confirmado (o la acción de anulabilidad haya caducado); desde entonces y a todos los efectos, el contrato confirmado debe considerarse como perfectamente válido desde su celebración (art. 1.313 del Cc.). Esto es, precisamente, lo que ha ocurrido, como dije antes, en este

aquí la autonomía de la solución del artículo 1.473-II frente a la mecánica de las adquisiciones *a non domino* inmobiliarias es evidente e innegable (el segundo comprador adquiere de un doble vendedor-*versus dominus*).

El problema del conflicto de ámbitos entre los artículos 1.473-II del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria, se circunscribe, por tanto, *exclusivamente* a los supuestos en que el doble vendedor sea un *non dominus* respecto del comprador que primero inscribe de buena fe. Vid. lo que sigue en el texto y, especialmente, en nota 5.

(5) Sobre qué pasa, en cambio, cuando el primer comprador, de un *non dominus*, que inscribe, es un inmatriculante —cuando su doble vendedor *non dominus* no figura inscrito en el Registro—, podría pensarse, en primer término, por razones de sistema —el artículo 34 de la Ley Hipotecaria contendría el régimen para todas las adquisiciones *a non domino* que se producen sobre la base del Registro Inmobiliario, y a él debe ajustarse el caso del artículo 1.473-II del Código civil, para cuando el doble vendedor ya es un *non dominus*—, que *no* se ha producido en favor de ese comprador inmatriculante una adquisición *a non domino* sobre la base del artículo 1.473-II del Código civil (y en contra del art. 34 de la LH, que exige indeclinablemente una apariencia registral de titularidad en el *non dominus* enajenante). Entonces, ese comprador inmatriculante, simplemente limita sus ventajas al efecto de cierre registral respecto de otros compradores del plurivendedor, y se beneficia, con ello, de las presunciones registrales de exactitud y posesoria; su inscripción puede ser base, pasados los plazos legales de suspensión de su eficacia ofensiva, de adquisiciones en favor de terceros que reúnan los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria; pero la inscripción no convalida no ya sólo los eventuales vicios de su título (art. 33 de la LH), sino que tampoco los posibles defectos de titularidad-legitimación de su danteausa; en todo caso, el título inscrito es base suficiente para la posible usucapión ordinaria —como único medio, junto con la usucapión extraordinaria, de corregir aquellos posibles defectos de legitimación-titularidad— que será, además, una usucapión *secundum tabulas*.

Pero también podría pensarse, en cambio, que para el caso que el doble vendedor sea un *non dominus* —es decir, cuando antes de la venta con el comprador inmatriculante, el doble vendedor ha transmitido extrarregistralmente la propiedad de la cosa doblemente vendida a un anterior comprador—, el artículo 1.473-II del Código civil consagraría un supuesto especial de adquisición *a non domino* inmobiliaria, sin base de apariencia registral en la posición del doble vendedor-*non dominus*.

Si tuviera que optar por una u otra interpretación, me inclinaría, a primera vista, por la primeramente expuesta, que da mayor coherencia y unidad a la seguridad del tráfico inmobiliario, sobre una base uniformemente sólida: la apariencia registral.

caso con la segunda compraventa, y, por ello, lo mismo que se ha dado el efecto de la adquisición *a non domino* en favor del segundo comprador, *ex* artículos 34 de la Ley Hipotecaria y 1.473-II del Código civil, sin que pueda atacarse por terceros, de no haberse dado (por ejemplo, en el caso de que nuestro segundo comprador fuese titular registral inmatriculante, si se piensa que entonces el artículo 1.473-II del Código civil no juega con independencia del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en materia de adquisiciones *a non domino*: vid. *infra*, notas 4 y 5), la pretensión subsidiaria por la responsabilidad eviccional del segundo comprador y demandante contra la doble vendedora y codemandada, que *también* presupone un contrato de compraventa estructuralmente válido, habría podido prosperar (pues, repito, *ex* art. 1.313 del Cc., contrato convalidado = contrato válido).

4. La responsabilidad por evicción es una responsabilidad por inactuación del efecto adquisitivo jurídico-real en favor del comprador (6); por ello se excluye cuando éste ha adquirido derivativamente la propiedad de la cosa comprada de su vendedor, pero también cuando el comprador la ha adquirido originariamente, pues también en este caso la posición del comprador es inatacable por un tercero extraño al contrato, no puede darse, así, el presupuesto básico de la responsabilidad eviccional: la sentencia firme de privación en favor de dicho tercero (art. 1.475 del Cc.).

Es por ello verdad de general conocimiento que, muy especialmente, las adquisiciones *a non domino* (art. 34 LH para las inmobiliarias, art. 464 Cc. para las mobiliarias), como adquisiciones originarias, siendo los principales instrumentos de seguridad y certeza de las transmisiones jurídico-reales, son precisamente por ello los principales valladares contra la puesta en marcha de la responsabilidad eviccional contra un vendedor *non dominus* (no los únicos, desde luego, también está la usucapión).

4.1. La responsabilidad por evicción, desde mi punto de vista, compartiendo el de otros autores mucho más autorizados (7), es una concreta manifestación de la responsabilidad contractual, lo cual, ciertamente, presupone afirmar —como lo hace implícitamente el Código civil al consagrar la responsabilidad por evicción— que la obligación del vendedor no se limita a un simple traspaso posesorio de la cosa vendida, sino a la efectiva transmisión-adquisición de su propiedad (8): es este, y no otro, el sentido que a la obligación de entregar confiere la causa del contrato de compraventa (piedra de toque de la interpretación teleológica de las normas que lo regulan —artículo 3-1 del Código civil— y de las estipulaciones de sus partes —artículos 1.281 y ss.—): la finalidad transmisiva que en él subyace, en conexión con nuestro sistema de transmisión jurídico-real (título y modo): se entrega la cosa al comprador no sólo para que reciba su posesión, sino para que, además, la haga suya.

(6) Así, en el título de la clásica obra de Russo, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, Milano, 1965.

(7) Vid., para remontarse al más lejano antecedente que conozco, OSTI, *Revisión crítica de la teoría sobre la imposibilidad de la prestación*, «Riv. Dir. Civ.», 1918, y allí, pp. 446 y ss. (ahora también en *Scritti giuridici*, I, Milano, 1973, y allí, pp. 141 y ss.).

(8) Sobre este particular, específicamente y con planteamiento diferente, vid. ALBALADEJO, *La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa*, «RGLJ», 1947, I, pp. 409 y ss. (y también en *Estudios de Derecho Civil*, Barcelona, 1955, pp. 141 y ss.).

En los sistemas de transmisión jurídico-real consensualista (y, para nuestro Derecho, en el caso más o menos excepcional del art. 1.463 *in fine* del Cc.), la responsabilidad por evicción también se mantiene, porque la causa transmisiva del contrato de compraventa sigue inspirando-fundamentando su régimen: la entrega de la posesión de la cosa no es satisfactiva del comprador, cuando en base al contrato (al consentimiento transmissivo) no se ha producido la transmisión de su propiedad (falta de adquisición derivativa porque el vendedor era un *non dominus*, y sin que, por otra parte, haya habido una adquisición originaria de la propiedad).

La mejor prueba de esta asociación de la responsabilidad eviccional con la causa transmisiva del contrato de compraventa es que la renuncia a la evicción, aun cuando es válida, *ex* artículo 1.476 del Código civil, no la excluye por completo, sino que limita sus efectos (*vid.* art. 1.477, primer inciso, y *comp.* con art. 1.478 del Cc.), y que la única manera de excluir totalmente el régimen de la evicción, es sobre la base de una mutación causal en el contrato celebrado: concluyendo, no ya una compraventa, sino un *contrato aleatorio*: la llamada «venta a riesgo y ventura del comprador» (art. 1.477, segundo inciso).

4.2. En sustancia, la no adquisición por el comprador de la propiedad de la cosa comprada, es, por tanto, un incumplimiento del vendedor, y la evicción no es otra cosa que un régimen especial de resolución (ineficacia funcional: sobrevenida) de un contrato estructuralmente (originariamente) válido (válido o retroactivamente convalidado), para ese caso. Desencadenándose, entonces, con alguna particularidad, los efectos propios de la resolución de cualquier contrato bilateral incumplido: la recuperación del precio pagado por el comprador cumplidor (que el régimen especial de la evicción convierte —arts. 1.478-1 y 1.477, primer inciso— en recuperación del *valor* de la cosa comprada, al tiempo de la evicción), más la indemnización de los daños y gastos que han derivado al comprador de la celebración del contrato resuelto (el interés contractual negativo) y de la evicción (núms. 3 y 4 del art. 1.478), más ciertas indemnizaciones que derivan de la liquidación del estado posesorio del comprador evicto (art. 1.478-2). Además, cuando el vendedor es de mala fe, se extiende el ámbito de lo que éste debe resarcir al comprador evicto, a otros daños (art. 1.478-5).

Me parece claro, que, en aplicación, por un lado, de las normas generales de la resolución por incumplimiento: la necesidad, *ex* artículo 1.124-II del Código civil, de indemnizar a la parte resolvente el interés contractual negativo —los daños causados por la celebración del contrato sobrevenido inválido porque la contraparte incumplidora dio justa causa para ello—, con la diferente extensión prevista, *ex* artículo 1.107 del Código civil, según el tipo de incumplimiento del vendedor (doloso o no); y, por otro, de las normas sobre liquidación del estado posesorio (arts. 1.303 y 451 y *ss* del Cc.), no se llegaría a resultados sustancialmente diferentes, que los que el artículo 1.478 del Código civil establece, en el número 2 y sucesivos, para las indemnizaciones complementarias de la restitución del valor de la cosa evicta (núm. 1, ésta sí, verdadera especialidad de la resolución *evictionis causa*, en particular para el caso de aumento de valor de la cosa evicta, entre el momento de la celebración del contrato y el de la evicción, tratándose de un vendedor de buena fe).

4.3. En el caso de la sentencia comentada, al haberse producido en favor del segundo comprador, en los términos antes analizados, una adquisición *a non*

domino, ésta excluye el planteamiento de la responsabilidad eviccional, por este segundo comprador, frente a la doble vendedora. Pero, repito otra vez, de no haberse producido aquella adquisición, la pretensión por aquella responsabilidad, que este segundo comprador había articulado, correctamente, en modo subsidiario en su demanda, habría podido prosperar, al apoyarse en un contrato de compraventa (la segunda) perfectamente válido, en virtud de su confirmación tácita: ese sentido, y no otro, también repito, es el que tiene, precisamente, la exigencia frente a la doble vendedora de tal responsabilidad, que es incompatible con la invalidez estructural del contrato de compraventa (aunque desencadene una ineficacia funcional, sobrevenida, con efecto retroactivo: la resolución del contrato —originaria-retroactivamente por la convalidación— válido e incumplido —la validez del contrato es, obviamente, presupuesto esencial de su incumplimiento y consecuente resolución—).

Como es el primer comprador quien resulta despojado de su propiedad previamente adquirida, como consecuencia de la nueva y doble compraventa que, con evidente mala fe, realiza su vendedor con un tercero, la adquisición *a non domino* a favor de este último, deja imprejuzgada la responsabilidad personal del doble vendedor frente al primer comprador: esto se reconoce abiertamente en la sentencia comentada (vid. FD núm 10); pero, al no haber demandado el primer comprador al doble vendedor, ni haber hecho valer, por ende, la responsabilidad personal de éste, es cuestión que no pudo resolverse en este pleito, y queda imprejuzgada para el futuro (se ve, de nuevo aquí, el clamoroso fallo de la defensa del primer comprador).

Tal responsabilidad personal del doble vendedor de mala fe se hará valer, en su día, a través de las normas de la evicción. Para ello no es óbice ni el carácter *posterior* de la segunda venta a la primera (lo decisivo, aquí, no es la *letra* del art. 1.475 del Cc., sino su *finalidad*: la consecución o preservación de la adquisición jurídico-real, y, tanto más, en la medida en que la frustración de tal finalidad sea imputable a la conducta del vendedor obligado a realizarla) (9); ni el que el vendedor no haya sido llamado formalmente en causa por el primer comprador, al juicio de privación frente al tercero-segundo comprador, pues al haber este último codemandado a la doble vendedora, ésta no sólo tuvo noticia del proceso de privación, sino que fue parte en él y tuvo audiencia procesal en el mismo, pudiendo alegar cuanto conviniese a su derecho (10).

Queda pues expedito el camino para la responsabilidad por evicción de la doble vendedora de mala fe contra el primer comprador, si bien que, se insiste, por el fallo de la defensa del primer comprador, habrá de ventilarse en un proceso diferente a aquel al que pone fin la sentencia comentada.

5. Para concluir, tan sólo dos breves apuntes.

5.1. La indemnización a que es condenado el primer comprador-poseedor frente al segundo comprador, no tiene, obviamente, nada que ver con las previs-

(9) Vid. el comentario *cit.* de RODRÍGUEZ MORATA, pp. 176 y ss.; el clásico estudio de ESPÍN, *La garantía por evicción a causa de actos del vendedor posteriores a la venta*, en «RDP», 1965, pp. 469 y ss.; y, por ejemplo, también, RIVERO, en LA-CRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 3, Barcelona, 1986 (2.^a ed.), p. 60.

(10) Vid. las ajustadas consideraciones de RODRÍGUEZ MORATA, *cit.*, pp. 175-176, que cita también jurisprudencia en este mismo sentido.

tas en el artículo 1.478 del Código civil, que, de un lado, presuponen la privación de la cosa comprada por un tercero y la consiguiente resolución del contrato de compraventa evicto (mientras en el caso de la sentencia comentada, el segundo comprador adquiere *a non domino* la cosa comprada y su posición como propietario de la misma se hace, por ello, inatacable por el primer comprador o por cualquier otro tercero, manteniéndose, obviamente, el segundo contrato de venta, como contrato válido —convalidado— y elemento del supuesto de hecho complejo de los artículos 1.473-II del Código civil y 34 de la LH); y de otro, de darse la privación-evicción, la consiguiente responsabilidad sólo podía ser pedida por el segundo comprador a su contraparte, la doble vendedora, y nunca al primer comprador, un tercero extraño a la segunda compraventa.

Como se desprende del FD número 14, la responsabilidad a que se condena al primer comprador frente al segundo, concierne, en cambio, a los daños que han sido causados en la cosa doblemente vendida por el primer comprador, durante el tiempo de su posesión. Régimen de daños extracontractuales (frente a un tercero, ajeno al contrato del que el segundo comprador-reivindicante es parte) y, eventualmente, otras compensaciones, que tienen su sede y normativa (con contenido variable para las segundas y supuestos de responsabilidad distintos, según, respectivamente, la buena o mala fe del poseedor) en los artículos. 451 y ss. del Código civil.

5.2. La afirmación de que la doble vendedora, después de haber entregado la posesión material de la cosa doblemente vendida al primer comprador, transmitió la posesión inmaterial de esa misma cosa al segundo comprador, a través de la *traditio ficta* instrumental (art. 1.462-II del Cc.), afirmación que se contiene en los FD números 5 y 11, ambos *in fine*, es, con arreglo a la doctrina más extendida, errónea: la tradición instrumental, como modo de transmisión derivativo de una posesión como de derecho (mediata de primer o sucesivo grado), presupone la posesión, de hecho o de derecho, del *tradens*, y ni una ni otra conserva la doble vendedora de nuestro caso, tras entregar la posesión material al primer comprador. [En cambio, para Lacruz (11), la tradición instrumental funciona de modo legal-abstracto: desvinculada de la situación posesoria del *tradens*.]

En todo caso, lo cierto es que se trata de un error irrelevante para el sentido final del fallo: mediando la inscripción registral del segundo comprador, anticipándose al primero, reuniendo los demás requisitos de los artículos 1.473 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria, el efecto preferencial y de adquisición *a non domino*, opera en su favor sobre la base exclusivamente formal del Registro, y prescinde por completo de la situación posesoria del titular registral-*non dominus* y doble vendedor, o de la del propio segundo comprador que anticipadamente inscribe de buena fe.

FRANCISCO JORDANO FRAGA.
Profesor Titular de Derecho civil.
Universidad de Sevilla

(11) *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 1, 1.ª Parte, Barcelona, 1988 (2.ª ed.), pp. 231 y ss.

II. SENTENCIAS

A cargo de A. CABANILLAS SANCHEZ

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1.—Principios generales del Derecho: «Nemo auditur turpitudinem suam alegans», «Pacta sunt servanda».—Pero es que además, el documento librado por las autoridades monetarias italianas evidencia que la autorización era posible y no se ha negado sino sólo retrasado por causa imputable a la demandada recurrente y fiadora quien no aportó «ulteriores elementos para su completa evaluación», por lo que no le es lícito alegar el incumplimiento de un deber que sólo a ella incumbía, para en base a ello intentar la nulidad de lo pactado («Nemo auditur turpitudinem suam alegans»). Valor y eficacia de lo pactado que ha de mantenerse en virtud de la fuerza vinculante de lo acordado («Pacta sunt servanda»), que no se sometió a condición, término o modo alguno.

Aplicación del Derecho extranjero: cuestión de hecho.—Además, según reiterada doctrina de esta Sala, la aplicación del Derecho extranjero es cuestión de hecho y como tal ha de ser alegado y probado por la parte que lo invoque, siendo necesario acreditar no sólo la exacta entidad de tal Derecho vigente sino también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite duda razonable a los Tribunales españoles. Todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente (sentencias de 26 de mayo de 1887, 9 de julio 1895, 19 de noviembre de 1904, 30 de enero de 1930, 1 de febrero de 1934, 4 de diciembre de 1935, 9 de enero de 1936, 30 de junio de 1962, 28 de octubre de 1968, 4 de octubre de 1982. También, sentencia del Tribunal Supremo, Sala 6.^a, de 15 de marzo de 1984).

Contratos de cambio: no comparables al aval o afianzamiento.—La parte recurrente insiste en mantener que en el caso de autos es indudable —dice— que la constitución de la garantía sin la obtención de la previa y preceptiva, además de excepcional, autorización, al vulnerar una norma prohibitiva y de orden público cual es la Ley Monetaria Italiana, incide en un vicio de nulidad que le priva de cualquier efecto, careciendo por tanto de fuerza de obligar en España, en su condición de miembro del Tratado Internacional en cuestión... sin que pueda ser de aplicación al caso planteado el Tratado que se cita, relativo a contratos de cambio, no equiparables en rigor a un aval o afianzamiento declarado válido y eficaz. (STS de 12 de enero de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—Rizzoli-Editore, S.P.A. presta aval solidario de doscientos cincuenta millones de pesetas para garantizar las operaciones de Norildis, S. A. de Barcelona con el Banco Español de Crédito. Se requiere a tal efecto la autorización del «Servicio Autorizzazioni del Ufficio Italiano dei Cambi». Solicitada ésta se detiene su tramitación por no aportar la avalista información complementaria que le pide el mencionado organismo.

Reclama judicialmente el Banco el cumplimiento del contrato y Rizzoli-Editore S.P.A. alega su nulidad por venir éste condicionado en su eficacia al cumplimiento de las disposiciones sobre control de cambios previstas por la legislación italiana que serían, a su juicio, valorables en nuestro ordenamiento y determinantes según éste de la nulidad de la fianza por vulnerar el Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional, publicado en el «BOE» de 13-IX-1958.

El Juzgado estima la reclamación del Banco y condena a la demandada al pago de la cantidad requerida. Se desestima la apelación. El Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

2.—**Cláusula penal. Moderación por el Juez.**—La redacción del artículo 1.154 del Código civil permite extender la eficacia de la facultad moderadora a cualesquiera de los supuestos de funcionamiento de las cláusulas penal: «coercitivo», «penal» y «sustitutivo», sin que deba estimarse excluido el tercero de ellos, «sustitutorio o liquidatorio», que es el de autos. (STS de 8 de febrero de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—Dos sociedades celebraron un contrato de compraventa de un complejo urbanístico, acordando que el impago de una o de todas las cambiales entregadas debidamente y aceptadas por la sociedad compradora, daría derecho a la vendedora a la resolución del contrato, haciendo suyas las cantidades pagadas, en concepto de indemnización por los perjudicados que el impago ocasionaría, aceptando ambas partes la cláusula resolutoria expresa. La sociedad vendedora remitió a la compradora carta, por conducto notarial, requiriéndola al pago de un efecto, y advirtiéndola que, en caso de no ser atendido, se ejercitaría la acción resolutoria, haciendo suyas, en concepto de indemnización, las cantidades recibidas hasta la fecha.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda de reclamación de cantidad interpuesta por la sociedad vendedora. La Audiencia Territorial revocó esta sentencia. No prospera el recurso de casación.

3.—**Indemnización de daños y perjuicios por contravenirse el tenor de la obligación.**—El artículo 1.101 no atiende solamente, como causa de indemnización de daños y perjuicios, al dolo, la negligencia o la morosidad, sino que atiende, además, a la contravención de la obligación de cualquier otro modo; expresión donde el Código civil, de una manera progresiva para la época de su promulgación, permite incluir hasta las contravenciones debidas no a negligencia ni a dolo

ni a mora, sino a otras causas que pueden tener lugar aunque se haya prestado la diligencia debida en el cumplimiento de la obligación.

Determinación de los daños.—La Sala valora los daños conforme a las facultades que tiene para ello como problema de hecho, sin que esté prohibido acudir a criterios ya recogidos en disposiciones de mercada paridad de contenido con el caso a dilucidar. En este supuesto, tomando como modelo la retribución de la recurrente entregó a otro miembro de la tripulación no participante en el pleito.

Doctrina de los propios actos.—Los promotores o propietarios de la nave fueron absueltos en primera instancia juntamente con la ahora recurrente, y contra la sentencia absolutoria no formuló lógicamente recurso alguno la entidad recurrente, que consintió la absolución, y no puede ahora pretender ir contra sus propios actos solicitando una condena de quienes fueron absueltos en pronunciamiento firme. (STS de 23 de febrero de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—La cuestión litigiosa se suscitó porque una entidad se comprometió a sufragar los gastos de una repetición del viaje efectuado por Elcano en el siglo XVI en una goleta. Debido a los elevados gastos que suponía la realización del viaje, se decidió no llevarlo a cabo. Los que iban a ser los tripulantes demandaron indemnización de daños y perjuicios, frente a los organizadores del viaje y frente a la entidad patrocinadora, que los había utilizado en su actividad publicitaria.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda en su integridad. La Audiencia Territorial revocó en parte esta sentencia, estimando la demanda interpuesta contra la entidad patrocinadora del viaje. No prospera el recurso de casación interpuesto por la misma.

NOTA.—El mayor interés de esta sentencia radica en la interpretación objetivadora que hace el Tribunal Supremo de la expresión «los que de cualquier manera contravinieron al tenor de aquella», que figura en el artículo 1.101 del Código Civil. No cabe duda de que el inciso final de este precepto en unión con el texto del artículo 1.107, que habla del deudor de buena fe, es uno de los principales argumentos que pueden utilizarse para defender en nuestro Derecho una concepción no puramente subjetiva de la responsabilidad contractual.

También es útil el inciso final del artículo 1.101 para explicar el régimen de la denominada ejecución defectuosa de la prestación como supuesto distinto del incumplimiento definitivo y de las hipótesis de retardo y mora (Díez Picado y Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 1989, p. 212).

4.—Criterios para la interpretación de las condiciones especiales del contrato de Seguro Agrario Combinado.—La resolución del problema así planteado, requiere de las previas consideraciones que se exponen a continuación: 1.º) Si bien el Seguro Agrario Combinado permite su encaje en los contratos denominados «normados» o «reglamentados» al obedecer el clausulado de sus «condiciones especiales» a las normas dictadas por la Administración, de modo que su interpretación tenga que realizarse bajo módulos objetivos y sustraídos, en principio, de la voluntad e intención contractual de las partes, ello no significa que su ámbi-

to interpretativo esté excluido de las normas generales previstas en los ordenamientos civil y mercantil y de las específicas comprendidas en la Ley de Contrato de Seguro, 50/1980, que, en virtud de su artículo 2, regirían de manera supletoria, en defecto de Ley aplicable, sin que pueda olvidarse al respecto que el Seguro Agrario Combinado fue establecido, primordialmente, en beneficio de los agricultores. 2.^a) La específica regulación del Seguro de que se trata, contenida en la Ley número 87/78, de 28 de diciembre, en su Reglamento aprobado por Real Decreto de 14 de septiembre de 1979 y en la Orden de 14 de abril de 1983, sobre «normas para el combinado de helada, pedrisco, viento y/o lluvia en tomate y pimiento en campaña 1983», carece de disposiciones especiales acerca del modo y forma de interpretarse las dudas surgidas en torno al riesgo asegurado. 3.^a) Debido a la mejor preparación técnica que caracteriza las entidades aseguradoras y a su exigencia de mayor responsabilidad, no cabe admitir que se refugien en la nulidad del contrato prevenida en el artículo 4 de la Ley 50/1980 para los supuestos de inexistencia del riesgo, ante aquellos casos que presenten dificultades interpretativas susceptibles de subsanación por medio de una información adecuada transmitida al asegurado. 4.^a) Según se desprende de la decimoquinta condición especial, no era preciso especificar la variedad de tomate asegurado. 5.^a) El artículo 3 de la precitada Ley dispone que en ningún caso, las condiciones generales podrán tener carácter lesivo para los asegurados, así como que las cláusulas limitativas de sus derechos, se destacarán de modo especial y deberán ser específicamente aceptadas por escrito. 6.^o) Los artículos 1.284 y 1.288 del Código civil previenen que «si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto» y que «la interpretación de las oscuras, no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad», siendo reiterada la doctrina mantenida por esta Sala acerca de que «en caso de duda sobre la significación de las cláusulas generales de las pólizas habrá de adoptarse la interpretación más favorable al asegurado», como también lo es la sostenida respecto a que la interpretación de los contratos, corresponde al Juzgado de instancia. (STS de 12 de diciembre de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—A, B y C, arrendatarios mancomunados de una finca rústica, conciertan con «Agroseguro» una póliza de Seguro Agrario Combinado de pedrisco y lluvia correspondiente al tercio de cultivo de cada uno en la explotación. En las «Condiciones especiales» del contrato se fija la definición de lluvia a los solos efectos del seguro. Se producen importantes precipitaciones que causan daños graves a la cosecha. La aseguradora se niega a aceptar la declaración de siniestro de sus asociados en razón, precisamente, de la definición del riesgo de lluvia estampada en las referidas «Condiciones especiales». A, B y C demandan a «Agroseguro» por incumplimiento de contrato y piden sea condenada al pago a cada uno de ellos de la cantidad que se reclama. El Juzgado accede a la pretensión de los actores, confirmando la Audiencia la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación que interpone la aseguradora (R.G.S.).

5.—Relatividad de los contratos.— En particular debe ponerse de relieve la infracción de la doctrina de la relatividad de los contratos que implica la conducta del recurrente, ya que no habiendo intervenido en el contrato de préstamo

entre el Banco Hipotecario y la entidad ahora recurrida para la construcción por ésta de un grupo de viviendas, pretende deducir efectos favorables de las relaciones entre prestamista y prestatario, lo que contraviene paladinamente a la norma del artículo 1.257 del Código civil, a cuyo tenor los contratos solo producen efecto entre las partes contratantes y sus herederos; y sin que en el contrato privado entre vendedor (prestatario o otro contrato) y comprador (ajeno al contrato de préstamo) se haga referencia alguna al contenido del otro contrato, sino únicamente a una subrogación en el lugar del prestatario, que no se llevó a efecto por incumplimiento del contrato de venta por parte del comprador, ahora recurrente.

Alcance de las alegaciones por escrito en el trámite de diligencias para mejor proveer.—Al respecto debe también observarse la anomalía de tramitación que se observa en las actuaciones, en cuanto la incomparecencia del demandado en primera instancia, que originó la declaración de rebeldía, y su comparecencia en la segunda, dio lugar a alegaciones en trámite impropio para las mismas, sobre todo, con infracción del artículo 342 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que si bien permite poner de manifiesto a las partes el resultado de las diligencias para mejor proveer, las alegaciones por escrito que se autorizan para aquellas se ha de limitar a lo que estimen conveniente «acerca de su alcance e importancia», pero no está ni en la letra ni en el espíritu de la norma ampliarlas hasta llegar a suplir la fase alegatoria de la litis, truncada por la rebeldía del demandante y que no puede de ninguna manera ser sustituida por estas alegaciones que la Ley permite con un limitado y estricto objetivo, sin dejar al arbitrio de las partes reproducir, en contra del principio de preclusión, una nueva y amplia fase alegatoria.

Facultad de moderación de la pena convencional. Regulación de este extremo en la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra.—El motivo es igualmente desestimable: a) En primer lugar porque la facultad de moderación de la pena convencional que autoriza al Juez el artículo citado del Código civil, no se establece en el Derecho Civil Foral navarro, puesto que la Ley 518, párrafo 1 de la Compilación foral vigente, dispone, por el contrario, que «la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial»: norma que, a tenor de lo dispuesto en la Ley 2 de la misma Compilación, hay que estimar de preferente aplicación sobre lo dispuesto en el Código civil, que no es más que Derecho supletorio del foral. b) Debe resaltarse, sin que obste en absoluto a su aplicación, que la citada norma foral constituye una excepción en el vigente Derecho comparado más afín al ordenamiento español (común o foral), en cuanto que la moderación equitativa de la pena por el Juez viene establecida tanto en los Códigos del grupo germánico (así en el alemán, parágrafo 343, en el austriaco, parágrafo 1.336-2 y en el suizo de obligaciones, art. 163), como en los del grupo llamado romanizado o latino (así en el francés, art. 1.231, en el español, art. 1.154, en el italiano, art. 1.384 y en el portugués de 1966, art. 812); habiendo sido denegada tal facultad de moderación de la pena en el Derecho foral navarro sin duda por influencia de sus principios generales inspirados en el Derecho romano, cuya doctrina de las estipulaciones penales no entendía éstas como una modalidad de la indemnización preestablecida. (STS de 25 de enero de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—El recurso de casación que el Tribunal Supremo resuelve trae causa de un juicio ordinario de menor cuantía seguido ante el Juzgado de 1.ª Instancia, número 2 de Pamplona en el que la de-

mandante —una empresa constructora— ejercitaba una acción resolutoria de contrato de compraventa del inmueble por falta de pago del precio por el comprador. Accede el Juzgado a las peticiones de la actora. La Audiencia confirma la sentencia de instancia. El recurso de casación no prosperó (R.G.S.).

6.—Interpretación de los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil.—Y aunque al desarrollar el mismo, se está prácticamente pretendiendo efectuar un nuevo proceso valorativo del conjunto probatorio, propio de una segunda instancia y totalmente desterrado en la casación, bueno será dar respuesta a las alegaciones que allí se hacen, partiendo, como principio básico, de la doctrina, sobradamente conocida de esta Sala, en orden a la interpretación de los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil; doctrina que en esencia puede concretarse en la exigencia de los siguientes presupuestos para la aplicabilidad de tales preceptos: clara reciprocidad de las obligaciones en juego, exigibilidad de las mismas, cumplimiento por parte del reclamante de lo que incumbía, y, fundamentalmente, una falta de voluntad ostensible en orden al cumplimiento por parte del demandado. El Tribunal «a quo» estudia el conjunto probatorio obrante en autos, y llega a la conclusión de que no aparece suficientemente probada la voluntad obstativa al cumplimiento del demandado, hasta el punto de haber frustrado el fin contractual.

Factores que excluyen la voluntad obstativa al cumplimiento por parte del demandado.—Esta concurrencia de circunstancias, unida a la respuesta que da el actor, frente al requerimiento de que se elevara a escritura pública el primitivo documento privado (arts. 1.279 y 1.280-1.^a del Código civil), presupone la existencia entre las partes de un litigio, disputa o diferencia de interpretación contractual, que elimina la exigida voluntad obstativa al cumplimiento, preconizada por la jurisprudencia, e indispensable para que sea factible la pretendida resolución. (STS de 3 de diciembre de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—El recurso contempla un supuesto de resolución de contrato de compraventa de inmueble. Esta es declarada por el Juzgado de instancia que desestima la reconvencción del recurrido en sentido favorable a la validez y eficacia del contrato. La Audiencia revoca la sentencia del Juzgado estimando la reconvencción. No prospera el recurso de casación que interponen los actores en la instancia (R.G.S.).

7.—Ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria.—La facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro Ordenamiento no solo en la vía judicial, sino mediante declaración no sujeta a forma y dirigida a la otra parte, a reserva —claro está— de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento, rechazando la oportunidad de extinguir el contrato), determinando en definitiva si la resolución ha estado bien hecha, o si ha de tenerse por indebidamente utilizada, lo que supone tanto como que la decisión judicial no produce la resolución contractual, sino que proclama simplemente la procedencia de la ya operada.

Procedencia de la resolución.—En el presente caso el ejercicio de la facultad resolutoria ha reunido todas las exigencias legales, pues se trataba de una obligación específicamente bilateral, cuya exigibilidad aparecía implícita en la misma;

el reclamante había cumplido lo que le incumbía, y la voluntad incumplidora de la otra parte se había hecho patente y definitiva, dada su probada insolvencia.

Eficacia probatoria de los documentos privados.—No es posible tener en cuenta las fechas de los contratos privados de venta efectuados por la constructora a los actores, ya que tales documentos no reúnen los requisitos del artículo 1.277 del Código civil en cuanto a su afectación a terceros. (STS de 14 de junio de 1988, ha lugar.)

HECHOS.—Mediante documento privado de fecha 29-9-1977, don F.N.U. se reconoce deudor de la sociedad C.C.S.A. por diversos conceptos entre los que figura unas obras de mejora que se debían realizar en algunos pisos comprados por F.N.U. a C.C.S.A. Para el pago de la suma total debida F.N.U. hace dación en pago a C.C.S.A. de seis pisos que había adquirido anteriormente y que tenía inscritos a su nombre. El 22-1-1980, F.N.U. notifica notarialmente a C.C.S.A. su voluntad de dar por resuelto el contrato de dación en pago dado que ésta no ha realizado las obras de mejora debidas.

Entretanto C.C.S.A. vende, también en documento privado, los pisos cedidos (aunque en el texto de la sentencia no consta si la venta fue anterior o posterior a la resolución).

Los adquirentes demandan a C.C.S.A. —la empresa vendedora— y a F.N.U. —titular registral de las viviendas— solicitado que se otorguen las correspondientes escrituras públicas que les permitan la inscripción de su derecho. En primera instancia la demanda es desestimada. En apelación se revoca la sentencia, estimando parcialmente la demanda. F.N.U. recurre en casación y el TS casa y anula la sentencia, confirmando en su lugar el Fallo del Juzgado de Primera Instancia.

8.—Significado de la señal entregada al tiempo de la perfección del contrato de compraventa.—Al establecer el documento privado de 31 de mayo de 1977, reflejador de la compraventa en cuestión, la recepción por la vendedora... de la cantidad de cinco millones de pesetas como señal o prenta por la venta de una casa en ruinas designada como de su propiedad... y cuyo total hasta dieciocho millones de pesetas se le entregarían al contado en el momento de hacer la escritura en la Notaría el día 30 de abril de 1977, claramente está poniendo de manifiesto, como certeramente ha sido apreciado por la Sala sentenciadora de instancia que la indicada suma de cinco millones de pesetas entregada a nombre de la entidad compradora y recibida por la vendedora responde no a arras penitenciales, en previsión de un posible desistimiento o retroacción que se autorizaba de antemano, ni a arras penales, derivada de entrega hecha en garantía de la indemnización que pudiera originar el incumplimiento ni tan siquiera de meras arras confirmatorias, consistente en la entrega de una cantidad en señal de confirmación del contrato, una vez perfeccionado éste, que como de tal índole es de atribución total al precio fijado a la compraventa, con la consiguiente obligación de devolución cuando el contrato se resuelve por incumplimiento atribuido al vendedor, sino simplemente de la entrega de una suma asignada al precio total, y como anticipo parcial del mismo, porque, como tiene declarado esta Sala en sentencias de 24 de noviembre de 1926, 11 de octubre de 1927, 8 de julio de

1933, 5 de junio de 1945, 22 de octubre de 1956, 1 de abril de 1958, 20 de mayo de 1967, 10 de diciembre de 1970, 17 de febrero de 1982 y 10 de marzo de 1986, las arras tienen un carácter excepcional, que exige una interpretación restrictiva, sólo susceptibles de apreciarse como existentes cuando se evidencia una voluntad indubitada de las partes en tal sentido, emanante de una adecuada interpretación del contrato, que es precisamente lo efectuado por el Tribunal «a quo». (STS de 2 de diciembre de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Juana vendió una casa de su propiedad a Construcciones V. Se formaliza la compraventa en documento privado a cuya firma recibe la vendedora la cantidad de cinco millones de pesetas. El resto debía pagársele al otorgamiento de la escritura pública correspondiente. Transcurrido algo más de un año doña Juana enajena ante notario la referida casa a don Pedro y don Juan. Construcciones V. demanda a la vendedora por incumplimiento de contrato pidiendo se le condene al otorgamiento de la escritura pública de compraventa además de solicitar la nulidad de la formalizada con don Pedro y don Juan y la de inscripción verificada a nombre de estos en el Registro. Para el caso de que no se declare la nulidad y al no poderse cumplir el contrato que consta en documento privado suplica la devolución de la cantidad entregada con sus intereses más la correspondiente a la liquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales. Se opone doña Juana y reconvierte pidiendo la nulidad del contrato y alternativamente su resolución junto con la pérdida —para ambos supuestos— de la cantidad entregada al conceptuarse ésta como arras penitenciales. El Juzgado declaró resuelto el contrato privado de compraventa condenando a la demandada a la devolución de la cantidad recibida más las restantes consecuencias económicas requeridas por la actora. La Audiencia Territorial confirmó la sentencia de instancia. El recurso de casación interpuesto por doña Juana no prosperó (R.G.S.).

9.—Compraventa de plazas de garaje por construir: resolución por incumplimiento.—Procede la resolución del contrato de compraventa de cinco plazas de garaje por ser inadecuadas a la finalidad a que se destinan.

Improcedencia de la devolución del precio actualizado: doctrina general sobre cláusulas de estabilización.—La doctrina jurisprudencial y científica, en relación con las cláusulas de estabilización tendentes a corregir el desequilibrio económico en el sinalagma negocial por la devaluación monetaria, ha requerido una voluntad nitidamente manifestada por las partes contratantes, o deducida en forma inequívoca de las circunstancias particulares del caso; en consecuencia, la devolución del precio anticipadamente abonado no puede exigirse en su valor actualizado por ausencia de dichos requisitos y falta de una norma clara en el ordenamiento jurídico que la imponga de modo general.

Daños y perjuicios no probados: desmerecimiento de pisos vendidos sin plaza de garaje.—Las sentencias de instancia coinciden en que no se ha demostrado en el presente caso la existencia de perjuicios, fuera de los intereses desde la fecha de entrega del importe del precio, por demérito en los pisos que han tenido que ser vendidos sin plaza de garaje; por otra parte, el resarcimiento de daños

y perjuicios, cuando se trata de entrega o devolución de dinero, es el interés legal desde que debió hacerse la entrega o su reembolso hasta la fecha de su actividad. (STS de 3 de noviembre de 1988, No ha lugar.)

10.—Venta a plazos de vehículo: cláusula de reserva de dominio no inscrita: resolución por falta de pago: ineficacia de la reserva frente a tercero.—Embargado el vehículo por el vendedor, sacado a subasta a su instancia, rematado en su favor por un tercero, y adjudicado a aquél a quien el tercero se lo cedió, el dominio del mismo pasó a este último sin que le afecte la cláusula de reserva de dominio no inscrita, todo ello sin perjuicio de estimar la resolución de la venta a plazos por falta de pago.

Cesión de contrato: el rematante en subasta no adquiere en virtud de cesión de contrato que realice el comprador embargado.—Es criterio compartido, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencial, que la figura de cesión de contrato es recogida por el ordenamiento español, con gran prudencia, obligando en los supuestos ordinarios a recabar del cedente el consentimiento del otro contratante, a quien no resulta, por regla general, indiferente la personalidad del obligado a realizar las prestaciones contractuales, por lo que el artículo 1.209, párrafo 2 del Código civil obliga a establecerla con claridad para que produzca efecto, fuera de los casos excepcionales en que se presume por la Ley; en el presente caso el cesionario del rematante no adquirió el autocar en virtud de contrato alguno con el vendedor, ni se subrogó en las obligaciones del anterior propietario, sino que llevó a cabo su adquisición en pública subasta perfeccionada por la adjudicación judicial, debiendo advertirse que el embargo recayó sobre la propiedad del vehículo, y lo mismo ocurrió con la subasta y la adjudicación judicial, sin que sea suficiente para estimar el establecimiento de la subrogación la circunstancia de decirse en los edictos que el autocar se hallaba sujeto a reserva de dominio (STS de 7 de noviembre de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—Una equivocada conducta procesal, titubeante y contradictoria, unida a la falta de cumplimiento del artículo 23 de la Ley de Venta a Plazos de cosas muebles, han conducido al parcial fracaso de la acción ejercitada por el vendedor. Parece que no estaba muy convencido de la eficacia de la reserva de dominio al embargar el vehículo en poder del comprador, y aunque estuvo presente en todas las fases subsiguientes, hasta el remate por un tercero, lo que cedió a otra persona, en cuyo momento ejercita dicha reserva. El Tribunal Supremo se limita a aplicar la doctrina reiterada sobre ineficacia frente a tercero de la cláusula no inscrita, al tiempo que declara inmune al rematante, y a su cesionario, inmunes a la reserva que únicamente produce efectos *inter partes* al no haber sido inscrita. La adquisición en virtud de remate subsiguiente a subasta judicial no implica subrogación en el contrato de venta a plazos realizado por el ejecutado. No parece que el Tribunal Supremo haya variado su tradicional interpretación del *pactum reservati dominii*, ni que haya aceptado la doctrina de Bercovitz sobre la eficacia del mismo en la Ley de 1965. Sobre el tema, ampliamente, Martínez de Aguirre, *Las ventas a plazos de bienes muebles* (Madrid, 1988), p. 120 y ss., quien observa la frecuencia de la práctica del embargo por el vendedor (G.G.C.).

11.—Responsabilidad del promotor de viviendas ex artículo 1.591 del Código civil.—La sentencia extiende la cualidad de «construtor» al promotor del edificio, en consonancia con la jurisprudencia anterior (STS 28-11-1970, 11-2-1985, 9-3-1988 y 17-5-1988), para adaptar «la insuficiente regulación legal del contrato de ejecución de obras a las necesidades sociales de tutela judicial efectiva».

Esta inclusión del promotor en la figura del «constructor» es aplicable tanto al promotor-vendedor, que selecciona un sólo contratista, como al que elige los diversos gremios que intervienen en la obra.

Responsabilidad solidaria.—Se dará cuando el Tribunal no atribuya entre los varios culpables cuotas determinadas en proporción al valor causante de las respectivas conductas.

Vicios ocultos y ruina funcional.—La Sala, en multitud de sentencias ha elaborado una completa definición de los conceptos de ruina funcional, vicios de la cosa que la hacen inadecuada, todos los cuales son comprendidos por el artículo 1.591 del Código civil y rechaza que les sea aplicable el estrecho precepto del artículo 1.490, absolutamente insuficiente para satisfacer la necesidad de tutela judicial.

Litisconsorcio pasivo.—Es también reiterada la doctrina que emana de las sentencias de la Sala en las que se declara suficiente «demandar al contratista (STS 4-3-1988) sin necesidad de traer al proceso a otros colaboradores o a los técnicos a quienes el actor no atribuya ningún grado de responsabilidad. Todo naturalmente sin perjuicio de que los demandados traídos al proceso puedan lograr su absolución demostrando que son ajenos a las causas de la ruina o que son otros los causantes. O que puedan acreditar que junto a ellos hubo otros culpables. En cualquier caso, sin necesidad de litisconsorcio y sin perjuicio de las acciones de repetición que en su caso procedan entre el condenado y los demás intervinientes en la obra. (STS de 12 de diciembre de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio demanda a la promotora de la construcción del mismo por diversas deficiencias en la construcción que, comunicadas a la promotora, no fueron reparadas. La sentencia de primera instancia es desestimatoria de la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Territorial estima en parte la demanda, condenando a los demandados, conjunta y solidariamente a reparar los vicios constructivos que se estiman probados. Estos recurren en casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al hecho.

12.—Vicios de construcción. La cooperativa actora no ostenta la cualidad de promotora, sino la de mera dueña de la obra.—La sentencia impugnada da una amplitud desmesurada al concepto de promotor establecido por la doctrina de esta Sala al reputar como tal a la cooperativa actora. La cualidad de promotor-constructor la ostenta quien por su cuenta y en beneficio propio encarga la realización de la obra a un tercero, con intención de destinar las viviendas y locales construidos al tráfico con terceros compradores para obtener beneficio económico que falta en la actora, sociedad cooperativa de responsabilidad limitada, cuyo objeto era la promoción de viviendas para ser adjudicadas exclusivamente a sus asociados y familiares, de acuerdo con el concepto de que esta clase de cooperati-

vas da el artículo 103 del Reglamento de 16 de noviembre de 1978, siendo la adjudicación de las viviendas a los socios cooperativistas y la aportación de las cantidades resultantes de la distribución y derrama del costo de la construcción, operaciones a todas luces diferenciables de la idea de venta a persona ajena a la constructora, que lo ha sido la misma cooperativa; se configura ésta, en consecuencia, como mera dueña de la obra legitimada frente al contratista y los técnicos intervinientes en la construcción para exigir frente a ellos la responsabilidad nacida al amparo del artículo 1.591 del Código civil.

Ruina funcional.—Tiene lugar cuando los efectos de la construcción exceden de las imperfecciones corrientes y hacen inútil lo construido para el cumplimiento de su destino conforme a su naturaleza.

Cláusula penal.—No es aplicable la cláusula penal, porque la penalización se liga a retrasos o demoras producidos por causas imputables al contratista, lo cual no concurre en el presente caso. No se da una terminación extemporánea de la obra por causas imputables al contratista, lo que hace decaer el motivo al haber aplicado la Sala de instancia rectamente el artículo 1.152 del Código civil. (STS de 20 de febrero de 1989, ha lugar en parte.)

HECHOS.—Una cooperativa de viviendas demandó solidariamente a una empresa constructora, a los arquitectos y a una compañía de seguros, por los graves vicios de construcción de las ciento quince viviendas, los locales comerciales y los sótanos.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó de forma solidaria a la empresa constructora y la compañía de seguros a la reparación de los vicios observados. La Audiencia Territorial revocó esta sentencia y dictó otra desestimando la demanda. Próspere en parte el recurso de casación interpuesto por la cooperativa.

NOTA.—Son pocas las sentencias del Tribunal Supremo que contemplan la construcción en comunidad, a la que se refieren la exposición de motivos de la Ley de Propiedad Horizontal y el Decreto de 12 de diciembre de 1968 (véase De la Cámara, Garrido y Soto, *Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana, en Ponencias presentadas por el Notariado español en los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, Madrid, 1975, pp. 923 y ss.). La solución que acoge la sentencia que anoto es plenamente correcta, ya que la cooperativa de viviendas celebra un contrato de obra con el contratista, por lo que, en rigor, tiene exclusivamente la condición de comitente o dueña de la obra. La cooperativa no vende los pisos y los locales a terceros, por lo que difícilmente puede ser calificada como promotora, a fin de que responda como tal, es decir, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que, a efectos de la aplicación del artículo 1.591 del Código civil, equipara el promotor al contratista.

En el caso de la sentencia es precisamente la cooperativa, en su condición de comitente o dueña de la obra, quien está legitimada para ejercitar la acción de responsabilidad decenal frente al contratista y los técnicos que ha contratado. No por la vía de la compraventa, sino por la del contrato de obra, como señala el Tribunal Supremo en la sentencia (A.C.S.).

13.—Responsabilidad por vicios en la obra inmobiliaria de los aparejadores.— Una reiteradísima jurisprudencia de esta Sala amplía el elenco de los responsables, tanto equiparando a los promotores con los constructores, como reconociendo el carácter de técnicos facultativos responsables a los aparejadores, a todos los cuales se puede demandar conjuntamente y obtener, en su caso, sentencia condenatoria, bien mancomunada o solidaria, siempre que en el proceso se haya acreditado incumplimiento de los respectivos deberes profesionales y su influencia en los daños producidos (STS de 14 de noviembre de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Condenados a satisfacer las cantidades fijadas en la sentencia por presentar las viviendas graves defectos de construcción, los dos aparejadores recurren alegando que son técnicos que ejercen funciones subordinadas al arquitecto, verdadero director y responsable del edificio. No prospera el recurso de casación.

14.—Simulación y requisito de forma en la donación de inmuebles.—Ninguno de dichos motivos es de estimar, dado que siguen partiendo de algo distinto a lo que aparece clara y adecuadamente declarado por el Tribunal de apelación: que el contrato de compraventa es plenamente simulado y que la donación no es válida y así el recurrente no ha tenido para nada en cuenta, ni en lo que hace al contrato de compraventa que su simulación es consecuencia de carecer de causa y de precio; ni en orden a la donación, e independientemente de lo relativo a los problemas que en la doctrina tanto científica como jurisprudencial plantea la hipótesis de la simulación de una compraventa y la licitud o validez de la donación ínsita en el mismo contrato, por no ser cuestión a tratar aquí, que resulta evidente que según una muy constante doctrina de esta Sala, para la validez y efectividad de estas donaciones, es preciso que en ellas concurren las condiciones y requisitos tanto formales como sustantivos imprescindibles para su validez y eficacia jurídica, lo que no contee en este concreto supuesto, dado que como muy bien dice la Sala «a quo», «el hecho de que el requisito de la escritura pública se cumple bajo la forma de compraventa es una argumentación que carece de eficacia en cuanto él cumple los requisitos que se requieren para su especial naturaleza, pero no los necesarios para la donación; falta pues en este caso el requisito imprescindible de la forma», «pero es que además tampoco existe el animus donandi ni circunstancias del que pueda inferirse» (fundamento 5.º de su sentencia); y no se cumple el requisito de forma, como indica la sentencia impugnada en cuanto que la donación respecto de cuya existencia tanto insiste el recurrente, aparece en todo caso en un documento privado (STS de 2 de diciembre de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—A vende a su sobrina B unas fincas reconociendo esta última en documento privado que tal compraventa es puramente formal por carecer de causa y precio. Muere B y A demanda al marido e hijos de la difunta solicitando del Juzgado de Primera Instancia la declaración de nulidad del contrato de compraventa, la nulidad e ineficacia de las inscripciones en el Registro a que la escritura de compraventa dio lugar y la declaración de su dominio respecto de las fincas. Accede el Juzgado a lo pedido. La Audiencia confirma la sentencia de instancia. Recurrida la de apelación el Tribunal Supremo declara no haber lugar (R.G.S.).

15.—Efectos de la fianza entre los cofiadores: alcance del artículo 1.844,3 del Código civil.—El primer motivo amparado en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción del artículo 1.844,3 del Código civil por inaplicación y viene a ser el anverso del segundo motivo que por la misma vía casacional, número 5, del artículo 1.692 ya invocado, acusa la infracción por aplicación indebida de los artículos 1.137, 1.138, 1.145, 1.822, 1.837 y 1.839 del mismo Cuerpo legal sustantivo que constituye el reverso de una misma tesis casacional y en función, claro es, de la doctrina mantenida en la sentencia recurrida. Por ello han de ser conjuntamente analizados y, a tal efecto, es preciso constatar que de acuerdo con la interpretación integradora ordenada en el artículo 3,1 del Código civil, no es viable la aplicación simplista del artículo 1.844,3 del mismo Cuerpo legal, por la mera circunstancia de que no se haya demandado el pago del crédito afianzado por la entidad financiera acreedora ni la deudora principal esté formalmente declarada en quiebra, tales circunstancias han de tenerse en cuenta en supuestos como los previstos en las sentencias de 19 de noviembre de 1982; 4 y 11 de junio de 1984, es decir, en casos de fianza claras y terminantes de constitución de una garantía personal para el pago de un crédito de terceros y sin un interés propio mediato o inmediato en cuyo caso aparece perfectamente configurada esa accesoriedad respecto del negocio principal garantizado que es la esencia de este contrato de fianza, pero cuando como en el caso presente —como en otros muchos— como los enjuiciados en los recursos de casación concluidos por sentencias de 7 de julio y de 16 de septiembre de 1988—, se verifica en forma incontrovertible que ese contrato de fianza, viene en definitiva y en alguna medida a garantizar el pago de una deuda principal del que han de beneficiarse los propios fiadores, pierde ese carácter de accesoriedad «strictu sensu» con pérdida de muchos de los privilegios contenidos en la reglamentación específica de la fianza a favor de los garantes, para que por razones de equidad y en evitación de un eventual enriquecimiento injusto, pueda el que ha arrojado el riesgo de satisfacer la deuda en provecho de todos, deudor y cofiadores, pueda resarcirse en la cuantía proporcional correspondiente.

Accesoriedad del contrato de fianza: interpretación integradora y conforme a la realidad social.—Y no se diga que la deudora principal tiene una personalidad jurídica distinta de los socios con el fin de poner de relieve esa accesoriedad de la fianza común, pues es sabido que de hecho en la realidad del tráfico mercantil esa «comunicabilidad patrimonial» entre el ente mercantil y sus socios —pocos socios—, se perfila como una posibilidad tangible a través de las «membranas» sutiles de la contabilidad que permiten esas operaciones osmóticas por cuyo conocimiento y en prevención de posibles fraudes fiscales se reglamenta el rendimiento entre la sociedad y los socios por el «régimen de transparencia» (art. 12 de la Ley 44/78 de 8 de septiembre y art. 28 del Reglamento de 2 de noviembre de 1979; Decreto núm. 2.615/79), lo que arguye en pro y con base en el artículo 3,1 del Código civil ya invocado, en interpretar las leyes en su conjunto y con vista de la realidad social en que han de ser aplicadas. (STS de 2 de diciembre de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—El Banco V concede un préstamo a la empresa I la que avalan como fiadores solidarios sus cinco únicos accionistas. A hace efectivo el saldo deudor sin beneficio de excusión, orden ni división

y sin que hubiera mediado demanda judicial de Banco a la prestataria ni a los fiadores. Al tiempo de la realización del pago la empresa I no ha sido declarada en estado de quiebra. A ejercita frente a B acción de reintegro de la cuota parte proporcional de la fianza constituida. El Juzgado rechaza la demanda. Esta resulta estimada íntegramente en la apelación. El recurso de casación interpuesto por B no prosperó (R.G.S.).

16.—El arrendatario debe ser profesional de la agricultura.—Se ha producido una interpretación errónea del artículo 15 a) y aplicación indebida del artículo 76-1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980, porque para ser profesional de la agricultura a la persona natural sólo se le exige que esté en plenitud de sus derechos civiles o emancipado o habilitado de edad, que se dedique o vaya a dedicarse de manera preferente a actividades de carácter agrario y se ocupe de manera efectiva y directa de la explotación. No se le exige, por lo tanto, una dedicación en exclusiva a las actividades de carácter agrario, sino de manera preferente, lo que ya significa posibilidad de compatibilidad con otras actividades, y simplemente con ocupación efectiva y directa de la explotación, que no niega radicalmente la sentencia en cuestión.

Consideración de cultivador personal del arrendatario.—Hay una interpretación errónea del artículo 16 y una inaplicación de la Disposición Transitoria Primera, regla 1.ª, párrafo segundo, de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980. El contrato de arrendamiento estaba vigente a la entrada en vigor de esta ley por lo que al arrendatario que sea cultivador personal en los términos que define el artículo 16 de la Ley, tendrá derecho a las prórrogas que la misma determina, hasta el límite de 21 años, contados desde la iniciación del contrato. La consideración de cultivador personal no puede quedar desvirtuada, en contra de lo apreciado por la Sala sentenciadora de instancia, por la sola circunstancia de que quien lleve en arrendamiento fincas rústicas se dedique también a la explotación de una pequeña gasolinera, toda vez que la dedicación a ésta no impide el invocado carácter legal de cultivador personal a que se contrae el artículo 16 de la referida Ley de Arrendamientos Rústicos, porque este precepto no lo configura como actividad estricta a cargo exclusivamente del arrendatario, sino que lo posibilita con la ayuda de familiares que con él convivan lo que tanto quiere decir que precisamente con esa ayuda familiar, nada impide el simultáneo desempeño de la explotación de las fincas arrendadas y de la expresada pequeña gasolinera, y en consecuencia el mantenimiento de la consideración de cultivador personal, que el número 2 del precitado artículo 16 considera, en todo caso, como profesional de la agricultura. (STS de 23 de junio de 1988, ha lugar.)

HECHOS.—Se plantea una demanda para que se declare resuelto un contrato de arrendamiento rústico basándose en diversos motivos como el vencimiento del plazo por el que se concertó, en la pérdida por parte del arrendatario de la condición de profesional de la agricultura y en daños causados por la negligencia del arrendatario al no cultivar la finca por lo que le exigen a éste una indemnización económica. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda en su integridad.

Interpuesto recurso de apelación la Audiencia Territorial dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, declarando resuelto el contrato de arrendamiento rústico y desestimando la postulación referente a la indemnización por daños y perjuicios. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por el arrendatario y en consecuencia desestimó en su integridad la demanda formulada por las propietarias.

17.—Necesidad de acreditar haber satisfecho las rentas.—La cuestión que suscita el auto recurrido es si conforme al artículo 1.566 el recurrente, aparte de que pueda tener satisfechas las rentas vencidas o consignadas, el requisito fundamental para que se le puedan admitir los recursos de apelación y de casación, cuando procedan, es el acreditar o sea justificar que han pagado las rentas vencidas. El juzgador entiende que al interponer el recurso de apelación no se acreditó por la parte recurrente estar al corriente en el pago de las rentas, sin que tal omisión deba entenderse subsanada con la presentación posterior, después de vencido el plazo para recurrir, de una certificación expresiva de que se había consignado con anterioridad las rentas del año corriente; en efecto la sentencia de primera instancia lleva fecha de 13 de noviembre de 1985 y la consignación se hizo en 25 de junio de dicho año.

Exigencia de haber abonado las rentas.—Es doctrina de esta Sala la de que siendo el espíritu de este artículo 1.566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y su razón la de que no se perjudique al propietario económicamente, retrasando el pago de rentas por tiempo que puede alargarse más allá de las previsiones razonables, hasta la terminación del proceso en el que cabe el recurso de apelación y en su caso también el de casación, natural es que se exija tal pago, viniendo la Ley a imponer su acreditamiento como expresión de haberlo llevado a efecto, realmente esto es sin subterfugios de clase alguna, pero sin en efecto, de cualquier forma consta al Juzgador que dicho abono de rentas ha tenido lugar parece un tanto excesivo el someterse a tan rigurosa interpretación literal, cuando no existe aquel abuso que es el que el artículo trata de evitar; en consecuencia admitido el recurso de apelación, es lo cierto que al tiempo de dictarse el auto recurrido ya constaba en el rollo de apelación la consignación de las rentas hechas por los recurrentes, por lo que en verdad no cabía ya hablar de aquel perjuicio económico para el arrendador, que es, como se dice, el que trata de evitar dicho artículo, por lo que la rigurosa interpretación literal que del artículo se hace por el Juzgador causa al recurrente un perjuicio procesal al impedir el acceso al recurso de apelación, lo que es contrario al artículo 24 de la Constitución que dispone que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. Como complemento de este artículo la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 11-3 establece que los Juzgados y Tribunales deberán resolver siempre las pretensiones que se les formulen y sólo desestimarlas por motivos formales cuando el derecho fuese insubsanable. (STS de 6 de junio de 1989, ha lugar.)

HECHOS.—Demanda sobre arrendamientos rústicos en la que se pide la resolución de un contrato de arrendamiento rústico por terminación del plazo contractual y el consiguiente desahucio de los arrendatarios. El Juzgado de Primera Instancia admitió la demanda. Interpuesto

recurso de apelación, la apelada pidió que no se admitiera el recurso por no haber acreditado la parte apelante estar al corriente del pago de las rentas que había de satisfacer por adelantado, ni había satisfecho las vencidas durante la tramitación del recurso. La Audiencia Territorial declaró mal admitido el recurso. Interpuesto recurso de casación contra el auto dictado por la Audiencia Territorial, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación contra el citado auto, anulando el mismo y reponiendo las actuaciones al estado anterior a dicho auto.

18.—Resolución arrendaticia por subarrendo o traspaso: presunciones.—Se produce la presunción de subarrendo inconstituido o de traspaso realizado de modo distinto al autorizado cuando se da la introducción de una tercera persona en la relación arrendaticia, pues la nueva titular del negocio no intervino para nada en el contrato de arrendamiento, ni parece probado una supuesta cotitularidad derivada del mencionado contrato.

Imposición de costas a la parte demandante.—En relación con los demandados, cuya oposición se limitó exclusivamente a excepcionar su legitimación las pretensiones aducidas en su contra fueron totalmente rechazadas, tanto en la primera como en la segunda instancia, y en consecuencia, las costas ocasionadas a estos demandados deberían correr a cargo de la parte demandante. (STS de 17 de junio de 1988, estimatorio en parte.)

HECHOS.—La parte demandante había realizado un contrato de arrendamiento con la titular del negocio instalado en su local. Posteriormente, la arrendataria pasa a ser empleada del mencionado negocio, ocultándole a la arrendadora el cambio de la titularidad con el fin de no realizar un nuevo contrato de arrendamiento entre la propietaria del local y la actual titular del negocio. Por esta causa se plantea demanda para resolver el contrato de arrendamiento del local, en primera instancia se desestima, pero en la Audiencia se acuerda la resolución del contrato.

19.—Aplicación de los preceptos de la LAR. Valor en venta de las fincas.—Para excluir la aplicación de las normas de la vigente LAR, con base en la circunstancia 3.^a, del apartado 1 de su artículo 7, se habría precisado la acreditación de que, por cualquier circunstancia, ajena al destino agrario, se aprecie un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o zona a las de su misma calidad y cultivo, lo que en manera alguna se reconoce en los informes periciales en que se basa el Tribunal «a quo» para llevar a la solución desestimatoria de la demanda; al contrario, en el informe emitido para mejor proveer se expresa que en conjunto la casería afectada por el vínculo arrendaticio es de explotación análoga a las de la zona y su valor total no excede del duplo de su valor agrícola. Las circunstancias que pudieran determinar un mayor atractivo de las fincas comprendidas en el arrendamiento objeto de la controversia, son comunes a toda la zona central de la provincia de Oviedo y no privativa de la casería que nos ocupa. El artículo 7.1, 3.º LAR requiere —para excluir las normas de la misma LAR— en el ámbito comparativo, una diferencia valorativa conforme a fincas correspondientes a la misma comarca o zona. A lo anterior no obsta la alegación de que dos de las fincas comprendidas en el

caserío pudan tener, aisladamente consideradas por sus especiales características, un valor en venta superior a las restantes, ya que en un vínculo arrendaticio que comprende varias fincas lo a tener en cuenta no es la contemplación de alguna de las fincas de las varias que configuren en unidad un caserío dado en arrendamiento, sino la unidad configurada por todos los que lo integren.

Arrendamientos anteriores al Código civil. Apreciación de los hechos por el Tribunal Supremo.—Como tiene declarado esta Sala en la sentencia de 15 de julio de 1983, el Tribunal Supremo está facultado para el examen de los autos objeto del juicio, a fines de integrar adecuadamente el «factum» no explicitado con claridad por el juzgador de instancia en la sentencia objeto de recurso, y en tal sentido examinados dichos autos se aprecia que el vínculo arrendaticio data de tiempo del que no se da memoria de la fecha de su inicio procedente de padres y abuelos de la demandante, con manifestación de nacimiento de su madre en la casa integrada en dicho caserío en el año 1891, próximo en el ámbito temporal a la publicación del Código civil, con la consiguiente lógica presunción de que sus abuelos ya llevaban las cuestionadas fincas en el alegado concepto arrendaticio con anterioridad a la expresada publicación del mencionado Cuerpo legal.

Cultivador personal. Profesional de la agricultura.—La consideración de cultivador personal no se desvirtúa por la edad del arrendatario, ni situación de pensionista, porque, de una parte, a tal fin, según ya tiene declarado esta Sala en la reciente sentencia de 28 de enero de 1988, el carácter de cultivador personal, con proyección de profesional de la agricultura, surge de tratarse de una persona natural en la plenitud de sus derechos civiles, en dedicación con carácter preferente a actividades agrarias, con ocupación de maner efectiva y directa a la explotación, con la ayuda de hijos y nietos con ella convivientes, que posibilita el artículo 16.1 LAR, y que, según el párrafo segundo del mismo precepto, confiere la consideración de profesional de la agricultura. (STS de 3 de junio de 1988, ha lugar.)

HECHOS.—La demandante solicita el acceso a la propiedad de unas fincas rústicas por arrendamiento anterior al Código civil, trayendo causa de sus antepasados, y, subsidiariamente por ser dichos arrendamientos anteriores al 15 de marzo de 1935. La demanda es desestimada por el Juez de Primera Instancia, lo que confirma la Audiencia Territorial de Oviedo. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación.

20.—Daños causados por el arrendatario. Carga de la prueba. Relación entre el Código civil y la Ley de Arrendamientos Urbanos.—El tema a resolver según los términos en los que el primer motivo del recurso se plantea, acusando por la vía del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción del artículo 111 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que, en tesis de los recurrentes, debió ser aplicado por la sentencia impugnada, lo constituye el de si la normativa contenida en dicho precepto excluye la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.563 del Código civil, en orden a la prueba por el arrendador de que los daños sufridos en el edificio arrendado cuya indemnización se reclama, fueron dolosa o negligentemente producidos por el inquilino, y en este sentido lo primero que es de poner de relieve es que, como ya hubo de sentar la sentencia de esta Sala de 6 de diciembre de 1963 «la Ley Especial de

Arrendamientos Urbanos, dado su carácter específico, no recoge ni prevé todas las cuestiones que puedan derivarse de la relación arrendaticia, y en tales casos ha de recurrirse al Código Civil, pues dado su índole general se establece entre ambas mutuo y recíproco entendimiento», y así lo disponía de manera expresa el artículo 16 del Código sustantivo, hoy el número 3, del artículo 4 en la relación que le fue dada a su Título Preliminar por la Ley 3/1973, de 17 de marzo y Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, en cuanto regulaba el primero y lo hace el segundo, con virtualmente análogo contenido, que las disposiciones del Código se aplicaran como supletorias en las materias regidas por otras leyes, razón por la que posteriores sentencias de esta propia Sala, cual las de 9 de febrero de 1974, 24 de septiembre de 1983 y 18 de mayo de 1984, citadas en la resolución impugnada, y la más reciente de 6 de mayo de 1985, han sancionado la procedencia de la aplicación del artículo 1.563 del Código civil en cuanto atribuye —como expresó la sentencia ultimamente relacionada— la responsabilidad del deterioro o pérdida de la cosa arrendada al arrendatario en su condición de tal y, además, la que como deudor de la prestación le impone el artículo 1.183 del Código civil, salvo prueba en contrario, con exclusión del caso fortuito, y sin que ante la especialidad de esos preceptos pueda recurrirse al principio de distribución de «onus probandi», ya que la carga de la prueba viene impuesta por la normativa legal específica a una de las partes en el proceso, como consecuencia de una desgraciada incidencia, un incendio al igual que en el caso contemplado por la sentencia ultimamente citada.

«Ratio» del artículo 1.563 del Código civil.—Aseveración carente de fundamento habida cuenta de que el precepto —art. 1.563 del Código civil— que la resolución impugnada aplica contiene una declaración de responsabilidad que no deriva de una presunción de culpa, y sí de aquella otra significada por la circunstancia de que por hallarse el arrendatario en posesión de la cosa la más fácil demostración de que el evento dañoso se produjo por causas a él no imputables le corresponde, sin que ello signifique cuando así no acontece un ataque al principio constitucional de presunción de inocencia. (STS de 12 de diciembre de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Acuden los actores al Juzgado para reclamar a los arrendatarios de una vivienda de su propiedad las rentas que les adeudan junto con una indemnización por los daños y perjuicios causados a ésta y a su mobiliario. El Juzgado estima en parte la reclamación condenando a los demandados al pago de las rentas debidas. Apelan los propietarios, confirmando la Audiencia en parte la sentencia de instancia y condenado además a los arrendatarios al pago de la indemnización antes negada. Recurren éstos al Supremo alegando la vulneración de los artículos 111 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y 24,2 de la Constitución (R.G.S.).

21.—Póliza de seguro de vehículos de motor. Interpretación de las condiciones.—Cualquier duda que pueda ofrecer la coordinación de las condiciones particulares con las generales y su coherencia interna no debe favorecer a la recurrente, pues sería imputable a deficiencias de redacción sólo a ella misma atribuibles por tratarse de un contrato de los denominados de adhesión.

Interpretación del contrato.—Es función que compete a la Sala de instancia, cuyas conclusiones deben ser respetadas en casación, a no ser que puedan ser calificadas de absurdas o ilógicas. (STS de 22 de febrero de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—La fundamentación del recurso gira sobre la determinación de cuáles sean las condiciones particulares de una póliza de seguro de vehículos de motor, a cuyo respecto sostiene la compañía aseguradora que las mismas son las figuradas en el documento obrante en el folio 98 de los autos de primera instancia, mientras que la sentencia impugnada, confirmatoria de la dictada por el Juzgado, estima que las condiciones particulares de la póliza reseñada son las incorporadas al documento que aparece en el folio 99. La diferencia esencial entre unas y otras, en lo que hace a este proceso, radica en la inclusión o no de los familiares del propietario del vehículo, dado que se trata de indemnizar las lesiones sufridas por un hijo de aquél a consecuencia de un accidente de circulación (A.C.S.).

22.—Valoración del interés asegurado en los contratos de seguros contra daños.—De los tres valores que se refieren al interés asegurado —inicial, final y residual—, el realmente importante en un seguro de daños, indemnización o rescabimiento, es el segundo o valor inmediatamente anterior al siniestro (ver art. 26 de la Ley de Contrato de Seguro), cosa que nada tiene que ver con la suma asegurada o límite máximo de la prestación del asegurador (ver art. 27 de la Ley de Contrato de Seguro), y de ahí, que al tratarse de un problema de justicia intrínseca, la Audiencia aplique el valor real sobre lo pactado y respeto de una nave estime el sobreseguro, con obligación de indemnizar la totalidad del daño producido, y en cuanto a la otra el infraseguro o seguro parcial, aplicando a este caso la regla proporcional, pero con referencia a ese valor final (ver art. 30 de la Ley de Contrato de Seguro).

Interpretación de los contratos de seguros.—Se trata de proteger al asegurado como parte más débil, declarando la validez de las cláusulas que le sean más beneficiosas y si la cláusula es oscura, nunca puede ser lesiva para el asegurado, que se somete a un contrato con formulario-tipo o de adhesión; sólo se concede prevalencia de las cláusulas particulares sobre las generales si resultan más beneficiosas para el asegurado.

Principio de congruencia.—La base de hecho y el suplico y no la fundamentación jurídica es lo que determina la congruencia de la resolución judicial. El principio de congruencia lo único que impone es una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos en que las fundamentan, pero ni condena el «da mihi factum, dabo tibi ius», ni puede prescindir del «iura novit curia».

Coincidencias y diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.—El principio «alterum non laedere» es aplicable incluso cuando media una relación jurídica preexistente entre las partes, de la naturaleza jurídica que sea, si bien la responsabilidad contractual y extracontractual tienen su punto de arranque en la existencia o no de una relación negocial, con puntos de coincidencia comunes como son la producción de un daño o lesión, atribuibilidad del mis-

mo a un sujeto —imputabilidad— y deber de indemnizar o resarcir, tienen sus diferencias en que mientras la contractual nace como consecuencia lógico-jurídica del incumplimiento o infracción de los términos de un negocio; la extracontractual tiene su origen en un ilícito civil productor del daño, al margen o además de todo incumplimiento o infracción, todo lo cual determina que en ambas clases de culpa su finalidad sea reparadora, sin perjuicio de las específicas que puedan derivar del incumplimiento del contrato. (STS de 3 de febrero de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—La parte demandante, propietario de dos naves industriales contiguas, arrendó dichos locales a los demandados, los cuales suscribieron con una Compañía de seguros unas pólizas de seguro contra incendios. Años después, las dos naves ardieron, y debido a esta circunstancia los arrendatarios ya no siguieron pagando la renta fijada en el contrato de arrendamiento. El arrendador demandó a los arrendatarios para que le abonaran, no sólo los alquileres vencidos y no satisfechos, sino también los daños causados en las naves por causa del incendio; así como a la Compañía de seguros como responsable solidaria con sus asegurados hasta el límite garantizado en las pólizas. En ambas instancias, lo solicitado en la demanda fue estimado en parte.

23.—Responsabilidades por daños ambientales. Competencia de la jurisdicción civil.—Cuanto se recoge en las disposiciones administrativas se refiere a estados generales de perturbación del medio ambiente con graves situaciones para la población situada en determinadas zonas que por su generalidad están contemplando intereses públicos, lo que no puede equipararse a la lesión patrimonial por inmisiones dañosas en propiedades determinadas, cuyos titulares demandan el pertinente resarcimiento y el consiguiente remedio a la actividad ocasionadora del menoscabo, cuestiones éstas que son de la exclusiva competencia de los Tribunales del orden civil.

Observancia de las normas administrativas.—No coloca al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil de los perjudicados o interesados en orden a sus derechos subjetivos lesionados.

Relación de causalidad.—Es reiterada la doctrina de esta Sala que el tema de la relación de causalidad es de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora.

Prescripción de la acción.—La sucesión de actos provocan en su perjudicial progresión un resultado lesivo de actividad más acusada que la simple suma de los repetidos agravios, por lo que no puede decirse, mientras no desaparezca la causa determinante de dicho resultado antijurídico, que empieza a correr el plazo del año para la prescripción, al no resultar alterada tal situación, así contemplada en la sentencia, no puede decirse que hayan sido infringidos los artículos 1.968-2.º, 1.969 y 1.973 en relación con el 1.902 y 1.908 del Código civil. (STS de 16 de enero de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—Los propietarios de una finca y su hijo demandaron a una empresa siderúrgica por los daños patrimoniales y personales sufridos a consecuencia de las inmisiones de humos procedentes de un horno.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a la empresa contaminante a indemnizar a los demandantes y a llevar a cabo las medidas necesarias para que dejen de producirse los daños y perjuicios señalados. La Audiencia Territorial estimó en parte el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Esta sentencia es concorde con una reiterada doctrina jurisprudencial, que arranca fundamentalmente de la importante sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1980, y que mantienen las sentencias de 17 de marzo de 1981 y 3 de diciembre de 1987 (comentada por Alonso Pérez en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 15, pp. 5255-5269).

En esta sentencia, como en las citadas, se contemplan daños «ya causados» por inmisiones, aplicándose los artículos 590, 1.902 y 1.908 del Código civil. Como señala Roca Juan (*Sobre el deber general de respeto a la persona*, ADC, 1986, p. 780), nuestra jurisprudencia civil deja en pie el tema de la adopción de medidas que eviten la de otro modo inevitable producción (y no «reproducción») de los efectos dañosos, y también cuando la amenaza del daño se proyecte, no a un concreto derecho subjetivo (como es el de propiedad), sino a una situación jurídica de la persona, a sus intereses legítimos.

Es significativo que la sentencia considere de interés la cuestión planteada en el recurso de casación del *peligro latente* para las vidas humanas por el riesgo notorio de producir la contaminación graves dolencias a las personas, que según los recurrentes constituye un perjuicio, al menos moral, que debió haber sido considerado y valorado. Se trata, sin embargo, de una cuestión nueva, que no se plantea en el momento procesal oportuno.

No se ha planteado todavía ante nuestro Tribunal Supremo el importante problema de la legitimación para obtener la tutela preventiva y privada del interés difuso o colectivo a gozar de un ambiente sano y adecuado para el desarrollo de la persona, tal como ha sucedido en Italia (STC de 9 de marzo y 6 de octubre de 1979). El artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial admite la legitimación procesal de los grupos afectados (Gómez de Liaño, *La legitimación colectiva y el art. 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, en Justicia, 1986, pp. 554 y ss.).

Aunque el problema no se plantea específicamente en la sentencia, es importante subrayar que nuestra jurisprudencia propende a la objetivación de la responsabilidad por daños ambientales, siendo especialmente clara al respecto la mencionada sentencia de 12 de diciembre de 1980. Este criterio tiene un sólido apoyo en el artículo 1.908-2.º del Código civil.

También se alude en la sentencia a la cuestión de la relación de causalidad, muy problemática en esta materia, ya que en numerosas ocasiones la contaminación no procede de un único agente (se habla de la contaminación por sinergia). Esto explica que en la mayor parte de las sentencias sobre responsabilidad por daños ambientales se plantee

el problema de la relación de causalidad (véanse las sentencias de 19 de junio de 1980 y 14 de junio de 1982).

Sobre toda esta problemática pueden consultarse los citados estudios de Roca Juan y Alonso Pérez y mi trabajo *La responsabilidad civil por daños a personas o cosas a consecuencia de la alteración del medio ambiente y su aseguramiento*, en «Revista Española de Seguros», 1988, núm. 55, pp. 7-62 (A.C.S.).

24.—Determinación del importe del lucro cesante en el trámite de ejecución de sentencia.—Viene siendo doctrina muy reiterada y de larga tradición en nuestro sistema procesal, aquella que entiende que no es incongruente, ni infringe el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la sentencia que, condenando a indemnizar o entregar frutos o rentas deja para ejecución de la sentencia la determinación de la cuantía, fije o no las bases para la liquidación (sentencias de 28 de enero de 1919, 24 de mayo de 1924, 1 de marzo de 1926 y 26 de febrero de 1942), al paso que si la actora solicitó la condena, relegando su cuantificación al trámite de ejecución de sentencia, no puede el Tribunal practicarla por sí, sustituyendo la actividad de las partes (sentencia de 21 de diciembre de 1921).

Doctrinas en torno a la relación de causalidad.—La doctrina jurídica en torno a la problemática que plantea la relación de causalidad ha sido estudiada en profundidad por la doctrina y jurisprudencia, tanto en el orden penal en los delitos de imprudencia, como en el orden civil por los daños ocasionados por culpa extracontractual, habiéndose manifestado a través del tiempo dos doctrinas imperantes y sucesivas: la primera, aquella que vio la solución de todos los problemas que planteaba en la llamada equivalencia de las condiciones, entendida en el sentido de que se reputa como causa toda condición que hubiere contribuido a la producción del resultado, entendido condicionalmente en el aforismo *conditio sine qua non*, es decir, que el resultado no se hubiera producido si la condición no se hubiera dado; y la segunda, la conocida por la de la causalidad adecuada, que exige la determinación de si la conducta del autor del acto es apropiada para la producción de un resultado de una clase dada y determinada y, tan sólo en el caso de que la contestación fuere afirmativa, cabría apreciar la existencia del nexo causal para la exigencia de la responsabilidad, doctrina esta que, en los últimos años, impera tanto en el orden jurisprudencial penal como en el civil. Esta doctrina es perfectamente viable y aplicable a los supuestos de coexistencia de conductas contributivas en la relación de causalidad, demandando tan sólo para su solución la determinación de la contribución de cada conducta en la relación causal determinante del resultado. (STS de 25 de noviembre de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—El recurrido en casación reclamó ante el Juzgado de Primera Instancia los daños y perjuicios derivados de una grave inundación afectante a sus locales comerciales. En la demanda quedaba establecido que el siniestro se debió a la rotura de una cañería de abastecimiento de agua que no cumplía las reglas de seguridad técnicamente exigidas y, como concausa, a que el agujero abierto en la pared del sótano de los locales para entrada de la acometida eléctrica no estaba adecuadamente cerrado y estanco. Solicitaba en concepto de daños y

perjuicios una determinada cantidad a la que debía unirse en concepto de lucro cesante la que se determinase en el trámite de ejecución de sentencia. El Juzgado estima en parte la demanda condenando a Fuerzas Eléctricas del Noroeste, S. A., al pago de la indemnización. Recurre dicha entidad y la Audiencia entiende que la responsabilidad de los daños corresponde a Aguas del Norte de La Coruña, S. A., y a la mencionada empresa eléctrica en la proporción que la sentencia fija. Recurre en casación Aguas de La Coruña, S. A. El Tribunal Supremo declara no haber lugar (R. G. S.).

25.—Causa predominante.—Ya la sentencia de 13 de marzo de 1953 postuló la tesis de que en caso de concurrencia de conductas era obligado discernir la causa predominante, con el fin de declarar la responsabilidad total o compartida que pudiera haberse irrogado.

Incidencia en el nexa causal de la conducta del perjudicado.—La conducta del perjudicado cobra una importancia destacada cuando incida en el nexa causal, pues al compensar las conductas, valorando su incidencia en el nexa causal, se deduce la disminución en el quantum de la indemnización. No se trata tanto de compensar culpa con culpa —pues ello conduciría a criterios subjetivos—, sino de compensar conductas teniendo en cuenta criterios objetivos y abstractos como los movimientos reflejos, incontrolados o irreflexivos que incidan en la relación causal.

Moderación de la responsabilidad.—Como ya señaló la sentencia de 14 de octubre de 1957, siguiendo precedente de anteriores, cuando concurren la culpa del agente y la del perjudicado los Tribunales deben moderar la responsabilidad del primero y reducir, en proporción, su deber de indemnización, repartiendo el daño con el perjudicado. (STS de 1 de febrero de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—El 29 de septiembre de 1979 el niño de 8 años F.G.M. fue atropellado por C.B.H., encontrándose el menor en el margen derecho de la calzada, y habiéndose producido el atropello tras cruzarse el vehículo conducido por C.B.H. con un tractor que circulaba en dirección contraria. Como consecuencia del accidente el menor sufrió diversas lesiones físicas y cerebrales, éstas últimas irreversibles. El padre del menor reclama al conductor y propietario del vehículo la suma de 8.086.655 ptas., por los daños causados. En primera instancia se desestima la demanda, y en apelación se revoca parcialmente la sentencia, condenando al demandado al pago de 2.000.000 de ptas. El demandante recurre en casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

26.—Culpa extracontractual: muerte por electrocución: culpa exclusiva de la víctima.—La evolución experimentada por el principio subjetivista en la esfera de la culpa extracontractual hacia pautas propias de la responsabilidad objetiva, no permite en modo alguno la exclusión del básico principio de la responsabilidad por culpa, cuya exigencia precisa de un acto dañoso antijurídico, imputable a culpa o negligencia del agente, partiendo siempre del postulado de que la culpa de la víctima exceda a la del agente cuando es el único fundamento del resultado;

en el presente caso la muerte del operario por electrocución fue debida al fallo humano de la propia víctima, por no haber cortado previamente el paso de la corriente, elemental medida de cuidado y prevención, por lo cual los demandados deben quedar exonerados de la responsabilidad aquiliana exigida en la demanda.

Prueba: valor del informe pericial.—Según doctrina de esta Sala, aparte de que el informe pericial no cabe catalogarlo como documento, no es válido a los fines de evidenciar el error de hecho en la apreciación de la prueba, puesto que queda su valoración al libre criterio del juzgador sin más sujeción que a las reglas de la sana crítica. (STS de 31 de enero de 1989, no ha lugar.)

NOTA.—En la misma línea jurisprudencial véase la sentencia de 16 de diciembre de 1988 y su anotación en este mismo ADC (G.G.C.).

27.—Responsabilidad civil por accidente aéreo: acción ejercitada por herederos de los pasajeros contra herederos del piloto, mecánico mantenedor y propietario de la aeronave: legislación aplicable.—La Ley de Navegación Aérea dedica el capítulo XIII a regular la responsabilidad en caso de accidente, contemplando tanto la que se ocasiona en el transporte aéreo, como la contraída en la superficie terrestre por acción de la aeronave, no cabiendo duda de su aplicación al caso litigioso, conviniendo al Real Aero Club el concepto de operador que atrae la responsabilidad, entendiéndose por tal quien usa la nave cuando se causan daños, y quien, habiendo conferido directa o indirectamente el derecho a usarla, se ha reservado el control de la navegación, presumiéndose operador y responsable como tal al propietario inscrito en el Registro de Aeronaves, y ello pese a la absoluta indeterminación de las relaciones del mismo con los ocupantes de la avioneta, habiéndose constatado sólo que se efectuaba un vuelo ocasional desde el aeropuerto de Asturias al de Palma de Mallorca, a petición y probablemente en alquiler.

Coexistencia de la responsabilidad objetiva con la culpabilística.—Debe afirmarse la coexistencia de la responsabilidad objetiva, sujeta al plazo de prescripción de seis meses, con la responsabilidad por culpa, al amparo del artículo 5, párrafo 2 de la Ley y de la jurisprudencia de esta Sala; así la sentencia de 3 de mayo de 1968 —aunque en un caso disímil del presente—, y la del 17 de julio de 1987 en un caso muy similar al presente; en consecuencia, si se prueba la existencia de culpa en el operador será exigible, conforme a las normas comunes la responsabilidad que proceda, debiendo observarse que la limitación de la responsabilidad objetiva procede de su automatismo, y se compadece con su singular plazo de prescripción y con la obligación de asegurarla.

Negligencia del Real Aero Club.—El accidente se produjo por una avería en los depósitos de carburante, lo que no hubiera ocurrido de hallarse el aparato, al iniciar el vuelo, en las debidas condiciones de aptitud para efectuarlo, lo cual denota que se negligió el mantenimiento, constante y eficaz, que le es exigible al operador que autoriza el vuelo, por cualquier título; debiendo advertirse que la simple existencia del certificado de aeronavegabilidad no es bastante para eliminarla.

Ausencia de culpa en el piloto.—El piloto debe cerciorarse, antes de la salida, de las condiciones técnicas de aeronavegabilidad y con ese designio inspeccionar

el aparato, comprobando el funcionamiento de los instrumentos a bordo, y debe obtener los datos concernientes al plan de vuelo, y está facultado para emprenderlo o suspenderlo; en el caso consta que los depósitos de carburante estaban llenos en el momento del despegue y el accidente sobrevino dentro del tiempo de autonomía previsto; por todo ello debe excluirse la responsabilidad del piloto que actuó como Comandante de la aeronave.

Seguro obligatorio: póliza en suspenso por falta de pago de las primas.—Con anterioridad a la vigencia de la Ley del Seguro se aplicaba el artículo 385 del Código de comercio conforme al cual el contrato se regía por los pactos lícitos contenidos en cada póliza o documento, y así ocurrió que expirado el plazo de validez, por falta de pago de la prima, y el subsiguiente plazo de gracia de 30 días naturales, se produjo respecto de esta póliza el efecto previsto en el artículo 16 de las condiciones generales de quedar en suspenso la garantía del seguro, que ya no ha recobrado sus efectos por cuanto no se hizo efectiva dicha prima, ni antes ni después del siniestro. (STS de 10 de junio de 1988, ha lugar.)

NOTA.—Cuidada sentencia de la que ha sido ponente Serena Velloso, notable por la detallada y rigurosa argumentación encaminada a la estimación del recurso, al menos en parte, interpuesto por las víctimas de un luctuoso accidente aéreo, en el que aleteaba la sombra de la prescripción semestral y la falta de un seguro válido. Dice Lacruz, *Elementos*, II-1.º, 2.ª ed., Barcelona, 1985, p. 603, que «el régimen de la responsabilidad por accidente aéreo es más beneficioso para el empresario que el régimen normal de la responsabilidad extracontractual y mucho más que el de la contractual», razón por la cual la sentencia se ha esforzado por atraer los hechos al campo de acción del 1.902. Sorprende no poco que puedan volar avionetas particulares sin estar cubiertas sus posibles responsabilidades por una adecuada póliza de seguros (G.G.C.).

28.—Culpa extracontractual: muerte por electrocución de niño en poste de alta tensión: culpa exclusiva de la víctima: doctrina general.—Es de tener muy en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante del resultado dañoso, indudable resulta por aplicación de los principios de la justicia distributiva, conmutativa y social, así como el de la seguridad jurídica, que no existiendo en nuestro derecho positivo la figura de la denominada *responsabilidad objetiva en su estricto y exacto significado* de responsabilidad civil talional, y menos aún en el Código civil, cuando quedó probado, no sólo que la entidad demandada ha cumplido, hasta la saciedad, las exigencias reglamentarias, sino que además, el resultado se ha producido exclusivamente por la actividad de la víctima, aunque la conducta de la misma en este caso no deba ser calificada de negligente y sí de natural dada su edad de 11 años, ello, a la vez que refuerza la ausencia de culpa en la demandada, acreditada la concurrencia de unas circunstancias excepcionales en orden a la producción del resultado lesivo, representadas en este caso por causas impensadas y por ello fuera de los límites de la «debida y adecuada conducta del buen padre de familia», o incluso del «sentido común», inherentes y características de la conducta y reacciones de los menores, razones que impiden acceder a la reclamación de

los padres del menor fallecido, ya que ello equivaldría a la aplicación rígida y estricta de la responsabilidad objetiva, en una medida que ni siquiera en la normativa de los accidentes derivados de vehículos de motor e incluso nucleares es admitido. (STS de 16 de diciembre de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—Con esta, y otras sentencias del mismo tenor, parece que el Tribunal Supremo desea fijar con claridad los límites dentro de los cuales encuentra aplicación la abundante doctrina jurisprudencial elaborada sobre el artículo 1.902, y que cabe sintetizar así: 1) La responsabilidad objetiva en sentido estricto no encuentra aplicación en nuestro derecho positivo, no pudiendo calificarse de tal ni la responsabilidad por accidentes de circulación ni por daños nucleares; 2) El resultado dañoso producido exclusivamente por la actividad de la víctima no origina responsabilidad para otra persona, por aplicación de los principios de la justicia conmutativa, distributiva y social, así como el de la seguridad jurídica, si bien tal exención de responsabilidad tendrá carácter excepcional. Se trata, a lo que entiendo, de límites infranqueables o de un mínimo umbral que no puede franquearse sin subvertir nuestro sistema de culpa extracontractual. Otros argumentos resultan menos convincentes (tal el de que la entidad demandada ha cumplido, hasta la saciedad, las exigencias reglamentarias), o la precisión de no poderse calificar de «culposa» la conducta de la víctima de 11 años de edad (aclaración terminológica, obvia por lo demás). Sentencia clarificadora cuyo ponente (Martín-Granizo) es autor de excelentes estudios doctrinales sobre el tema (G.G.C.).

29.—Culpa extracontractual: atropello de ciclomotor por turismo: concurrencia de culpas: mayor responsabilidad del conductor del turismo.—Es de estimarse una cierta concurrencia de culpa de la víctima en la producción del accidente, originada por no haber extremado las precauciones en orden a asegurarse de que podía efectuar sin riesgo la maniobra de adelantamiento, lo cual no significa exención de responsabilidad para el conductor del turismo, toda vez que el acontecer de la colisión se debió mayormente a la maniobra de su propio adelantamiento, efectuada con poco cuidado y sin la diligencia suficiente para eludirla, es decir, su falta de diligencia es de superior entidad cualitativa que la apreciada en la víctima. Hasta el punto de que es aquel conductor a quien debe atribuirse la producción del daño.

Ciclomotor que circula sin espejo retrovisor: prueba por indicios.—La sentencia recurrida omite un dato relevante contenido en el atestado de la Guardia civil de Tráfico sobre la apreciación en que pudo producirse el accidente, relativo a la inexistencia de espejo retrovisor en el ciclomotor, sobre la base de que no fue hallado y de que su soporte de metal estaba roto y con existencia de óxido en el centro de la rotura, deduciendo de ello que hubiera resultado roto en alguna caída anterior y no hubiera sido repuesto; por lo cual la Audiencia ha incurrido en error en su función valorativa de prueba pues dicho dato negativo denotaba un quehacer exento de la necesaria diligencia y que obligaba al conductor del ciclomotor a extremar cualquier maniobra de giro hacia la izquierda que proyectase, al no disponer de receptor visual respecto de los vehículos que le siguiesen en el sentido de su marcha, por lo que la ejecución de maniobra de esa naturaleza

requerida, además de la señalización manual, una comprobación visual de que podía hacerse sin peligro, más dificultosa ante la ausencia de retrovisor.

Sentencia en juicio de faltas: eficacia civil.—Es doctrina reiterada que las sentencias, resoluciones, diligencias y testimonios procedentes de la jurisdicción penal, no pueden enervar, prejuzgando, la estimación probatoria que en lo civil compete al Juez, guiada por motivaciones distintas y por una propia apreciación de las pruebas practicadas en el juicio civil, incluidos los documentos del orden penal traídos al amparo del artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que pueden ser valorados de modo distinto a lo hecho en la jurisdicción penal.

Reducción de indemnización a los herederos de la víctima.—La meritada concurrencia de culpa —no compensación— por parte de la víctima del accidente, conlleva necesariamente una reducción en la cuantía del daño indemnizable, que, ponderando la entidad cualitativa de la indicada culpabilidad, deberá establecerse en el 25 % de la fijada por la sentencia recurrida. (STS de 30 de junio de 1988, ha lugar.)

NOTA.—Parece excesiva la deducción que hace esta sentencia sobre la base de un hecho consignado en el atestado de la Guardia Civil de Tráfico, consistente en que el ciclomotor de la víctima no tenía espejo retrovisor. Ciertamente tales informes periciales suelen ser emitidos con competencia, cuidado y precisión, por lo que resultan de gran utilidad para los Jueces en materia penal. Otra cosa es el proceso civil en el que suelen intervenir otros medios de prueba que completan o —desvirtúan— aquellos informes. No parece que en este caso se aportara prueba exhaustiva sobre el modo de originarse la colisión, deduciéndose únicamente que el turismo al adelantar a un vehículo se enfrentó al ciclomotor que también había iniciado un adelantamiento por su izquierda. No tener espejo retrovisor sólo permite argüir sobre la mayor dificultad para maniobrar, pero no que lo hiciera con negligencia. La misma sentencia no se expresa de modo categórico (habla de «una cierta concurrencia de culpa»). La indemnización para la viuda y siete hijos se reduce de nueve millones a 6.750.000 ptas. (G.G.C.).

30.—Culpa extracontractual: responsabilidad por muerte en el postoperatorio: negligencia del anestesista y del centro sanitario.—Con base en el artículo 1.902 se señala la culpabilidad por negligencia del anestesista, como encargado de la reanimación, por el rápido traslado del operado, dadas sus características, así como del centro sanitario que, en el carro de asistencia, no contaba con los tubos para el oxígeno del calibre adecuado.

Relación de causalidad: insuficiente aportación del oxígeno en situación de parada respiratoria: paciente bronquítico.—No puede razonablemente sostenerse la indiferencia del hecho de que, ante la parada respiratoria, es fundamental la aplicación masiva de oxígeno, mientras que el paciente sólo recibió el 21 % de la cantidad adecuada, tratándose de persona de 60 años, bronquítico, fumador y bebedor importante, todo lo cual no puede resultar carente de influencia en el nexa causal, medido con criterios razonables según doctrina de esta Sala; la no aplicación de oxígeno crea un riesgo añadido al de la situación inicial de per-

sona intervenida quirúrgicamente de abdomen agudo, por úlcera duodenal perforada, lo cual era conocido por el profesional encargado de la reanimación, y al no ser subsanado, viene a constatar su falta de previsión y la del centro asistencial en donde se produjo el accidente.

Artículo 1.903: responsabilidad del INSALUD.—Es de apreciar la responsabilidad del INSALUD como organismo público, cuya función se lleva a cabo en centros sanitarios que están bajo su dependencia o inspección.

Solidaridad.—La responsabilidad determinada por el artículo 1.902 es solidaria entre los causantes directos, cuando no se puede establecer, como en este caso, una distinta intensidad en la producción del desenlace y, a su vez, solidaria con quienes sean estimados responsables por aplicación del artículo 1.903. (STS de 7 de junio de 1988, ha lugar.)

NOTA.—Contiene esta sentencia una cuidadosa delimitación de responsabilidades subsiguientes a la muerte de una persona quirúrgicamente intervenida. De la prueba realizada deduce que no existen responsabilidades en los facultativos que efectuaron ésta, sino que cuando el paciente, después de cinco minutos de recuperación en el quirófano, fue trasladado por dos celadores a su habitación, se advirtió en el trayecto cianosis, por lo cual fue enviado a la UVI en estado de coma y allí falleció a los 20 días. Parece que fueron concausas concurrentes: el traslado demasiado rápido del paciente a su habitación y la circunstancia de carecer el carro de transporte de tubos de oxígeno con el calibre adecuado para un suministro masivo, sin que pueda precisarse la incidencia determinante de uno y otro hecho en la muerte por descerebración del paciente. Se invoca la causalidad razonable para imputar la responsabilidad por negligencia profesional al anestesista y a la Residencia Sanitaria. Ninguna duda de la responsabilidad del INSALUD con base en el 1.903. Tampoco en la solidaridad entre todos los responsables, única forma de asegurar la efectividad de la indemnización, fijada en seis millones de pesetas, en favor de la esposa y tres hijos. En primera y segunda instancia se había desestimado la demanda. La habitual complejidad de los hechos que suelen integrar supuestos como el presente hace difícil un pronunciamiento tajante, sin embargo, las deducciones de esta sentencia parecen adecuadas y convincentes (G.G.C.).

4. DERECHOS REALES

31.—Títulos dominicales. Prueba del dominio. Valor de la Inscripción registral. Circunstancias físicas de la finca.—El tema debatido es concretamente el de la confrontación de los títulos dominicales que se ostentan por ambas partes sobre los predios poseídos de hecho por la demandada, al margen del Registro de la Propiedad, ya que sólo se rectifican errores descriptivos y de hecho de la inscripción registral a favor de la demandada, que sustancialmente permanece como tal finca y titularidad inscrita, habida cuenta de que la inscripción solo protege a ésta última como definición jurídica del ente o predio registral pero no sus circunstancias físicas. (STS de 6 de febrero de 1947.)

Ambito de la fe pública registral: protección del tercero hipotecario. Error en la descripción de los linderos de la finca.—El Registro de la Propiedad solo proyecta su protección sobre la extensión, existencia y titularidad de los derechos, es decir, sobre el contenido jurídico de la institución. La presente controversia estriba únicamente en la confrontación de títulos dominicales que se ostentan por las partes sobre las parcelas poseídas de hecho por la demandada, al margen del Registro de la Propiedad y que al comprobarse que los títulos recaen sobre dos fincas distintas, identificadas como tales, ni puede darse el fenómeno patológico tubularmente diciendo, de la doble inmatriculación, ni tampoco, consecuentemente, la protección de la fe pública registral a favor del tercer adquirente que es al que se refiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues se trata de una ocupación indebida de la finca del actor, con el apoyo del error registral del lindero sur de la finca de la demandada, que por su característica topográfica o física queda fuera del amparo de los libros hipotecarios. No hay por tanto ni la situación prevista en el artículo 34 de la LH aludido, ni la contemplada en el artículo 313 de su Reglamento.

Usucapion secundum tabulas.—No puede estimarse la «usucapion secundum tabulas» a favor de la demandada, porque se está en presencia de dos inscripciones registrales de fincas distintas identificadas sin lugar a dudas en autos. (STS de 8 de febrero de 1989, no ha lugar.)

NOTA.—Plantea esta sentencia, entre otras, una cuestión referente al ámbito de la fe pública registral y los datos físicos de la finca. Puede considerarse afirmación indiscutida en doctrina y jurisprudencia que la fe pública registral no se extiende —no podría— a las características físicas de la finca (cabida superficial, tipos de cultivo, etc.); no ocurre lo mismo cuando se trata de los límites de la finca. Los linderos de la finca señalan hasta donde llega el derecho, por lo que —opinan algunos autores— no puede decirse que se trata de una cuestión física indiferente para la situación jurídica. En el caso presente, el error fáctico en la determinación del lindero sur de la finca supone que el derecho de propiedad de la demandada incluye las parcelas que le reclama el Ayuntamiento. Cuando la demandada invoca en su favor la aplicación del artículo 34 LH, el Tribunal Supremo contesta que las características topográficas o físicas no están amparadas por el Registro; nótese que en ningún momento se niega que la demandada reúna los requisitos del artículo 34 LH, por lo que podríamos suponer que adquirió la finca identificada con los linderos cuya rectificación ahora se pide— de buena fe, a título oneroso de quien en el registro aparecía como legitimado para transmitirla. No parece que sea jurídicamente intrascendente afirmar que su derecho de propiedad no se extiende a los límites publicados por el registro, porque estos erróneamente incluyen una franja de terreno que pertenece a otro.

Existe, sin embargo, otro dato a tener en cuenta: según parece, las parcelas reclamadas por el Ayuntamiento estaban inmatriculadas como finca independiente en otro folio e inscrita a su favor; no estaban —por tanto— inscritas a favor de la demandada como finca independiente, sino que resultan incluidas en la descripción de los límites de

la que efectivamente pertenece a la demandada; y —dice el TS— «el resto de la finca de la demandada, sobre la que lógicamente no se reivindica ningún terreno, no es punto a decidir en esta contienda judicial». Por la misma razón se niega la «usucapión secundum tabulas» a favor de la demandada: por el hecho incontrovertible de la distinción de fincas (registrales).

Podría decirse que nos encontramos con todo rigor el carácter formal del Registro de la propiedad. Poco importa que desde un punto de vista material la finca que tiene inscrita la demandada comprenda la que reivindica el Ayuntamiento; formalmente no la comprende, porque el Registro no se extiende a datos materiales. Una vez probado el error en la fijación del lindero, y habiéndose solicitado la cancelación del Registro en lo que se refiere a esa determinación, ni puede jugar la protección del artículo 34, ni «usucapión secundum tabulas» de lo que nunca debió constar el folio de la finca de la demandada. En definitiva, no puede invocarse adquisición a non domino ni «usucapión secundum tabulas» por quien no es titular registral de la finca reivindicada. El terreno que reclama el Ayuntamiento constituye en el Registro finca independiente, inscrita a favor del propio Ayuntamiento.

El Tribunal Supremo —en varias ocasiones— apoya sus afirmaciones en el hecho de no existir doble inmatriculación, lo que parece discutible: la doble inmatriculación puede ser parcial, es decir, que una finca esté doblemente inmatriculada sólo en una porción de ella y superpuesta: que una finca se encuentre comprendida en la descripción de otra mayor. De todas formas y de aplicarse el criterio jurisprudencial prevalente en materia de doble inmatriculación, la controversia planteada se debe igualmente resolver al margen del Registro, atendiendo a los datos extrarregistrales y al mejor título según las normas de Derecho Civil (I.G.P.).

32.—Prestación de técnicas informáticas.—No tiene, necesariamente, una calificación uniforme, puesto que puede consistir en un contrato de actividad asimilable al de arrendamiento de servicios, o un contrato de resultado, dentro del concepto genérico de arrendamientos de obra, y puede concertarse concesión de la propiedad de los programas.

Transmisión de la propiedad de los programas de ordenador.—No es consecuencia natural del contrato la transmisión de la propiedad de los programas, pues ésta no puede extenderse a la peculiar disposición de los elementos que constituyen un trabajo de creación, sino que alcanza únicamente a los objetos confeccionados según esa disposición, por lo que la transmisión de la propiedad depende de lo pactado en cada caso. (STS de 12 de diciembre de 1988, ha lugar.)

HECHOS.—Una sociedad anónima y un centro de cálculo y tratamiento informático celebraron un contrato por virtud del cual este último efectuaría determinados trabajos de ordenador. En la demanda el centro de cálculo solicitó el pago de una cantidad por los trabajos realizados, a lo que se opuso la sociedad demandada, formulando reconvencción en la que solicitó el pago por la actora de la cantidad corres-

pondiente a gastos de la reconviniente debidos a que aquélla se había negado a entregarle los programas que confeccionó y que pasó a ser de su propiedad, según lo pactado.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la reconvencción. La Audiencia Territorial estimó la demanda y desestimó la reconvencción. Prospera el recurso de casación.

NOTA.—Es evidente que el contrato de elaboración de programas de ordenador puede ser de obra o de servicios, como destaca la sentencia y en nuestra doctrina Delgado (*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1989, pp. 1349 y ss.). Todo depende de que la prestación del programador sea de resultado o de actividad, lo cual deriva de lo que hayan pactado. En la doctrina italiana se considera que el *computer service contract*, existiendo silencio de las partes, corresponde al *appalto* de servicios (Alpa, *I contratti di utilizzazione del «computer»*, en *Trattato di Diritto privato*, dirigido por Rescigno, t. 11, vol 3.º, Torino, 1984, p. 106).

Es plenamente acertada la afirmación del Tribunal Supremo, en la sentencia que anotamos, de que la transmisión de la propiedad del programa no es una consecuencia natural del contrato celebrado por las partes. Hay que atender a lo pactado (A.C.S.).

33.—Propiedad horizontal: elementos comunes: pistas de tenis de la urbanización.—Interpretación del artículo 38 par, 2.º LH.: Según una ya asentada doctrina jurisprudencial, recogida últimamente en las sentencias de 6 de julio y 24 de noviembre de 1987, superando una anterior interpretación rigurosa del artículo 38, párrafo 2.º LH que exige el ejercicio previo, o al menos coetáneo, con la acción contradictoria del dominio inscrito, de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral, se pasa a la más actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro, sin solicitar nominal ni específicamente la nulidad o la cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita una petición de nulidad o cancelación del asiento contradictorio, y no puede ser causa, haciendo uso de un error u omisión en el suplico de la demanda, se inadmita ésta, y por tanto se deniegue la petición respecto a la titularidad dominical; en consecuencia, puede pedirse la rectificación del Registro en trámite de ejecución de sentencia, cuando la nulidad o cancelación de la inscripción, ya sea total o parcial, fuere una consecuencia del juicio y no hubiere terceros interesados.

Identificación de la finca.—Siendo la identificación de la finca uno de los siguientes requisitos esenciales que han de concurrir para el éxito de la acción contradictoria del dominio, su falta debió ser atacada al amparo del artículo 348 del Código civil.

Interpretación de contrato: venta de chalets independientes dentro de la misma urbanización.—La interpretación de los contratos es función encomendada al Tribunal de instancia, cuyo resultado ha de prevalecer en casación, salvo que las conclusiones obtenidas sean ilógicas, absurdas, desorbitadas o arbitrarias, o estén

en pugna con las pautas legales señaladas para la tarea hermenéutica; defectos que no se aprecian en este caso pues la Sala, mediante un análisis sistemático del conjunto contractual como un todo, a tenor del artículo 1.285 del Código civil, llegó a una conclusión coherente con la finalidad perseguida por los contratantes, que no era otra que la adquisición de chalets independientes, comprendidos todos ellos dentro de una misma finca formando una urbanización, consistiendo los elementos comunes en los viales, apasos, fosos, pozos y servidumbres, canalizaciones, conducciones y servicios de gas, electricidad, aguas potables, pluviales y residuales, y en los parques, jardines, pistas de tenis y cualesquiera otros cuyo destino y naturaleza sea el de los servicios comunes en toda la superficie y altura.

Prevalencia del título constitutivo de la propiedad horizontal sobre el de adquisición de cada departamento.—En caso de contradicción, los títulos de adquisición de los departamentos o espacios concretos que van a integrar la propiedad privativa del comunero, no pueden prevalecer sobre los constitutivos de la propiedad horizontal en que se describen los elementos comunes.

Buena fe.—Se aplicó rectamente el artículo 1.258 del Código civil pues sometida la propiedad horizontal a la Ley de 1960, según consta en su título constitutivo, resulta aplicable el artículo 3 b) de la misma, que establece la copropiedad con los demás condueños de «los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes», entre los que figuran las pistas de tenis litigiosas, lo que impide que las mismas puedan pertenecer a terceros no integrantes de la comunidad.

Estatutos de la comunidad de propietarios: aprobación por la promotora.—Declarado en relación con el título constitutivo de la Comunidad de Propietarios de la Urbanización que, según se desprende las actas de la comunidad de fechas 19 de septiembre y 31 de octubre de 1981, se presentaron los mismos en la primera y siendo aprobados por unanimidad en la segunda, y que ambas reuniones asistió la sociedad vendedora, representada por la misma persona física que también en nombre de aquélla otorgó la mayoría de los contratos de compraventa, y cooperó con su voto a su aprobación, no puede negarse la intervención de la promotora en la aprobación de dichos Estatutos. (STS de 25 de enero de 1989, no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia importante (Pte. González Poveda) en orden a los siguientes puntos: 1.º) Confirmación de la reciente doctrina jurisprudencial que flexibiliza la interpretación del artículo 38, párrafo 2.º LH, cuya exigencia rigurosa, al decir de la doctrina «no se halla plenamente justificada y ocasiona decisiones de dudosa equidad» (Lacruz y Sancho Rebullida, *Derecho inmobiliario registral*, 1984, p. 146). 2.º) Aceptación de la corriente doctrinal favorable a aplicar las reglas de la propiedad horizontal a las urbanizaciones privadas de tan variada configuración (cfr. Res de 2 abril de 1980). Y 3.º) Salir al paso de la frecuente picaresca que se produce en el mercado inmobiliario, sobre todo en fase publicitaria y de promoción de ventas, dando prevalencia al contenido del título constitutivo de la propiedad horizontal sobre el particular de cada adquirente de un chalet o departamento. El objeto del litigio era la acción declarativa de dominio sobre unas pistas de

tenis que la promotora había cedido al Ayuntamiento. En realidad hubiera podido invocarse el artículo 8,1 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios de 1984, a cuyo tenor éstos podrán exigir las condiciones y garantías ofrecidas, en la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado. Cabe conjeturar que las pistas de tenis se incluyeron en la publicidad inmobiliaria (también en el título constitutivo de la propiedad horizontal según sentencia), pero no así en los contratos individuales. Aparte la aludida omisión de una normativa vigente, la doctrina de esta sentencia es de aprobar plenamente (G.G.C.).

34.—Declaración de nulidad del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley hipotecaria.—Como quiera que los principios de especialidad y publicidad, características del orden inmobiliario han de verse cumplidos para la eficacia del negocio jurídico aquí contemplado, quierese decir, que en cuanto a terceros como lo es en el orden cambiario el hoy recurrente, no puede apoyarse para establecer el «*factum*» de la controversia suscitada en documentos que no sean los mismos que sirvieron de títulos para iniciar el procedimiento especial de ejecución cuya nulidad se demanda en este procedimiento declarativo, es decir, las letras de cambio y la escritura de constitución de hipoteca previamente inscrita en el Registro de la Propiedad porque en torno a ellos, giran las determinantes de la idoneidad o no del proceso del artículo 131 de la Ley hipotecaria.

En conclusión que la intención de los contratantes vertida en la suscripción de las letras de cambio y otorgamiento de la escritura de hipoteca, no podía ser otra que la de facilitar el éxito de cobro de aquellas sujetando de antemano bienes concretos a tal menester. La firma de la escritura de hipoteca y de las letras de cambio, verificada en acto conjunto, con expresión en la escritura de todos los datos y características de los títulos valores y la mención detallada de la garantía constituida para su buen fin en los propios títulos valores ha de hacer prevalecer la tesis de que la intención de las partes era la de que el derecho de hipoteca se transmitía sucesiva y paralelamente a la enajenación que pudiera operarse en dichos títulos valores. En consecuencia, si la hipoteca y los títulos valores que aquella garantiza en su plena satisfacción están perfectamente individualizados en la inscripción registral, el tenedor eventual legítimo según la cadena de endosos está igualmente legitimado para promover tanto la acción cambiaria como la hipotecaria. (STS de 7 de junio de 1988, no ha lugar.)

35.—Servidumbres de vistas.—La sentencia impugnada, confirmatoria de la dictada en primera instancia, rechaza la demanda interpuesta por la actora, en juicio de menor cuantía, en la que pretendía continuación de obra paralizada, por estimación del interdicto de obra nueva planteado por los ahora demandados, al declarar que tal obra nueva afectaba a sus derechos, favorecidos por la titularidad de una servidumbre de no obstaculizar las vistas, que desde su predio se proyectaban lateralmente hacia la zona del mar, ya que la actora construye una estructura metálica de 2,70 metros de altura, con perfiles de aluminio, formando marcos en los huecos laterales y frontales a partir de su fachada principal, obstruyendo parcialmente las vistas de las terrazas posteriores de casas de la misma calle contraviniendo lo que resulta de la inscripción registral de la finca de la

demandada que dice: «El edificio que se construya en esta finca, deberá emplazarse doce metros de distancia de la calle, de suerte que quede sin edificar a lo largo de dicha calle, una zona de la anchura indicada con lo cual podrá levantarse, en ningún tiempo, pared alguna mayor de ochenta centímetros a fin de no impedir las vistas a los solares vecinos».

En fin, la citada limitación, tal como consta en los títulos registrales ha sido bien interpretada por la sentencia recurrida, como servidumbre de no impedir las vistas, servidumbre negativa ya conocida en el derecho clásico romano como servidumbre *ne prospectui officiat* (no obstaculizar las vistas) que comprende no solamente su eliminación total, sino 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, lo que se traduce en un aspecto de la servidumbre que comprende para su efectividad, la denominada en derecho clásico romano *altius non tollendi*. (STS de 11 de noviembre de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—En las *Partidas* ya se hacía alusión a la *servitus altius non tollendi*; es decir, se trata como explican los comentaristas clásicos de una servidumbre predial urbana que acarrea la prohibición de edificar sobre el fundo sirviente, o al menos de edificar pasada una determinada altura, en provecho del fundo dominante que gozará de luz, aire o vista sobre aquél. Como dice Doral, en ausencia de una regulación concreta en el Código civil, a la *servitus altius non tollendi* le son aplicables, dice, las normas que dentro del Código civil, corresponden a las servidumbres no aparentes, aquellas que no exigen indicio alguno exterior de existencia, es decir, signos visibles y permanentes, y, continuas, ya que el uso o ejercicio es incesante sin necesidad de hecho actual del hombre. Se trata por tanto de una servidumbre negativa que tiene por contenido un *non facere* que se ejercita con la simple conservación de un estado de hecho en el serviente.

36.—Tercería de dominio.—Bienes gananciales. En las capitulaciones matrimoniales otorgadas por la demandante y su esposo, el 21 de septiembre de 1981, se hacía expresa mención del embargo existente sobre los bienes que ahora la esposa reclama en la tercería, así como que los otorgantes de aquellas capitulaciones aceptaron los bienes adjudicados —entre ellos los que lo fueron a la esposa— con las cargas reseñadas.

Cuestionada no la propiedad de los bienes anteriormente gananciales y después adjudicados a la esposa en capitulaciones, sino la posibilidad de hacer efectivos sobre ellos los derechos de terceros adquiridos con anterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial, esta modificación no puede conforme al artículo 1.322 —hoy 1.327 del Código civil— perjudicar tales derechos con el argumento que la gratuidad del aval prestado por el esposo, constante el régimen de gananciales, gratuidad que deriva de su carácter mercantil —art. 441 del Código civil— obstaculiza conforme al párrafo 1.º del artículo 1.413 del Código civil en su redacción aplicable al caso, que los gananciales se vean afectados. Puesto que como ha reconocido este Tribunal (STS de 11 de abril de 1972; 13

de marzo y 29 de diciembre de 1987) carente el contrato de préstamo cuyo cumplimiento avaló el esposo, de la nota de la gratuidad tanto en su nacimiento como en su finalidad, al estar suscrito el aval por el marido constante el régimen de gananciales y redundar en interés de la familia, al ser prestado en defensa o beneficio de una empresa de carácter familiar, el afianzamiento en tales condiciones es claro que obligan a los gananciales. (STS de 18 de noviembre de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—La responsabilidad de los bienes gananciales es clara en situaciones como la que se describe, por cuanto la modificación del régimen económico constante el matrimonio no puede perjudicar derechos ya adquiridos por terceros y cuya responsabilidad corresponde al consorcio ganancial —maxime si a mayor abundamiento, es clara la naturaleza del gasto producido para atender una carga familiar.

Tal estado de cosas, como ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia, no puede verse alterado por la escritura de capitulaciones matrimoniales y separación de bienes, con liquidación de la sociedad de gananciales puesto que la regla de la mutabilidad del régimen económico constante matrimonio no puede perjudicar derechos adquiridos por tercero. Repárese que en el presente caso los otorgantes de aquellas capitulaciones aceptaron los bienes adjudicados con las «cargas reseñadas», por lo que es perfectamente lógico embargar bienes adjudicados —tras la liquidación— a la esposa por deudas contraídas durante la vigencia del régimen económico de gananciales.

Resumen muy bien los efectos los profesores Díez Picazo y Gullón: así explican como el cónyuge que contrajo una deuda constante matrimonio acuerda con el otro la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales y el establecimiento para el futuro de un régimen de separación de bienes.

Generalmente, se adjudican al cónyuge no deudor los bienes inmuebles por ser más fáciles de agresión por los acreedores quedándose el deudor con los de menor valor o de más difícil identificación a estos efectos. En estas circunstancias, el cónyuge no deudor se apresura a inscribir en el Registro de la Propiedad los bienes que se le han adjudicado, que formalmente por lo menos serán privativos. El conflicto se plantea cuando el acreedor no satisfecho pretende embargarlos, alegando la protección que le brinda el artículo 1.317.

La Dirección General de los Registros accede a la anotación del embargo pedido en el mandamiento judicial correspondiente, si en el mismo consta que la deuda ha de ser satisfecha sobre el patrimonio ganancial, y el cónyuge no deudor ha sido notificado de la traba del bien respecto al cual se ordena la anotación (Resoluciones de 16 de febrero, 29 de mayo, 18 y 24 de septiembre de 1987).

37.—Relación de vecindad.—La permisión de abrir huecos o ventanas contenida en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 144 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón no es más que un acto meramente tolerado y potestativo, como simple relación de vecindad, que no engendra derecho alguno en quién lo realiza, ni obligación alguna en quien lo soporta, sin embargo, no puede ser jurídicamente permisible que pretendiendo acogerse a ese incuestionable derecho que le concede

el Estado, párrafo 3.º del artículo 144 de la aludida Compilación el dueño del fundo sobre el que aparecen abiertos tales huecos trate de cerrarlos o taparlos sin realizar, como establece dicho precepto alguna construcción o edificación que en el caso que nos ocupa, le viene prohibida hasta ahora por la autoridad municipal, sino estrictamente mediante un simple tabicón levantado con esa única finalidad, pues la expresada conducta, como la entidad actora, aquí recurrida adujo configura una clara y típica situación de abuso de derecho proscrita por el artículo 7 del Código civil. (STS de 3 de febrero de 1989, no ha lugar.)

38.—Resolución del contrato.—Para la viabilidad de la acción resolutoria que sanciona el artículo 1.504 del Código civil se requiere que quien insta la resolución haya cumplido por su parte las obligaciones que le incumbían, de tal manera que no tiene derecho a pedir la resolución el contratante incumplidor de sus obligaciones, que es precisamente la situación dada en el supuesto examinado desde el momento que al venir acomodada la construcción de lo que es objeto del contrato sometido a controversia a las normas urbanísticas exigibles al tiempo de su otorgamiento y del requerimiento de resolución previo a la demanda iniciadora del juicio de que se trata, claro es que hasta entonces no estaba cumplida por ésta, en su cualidad de vendedora, su obligación de entrega adecuada, cual exige el artículo 1.461 del Código civil. (STS de 17 de junio de 1988, ha lugar.)

40.—Zona marítimo terrestre. Naturaleza de los bienes.—Los terrenos comprendidos en la zona marítimo terrestre se califican como bienes de dominio público correspondiendo al particular que se oponga a la pretensión reivindicatoria del Estado, probar los hechos obstativos a la misma, o en su caso, los derechos que sobre ella aduzcan oposición obstativa del particular que solo puede prosperar si acredita la desafección de los bienes por acto de soberanía, su cambio de destino, que su enajenación fue autorizada o que han pasado al dominio de los particulares antes de la Ley de Puertos de 1880, para lo cual no pueden bastar la simple inscripción registral, pues están fuera del comercio, son inalienables e imprescriptibles, llevando en su peculiar destino la propia garantía de su inatacabilidad e inmunidad, por lo que los derechos no pueden reputarse legalmente adquiridos no son los que provienen de una inscripción registral o de una posesión más o menos dilatada.

A partir de la vigencia de la Constitución Española incluye en su artículo 132,2 la zona marítimo-terrestre «en todo caso» como un bien de dominio público estatal asignándole las tradicionales características de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. Tras la promulgación de la Constitución Española rige en cualquier caso una fuerte y cualificada presunción del dominio nacional.

Consecuentemente los particulares no pueden ser titulares de un derecho de dominio de la zona marítimo terrestre. (STS de 12 de noviembre de 1988, no ha lugar.)

5. DERECHO DE FAMILIA

41.—Responsabilidad por las deudas personales del cónyuge.—Las primitivas obligaciones contraídas por la demandada y a la sazón esposa del recurrente en casación, por consecuencia de los negocios jurídicos creados por ella sin consenti-

miento de su marido, y más cuando no se advierte que hayan generado beneficio alguno a la Sociedad conyugal no pueden obligar los bienes gananciales y por tanto procede declarar la nulidad de tales negocios en lo que afecte a su proyección a los mismos, sin perjuicio claro está, de que dichos negocios jurídicos puedan seguir manteniendo eficacia para alcanzarles efectividad en relación con bienes privativos del cónyuge deudor, e incluso para actuar con base en el expresado artículo 1.373 del Código civil, en el caso de que acredite la inexistencia de bienes privativos de la mencionada cónyuge deudora con el subsiguiente cumplimiento del trámite de notificación de tal circunstancia, a fin de que el cónyuge no deudor pueda obrar en consecuencia, de no estar de acuerdo con esa ausencia de bienes privativos, que en su caso acreditase existentes, o ejercitando la facultad que el meritado artículo 1.373 le confiere. (STS de 3 de junio de 1988, ha lugar.)

NOTA.—En el presente supuesto se trata de una obligación puramente personal contraída por uno solo de los cónyuges de la que responde exclusivamente el consorte deudor —en nuestro caso la esposa— con la posibilidad para el otro cónyuge de la vía del artículo 1.373 del Código civil, permitiendo al acreedor, cuando el cónyuge deudor carezca de bienes privativos para hacer efectivas las obligaciones, embargar bienes comunes determinados, no tanto el embargo de la cuota del cónyuge deudor en la Sociedad de gananciales, por la dificultad que conllevaría su venta en subasta. La disolución, como dicen Díez Picazo y Gullón concreta lo embargado en bienes determinados, de suerte que se transforma en embargo de bienes, y la ejecución se puede llevar a cabo en forma ordinaria.

42.—La acción de reclamación e impugnación de filiación contradictoria.— Conforme establecen los artículos 129 y 133 del Código civil, cuando falte la posesión de estado, como en el caso debatido, la acción corresponde al hijo durante toda su vida y la acción puede ser ejercitada no solo por el hijo, cuando tenga capacidad procesal para ello, sino también indistintamente, según declara el artículo 129 por su representante legal o por el Ministerio Fiscal, y no cabe duda, ni se ha discutido que en el caso presente fue ejercitada la acción de reclamación de filiación paterna por la madre como representante legal de sus hijos y la acción de reclamación ejercitada por el hijo o por uno de sus progenitores, permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria (art. 134-1.º) lo que significa en cuanto ahora interesa, por un lado que la impugnación es accesoría de la reclamación por ser ambas contradictorias y no poder subsistir conjuntamente, y por otro que en modo alguno puede admitirse aplicar a la acción de reclamación, como acción principal el plazo de prescripción o de caducidad que señala el artículo 137 del mismo Código civil para la impugnación. (STS de 3 de junio de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—En la presente litis el estado de la cuestión era el siguiente, hay una filiación matrimonial inscrita en cuanto al hijo, cuyo *status filii* se cuestiona *ad casum*, con posesión de estado concurrente en la relación familiar como tales hijos matrimoniales. La madre al amparo de la normativa aplicable al efecto (vide art. 129 y 133) reclama la filiación que por naturaleza les corresponde a los hijos, en el caso,

la filiación extramatrimonial demandando al que reputa como progenitor real de aquellos, impugnando simultáneamente la filiación que consta en el Registro, la precitada filiación matrimonial, con lo cual el supuesto queda reconducido a la vía del artículo 134 del Código civil, exponente preclaro de las acciones de filiación contradictorias, en las que debe distinguirse la acción principal que será la de reclamación, y la acción subsidiaria que será la de impugnación, y ello ocurre porque no es eficaz la determinación de una filiación —en el caso de autos la de reclamación de la filiación extramatrimonial— en tanto resulte acreditada en el Registro una filiación contradictoria, en nuestro caso la cuestionada filiación matrimonial (vide arts. 113, 114, 134 y 327 del Código civil, así como arts. 3 y 50 de la Ley del Registro Civil).

43.—Reclamación de la filiación no matrimonial. Negativa a someterse a las pruebas biológicas.—Sobre el debatido problema de las pruebas biológicas en la investigación de la paternidad conviene recordar que si la persona de la que se postulaba el reconocimiento de la paternidad es sujeto del proceso, no hay que olvidar que, a la vez, es objeto del mismo y en última instancia el cuerpo humano pasa a ser objeto de la prueba pericial y sobre el que han de operar las pruebas biológicas y las antropomórficas y cuya negativa a someterse a ellas, por parte del sujeto conculcaría la declaración del artículo 39.3 *finen* de la Constitución, y tras recoger la evolución jurisprudencial, sentencias de 27 de junio, 5, 12, 14 de noviembre de 1987, y 18 de marzo, 21 de mayo de 1988 termine por sentar la tesis de que la negativa a someterse a las pruebas biológicas no comporta una ficta confessio, sino un indicio de inestimable valor revelador de un afán obstruccionista y que denota un fraude de Ley. (STS de 24 de enero de 1989, no ha lugar.)

NOTA.—Nos remitimos *a fortiori* a las reflexiones que sobre el tema expusimos en esta Revista en el número de abril-junio 1989, sobre el comentario a la sentencia de 21 de mayo de 1988.

El Juez debe valorar las pruebas presentadas de forma conjunta sin individualizar su convicción otorgando preferencia a las conclusiones de las pruebas biológicas, y mucho menos deducir de la negativa a someterse a los peritajes una actitud englobable en la llamada ficta confessio. La negativa a las pruebas biológicas no es más que un hecho indiciario que debe ser analizado en relación a las restantes pruebas y/o presunciones del artículo 135 del Código civil para llegar a inferir la filiación siempre y cuando se constate con evidencia notoria la prueba de los oportunos hechos indiciarios (posesión de estado, convivencia con la madre en la época de la concepción, acreditado *animus recognoscendi*, etc...); solo así puede valorarse con justificada certeza un cabal convencimiento en torno a la paternidad real del encausado que revele con verosimilitud una voluntad de paternidad y un explícito comportamiento paternofilial que denote una actitud perseverante en la atribución del rol de progenitor y las consecuencias dimanantes a dicho estado de filiación, que evidenciarán inequívocamente dicha paternidad. En fin ha de demostrarse la existencia probada de los mentados hechos indiciarios, si se quiere fundamentar con éxito la presunción de paternidad, y no decantar su fallo en función exclusivamente de la negativa

a someterse a los peritajes biológicos, y mucho menos pienso que deba ser enjuiciada dicha actitud como análogo a un comportamiento en fraude de Ley constitutivo de un abuso de derecho.

6. DERECHO DE SUCESIONES

44.—Sustituciones fideicomisarias «si sine liberis decesserit».—Al ser la voluntad del testador la Ley de la sucesión, en el presente supuesto litigioso aparece de modo indudable que el testador estableció de modo expreso y claro sendas sustituciones fideicomisarias *si sine liberis decesserit*, pues en la séptima cláusula dejó la mitad de sus bienes a su hijo «Luis» agregando en ella que si «muere este mi hijo Luis sin hijos irán los bienes a sus hermanos» y por la octava nombró heredero de la otra mitad de sus bienes a su hijo José, agregando en ella que con la condición, empero, de que muriendo él (José) sin hijos, a mi hijo Luis, antes nombrado, irán todos estos bienes.

Al morir José, sin hijos, la mitad indivisa de los bienes que su padre le había dejado pasó en pleno dominio y sin limitación alguna a su hermano Luis, en el cual quedó purificado y consumido el fideicomiso. Al fallecer Luis sin testamento tienen derecho a la misma sus herederos abintestato. Al morir, sin hijos Luis, la mitad indivisa de los bienes que su padre le había dejado hubo de pasar a sus hermanos, pero solo a aquellos que hubieran sobrevivido pues en las sustituciones fideicomisarias condicionales los fideicomisarios sujetos a condición, aun cuando a la muerte del fideicomitente adquieren la expectativa de su derecho no lo completan, ni tampoco transmiten a sus herederos el derecho de sustituir sino cuando durante su vida se cumple la condición establecida. (STS de 3 de junio de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—Como se ve, efectivamente los instituidos José y Luis son fiduciarios con la carga de restituir —si se cumple la condición— a quien hubiese designado el testador (vgr. hermanos). Los hijos están puestos en la condición pero no son sustitutos fideicomisarios, aunque obviamente, pueden llegar a serlo al tenor de la *voluntas testatoris*; si bien en el caso de autos ello no ocurre, porque en la cláusula séptima del testamento el fideicomitente no llamó como sustitutos fideicomisarios a sus demás hijos, dentro de cuya palabra cabría haber incluido a todos sus descendientes —y por tanto, a sus nietos— sino que se limitó a nombrar como sustitutos de Luis *expresa y exclusivamente a sus hermanos*, cuya palabra no admite en modo alguno la referida interpretación extensiva. Como a la fecha de la muerte, de Luis, *sin hijos*, solo vivía su hermana Elvira, descartándose a María que aunque sobrevivió, repudió la herencia de su padre y renunció expresamente a los derechos que le pudieran corresponder por la sustitución fideicomisaria; es claro que la mitad indivisa de los bienes corresponde en pleno dominio a doña Elvira.

45.—Donaciones a legitimarios. Excesos de adjudicación.—Excluida, por tanto la aplicabilidad a este supuesto litigioso de los artículos 806 y 807 del Código civil que la recurrente invoca como infringidos ya que el tema aquí debatido

no afecta en modo alguno a la condición de legitimarias las cuales ya recibieron por donación *inter vivos* de su referida madre, bienes que cubren con exceso sus respectivas legítimas en la herencia de ésta.

La intención de ambas hermanas fue la de quedar obligadas a compensar entre ellas la diferencia de valor que pudiera existir entre las fincas que habían recibido por donación, relegando la forma y el momento de cumplimiento de dicha obligación para hacerlo con el caudal de la herencia de su madre, sin que el hecho de no haber sido instituidas herederas por su madre prive de eficacia a la mencionada obligación. La voluntad de la madre fue la de dar un trato igualitario a sus dos hijas; así concedora aquélla de la obligación por parte de su hija de compensar a su hermana en la diferencia de valor entre las finas donadas legó a ésta el piso y caso que no estuviese de acuerdo, pesase a la obligada al pago de tal diferencia el mencionado legado.

En fin, de acuerdo con el criterio igualitario de la madre deberá procederse a compensar el exceso de adjudicación con respecto al valor de las edificaciones existentes en las fincas donadas, para lograr la equiparación o igualdad de ambas hermanas.

Finalmente con respecto a la suspensión de la partición, cuando como en el presente caso existe una herencia única, para quien por dicha unicidad hereditaria, una vez que ha aceptado la herencia, el testamento constituye por sí solo, título traslativo de dominio, por lo que al no ser, en este supuesto de heredero único necesario partición alguna, carece de todo sentido jurídico la invocación por algún acreedor de la herencia del artículo 1.082 del Código civil para oponerse a una partición que no ha de practicarse como tampoco pueden los acreedores por el mero hecho de serlo, oponerse a que se inscriban el Registro de la Propiedad los bienes hereditarios a nombre de ese heredero único utilizando como título para tal inscripción el testamento de la causante. (STS de 29 de diciembre de 1988, ha lugar.)

HECHOS.—En la presente *litis* el estado de la cuestión es el siguiente: dos hermanas recibieron por donación en vida de su madre determinadas fincas que compensaban sobradamente sus derechos legítimos.

En la fecha del otorgamiento de la escritura de donación, ambas hermanas suscribieron un documento privado de reconocimiento de deuda por la diferencia de valor existente entre las fincas que habían recibido por donación. Después en otro documento privado que suscriben las hermanas se comprometen a compensarse en la medida que resulte, en el caso que exista diferencia de valor entre las partes donadas del caudal de la herencia o bien en la forma que pacten en el momento de la consolidación dominical. La testadora dispone, en cuanto a este punto lo siguiente: lega y en su caso mejora, a la hija, el piso de la testadora para compensarla de la diferencia en menos valor de las fincas rústicas a ella —la legataria— donadas, en relación a las de la otra hija, y en pago de una deuda dineraria que la testadora adeudaba a la hija favorecida con el legado sujeto a la condición de que la susodicha hija se de por compensada en las mencionadas diferencias de valor renunciando a reclamar cualquier diferencia, ya que de entablar cualquier

reclamación será nulo el legado. Habiendo renunciado al referido legado la hija, promovió el proceso del que este recurso dimana con la pretensión que se condene a su hermana a pagarle la diferencia de valor existente entre las finas donadas.

NOTA.—Efectivamente los derechos legitimarios no se ven infringidos, es más, las donaciones efectuadas *inter vivos* a las hijas de la testadora exceden de la cuota forzosa o porción legitimaria, y aun así nada tendrá que restituir con lo cual nada tomarán del *relictum*, y nada tendrán que pagar a los coherederos. Hacemos este breve comentario porque se pretende argüir una supuesta infracción de los artículos 806 y 807 del Código civil, de todas las maneras insostenible; entre otras razones porque las precitadas donaciones en modo alguno resultan inoficiosas. Y además, porque el tema aquí cuestionado nada tiene que ver con la condición de legitimarias; sino la interpretación de un documento privado compensatorio del exceso de adjudicación producido a favor de una de las hermanas. Y a este respecto es clara la voluntad de la testadora de dar un trato igualitario a sus dos hijas, por lo que procede la compensación en la diferencia de valor entre las fincas donadas (vide art. 675 y 661-2.º a mayor abundamiento). La referencia a estos preceptos alusivos a la *voluntas testatoris*, primera Ley del orden sucesorio es clara, ya que *poniedo en relación el documento privado con la cláusula tercera del testamento de la madre aparece claramente la existencia, eficacia y exigibilidad de la obligación cuestionada.*

Finalmente la pretensión de oponerse a la partición de la herencia, no tiene sentido, como razonadamente concluye el juzgador pues en el caso, la única heredera es la sobrina de la causante, por lo que al haber solo un heredero de los bienes relictos, no hay nada que dividir, porque *per se* no hay comunidad hereditaria, porque solo hay una única titularidad en la *universitas iuris* que aglutina *uti singuli* los bienes comunes en su poder, sin tener que compartirlos con otros coherederos.

III. DERECHO PROCESAL

46.—Competencia de jurisdicción en la acción ejecutiva cambiaria.—El domicilio fijado a efectos del pago de la letra, y donde además corresponde hacer el protesto, es el que habrá de determinar la competencia para el conocimiento de la indicada acción, sin que por la especial naturaleza del procedimiento cambiario, quepa hacer relación al contrato de que trae causa; no siendo admisible la sumisión expresa pactada por los interesados en el indicado contrato causal, ya que en tal pacto de sumisión ha de hacerse referencia necesariamente a las letras, al título de ejecución, y al propio proceso ejecutivo, debiendo además ser aportado este documento en tiempo oportuno, y no al contestar al requerimiento de inhibición. (STS de 26 de noviembre de 1988.)

HECHOS.—Se plantea un problema de competencia de jurisdicción para resolver el incumplimiento de una letra de cambio en juicio ejecutivo. La empresa acreedora presenta demanda en la ciudad donde la

letra había sido librada. A su vez, la empresa demandada promueve cuestión de competencia por inhibitoria en la ciudad donde tiene su sede, que además es el lugar donde la letra de cambio estaba domiciliada. La inhibitoria es admitida por el Juzgado de Primera Instancia; pero, la Audiencia Territorial revoca lo dictado.

47.—Conflictos de jurisdicción. Actos de administración y actos administrativos.—A efectos de competencia atribuible a la jurisdicción civil y a la contencioso-administrativa, debe distinguirse los llamados «actos de administración» de los denominados «actos administrativos», mereciendo esta naturaleza exclusivamente aquellos que junto al requisito de emanar de la Administración pública, como consecuencia de un actuar ésta con facultad de «imperium», o en el ejercicio de una potestad que sólo ostentaría como persona jurídica-pública y no como persona jurídico-privada, de tal manera que cuando la Administración contiene con el particular sobre cuestiones atributivas de propiedad sobre un determinado bien originariamente privado, sin base en ejercicio de facultades de expropiación forzosa, y concretamente en relación a la titularidad, adquisición y contenido de la propiedad y demás derechos reales, deberá ser resuelto por el Juez ordinario, como declaran entre otras, las sentencias de 25 de febrero de 1953, 22 de febrero de 1954 y 29 de octubre de 1962, puesto que, según proclama la de 25 de septiembre de 1954, tratándose de discriminar a quien pertenece la titularidad de un derecho real, la cuestión es civil, lo que en definitiva es consecuencia del principio secular básico en el régimen administrativo de atribuirse la Jurisdicción ordinaria la defensa del administrado frente a la ingerencia sobre bienes de su propiedad, salvo cuando se trate de ejercicio, dentro del ámbito del Derecho público y se ejerciten potestades administrativas en sentido estricto, que es el presupuesto indispensable para considerar la existencia de «acto administrativo» determinante de la competencia objetiva de la Jurisdicción contencioso-administrativa, que inexcusablemente tiene que venir atribuida o habilitada mediante norma con rango de Ley, de tal manera que cuando esa atribución no se produce y la Administración actúa en relaciones de Derecho privado, concluyendo o pretendiendo concluir, negocios jurídicos de naturaleza privada, como es la adquisición de bienes de tal índole, la Administración, al no ejercer ninguna potestad, sino ejercitar derechos, no dictó «actos administrativos», y, por consiguiente, el control de esa situación administrativa debe quedar privativamente reservada al conocimiento de los Tribunales ordinarios.

Ejercicio de retracto por la Administración al amparo de la Ley de Patrimonio Forestal del Estado: acto de la Administración.—Teniendo como base la acción ejercitada por el demandante la reclamación de la titularidad dominical al amparo del derecho de subrogación en la compra de la finca objeto de la controversia judicial planteada, que autoriza el párrafo segundo del artículo 17 de la Ley de Patrimonio Forestal del Estado de 10 de marzo de 1941, claramente determina que se está en presencia no de un «acto administrativo» sino de mero «acto de la Administración», encaminado a la declaración de la propiedad de la finca cuestionada en favor del Patrimonio Forestal del Estado, que como de tal índole es de carácter civil, pues si bien aunque existe efectivamente una norma de rango de Ley, que atribuye a la Administración la potestad de ejercitar el derecho retracto, sin embargo esa Ley se limita simplemente a atribuir la titularidad de

dicho derecho, pero no consagra en precepto alguno la ejecutividad del acto de ejercicio de ese derecho, por lo que es evidente habrá que estar a la legislación civil para llevarlo a cabo. (STS de 10 de junio de 1988, ha lugar.)

HECHOS.—La Comunidad de Castilla y León presenta demanda de retracto contra el vendedor (la Diócesis de Zamora) y el adquirente de un conjunto de fincas rústicas de superficie en parte agrícola y en parte forestal. Desestimada la demanda por el Juez de Primera Instancia de Toro, la Audiencia Territorial de Valladolid dictó auto declarando la nulidad de todo lo actuado por incompetencia de Jurisdicción. Las partes interponen recurso de casación en el mismo sentido: afirmando la competencia de la Jurisdicción civil. Ambos recursos son estimados.

48.—Incongruencia de la sentencia recurrida.—El expresado motivo ha de fenecer por las siguientes razones: a) Porque no ha tenido en cuenta una reiterada y uniforme doctrina de esta Sala (sentencias de 4 y 31 de marzo y 4 de noviembre de 1981; 8 de marzo y 24 de mayo de 1982; 27 de junio, 12 de julio y 29 de septiembre de 1983; 17 de octubre y 21 de diciembre de 1984; 20 de mayo y 20 de diciembre de 1985; 20 de mayo y 30 de junio de 1988, entre otras muchas), con arreglo a la cual la sentencia que, como la que aquí se recurre, desestima las peticiones de la demanda, resuelve por sí misma, de manera congruente, todos los pedimentos de los litigantes, salvo los supuestos excepcionales, que aquí no concurren, de que la desestimación de la demanda y subsiguiente absolución de los demandados haya sido determinada por la estimación de una excepción no alegada, ni estimable de oficio.

Principio constitucional de presunción de inocencia.—Carece de todo sentido jurídico la cita que, en el transcrito «Resumen» introductorio del motivo, hace del principio de presunción de inocencia que consagra el apartado segundo del artículo 24 de nuestra Constitución (no el art. 25, como él dice), ya que al no haber sido objeto del proceso del que este recurso dimana el enjuiciamiento de la conducta del aquí recurrente, que en dicho proceso ha actuado como demandante, no cabe ontológica, ni jurídicamente, la posibilidad de que haya podido ser en este litigio violada o desconocida la presunción de su inocencia, que nadie ha cuestionado.

Derecho a la tutela judicial efectiva.—Ya que como tiene declarado el Tribunal Constitucional en doctrina cuya notoriedad excusa una cita pormenorizada, el derecho a la tutela judicial efectiva ya no puede alcanzar a que los órganos judiciales hayan de admitir o estimar las pretensiones de quienes reclaman y sí, sólo, a alcanzar una resolución fundada, que es lo ocurrido en el presente caso, en el que, por otra parte, no se ha cuestionado que en el trámite del procedimiento no se observaran las oportunas garantías rituarías.

Error de derecho en la apreciación de la prueba.—Porque, aparte de los artículos 18 y 20 de nuestra Constitución que, como es obvio, no contienen ninguna regla valorativa de prueba, el recurrente no cita ningún precepto, ni, por tanto, norma legal alguna sobre tal valoración probatoria que pudiera haber sido infringida, lo que constituye una omisión que hace inestimable el motivo, pues, como

reiteradamente tiene dicho esta Sala (sentencias de 14 de mayo, 2 de junio y 9 de octubre de 1981, 5 de enero de 1983, 1 y 9 de marzo de 1984, 8 y 23 de enero y 4 de febrero de 1985, entre otras muchas), el error de derecho se comete cuando, al apreciar la prueba, se infringe algún precepto legal regulador de la misma, cuya observación sea inexcusable, lo que impide que, sin la precisa citada de la supuesta norma en tal situación, pueda establecerse conclusión alguna acerca de su denunciada vulneración. (STS de 26 de enero de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—El señor Valls, secretario de Ayuntamiento, denuncia ante el Juzgado de Primera Instancia al concejal señor Maymí y a Ediciones Periodiques de les Comarques, S. A. como responsables, respectivamente, de manifestaciones lesivas de su honor y de la difusión de éstas en los medios de comunicación locales. El señor Maymí, mediante escrito dirigido al Ayuntamiento, había expuesto las razones que le asistían para creer que un estudio sobre el impuesto municipal de solares realizado por el señor Valls no debía retribuirsele con independencia del sueldo que como secretario de la Corporación ya percibía. Los medios de comunicación dieron cuenta a sus lectores de los debates habidos en el Ayuntamiento en relación con la legalidad o ilegalidad de la retribución mencionada. El Juzgado declara ciertos y probados los hechos de la demanda, pero absuelve a los demandados de los pedidos de ésta. La Audiencia desestima la apelación. No ha lugar al recurso (R.G.S.).

